

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad. Artículo 90 de la Constitución Política

Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Estructuración

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.

DAÑO ANTIJURIDICO - Requisitos para su configuración

No constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima. (...) el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Daño antijurídico. Configuración. Elementos / ELEMENTO MATERIAL O SUSTANCIAL - Noción. Definición. Concepto / ELEMENTO FORMAL - Noción. Definición. Concepto

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

FUENTE FORMAL: CONSITUCION POLITICA - ARTICULO 90

DAÑO ANTIJURIDICO - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio / DAÑO ANTIJURIDICO - Afectación grave de la integridad psicofísica de menor. Pérdida de visión en un porcentaje del ochenta por ciento / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración. Acreditación

Se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, como quiera que los peritos designados al valorar la historia clínica de Juan Guillermo González Ospina, le determinaron una incapacidad superior al 80%, lesión o afectación que - para los demandantes - es personal, cierta y, de ser imputable a las entidades demandadas, podría generar perjuicios materiales o inmateriales directos - es decir, derivados del daño antijurídico

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Noción. Definición. Concepto / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Configuración / LEGIMATIO AD PROCESSUM Y LEGITIMATIO AD CAUSAM - Diferencias

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hubieren sido demandadas. De allí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir el mismo en el proceso. Como se aprecia, no es la Nación - Ministerio de Salud quien prestó el servicio médico del cual se hace pender la producción del daño; *a contrario sensu*, el hospital demandado estaba constituido como una entidad sin ánimo de lucro, vinculado al Servicio de Salud Departamental de Antioquia, circunstancia por la cual son el Departamento de Antioquia y el Hospital San Juan de Dios de Rionegro los sujetos a cuyo cargo se encontraba la prestación del servicio médico asistencial y, por ende, respecto de quienes se predica la legitimación en la causa por pasiva. En consecuencia, en aras de brindar claridad sobre la materia, la Sala insiste en la diferencia que existe entre *legitimatio ad processum* y la *legitimatio ad causam*

NOTA DE RELATORIA: Sobre legitimación material en la causa por activa y pasiva, consultar sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 13503; sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp.10973

PARTICIPACION DE LAS PARTES O SUJETOS EN EL PROCESO - Niveles o grados

Existen tres niveles o grados relacionados con la participación de las partes o sujetos en el proceso: i) la existencia de legitimación para obrar o para el proceso, para lo cual el operador judicial constatará la capacidad de la persona (natural o jurídica) o de la ficción habilitada expresamente por la ley para comparecer al proceso (v.gr. entidades del artículo 2º de la ley 80 de 1993), ii) la legitimación en la causa de esa persona, sujeto o entidad al interior del proceso contencioso, es decir, la existencia del interés jurídico para obrar a lo largo de la actuación y iii) la representación de las partes en el trámite o proceso, de manera concreta, cuando quienes concurren al mismo son personas jurídicas (de derecho privado o público). Para el caso de las entidades de derecho público, la disposición de representación está contenida en el artículo 149 del C.C.A., precepto que determina las autoridades que representan a las personas jurídicas de derecho público - entre ellas la Nación - en los procesos judiciales de naturaleza contencioso administrativa.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 2

ACTO MEDICO - Responsabilidad / ACTO MEDICO - Falta de aplicación del diagnóstico / ACTO MEDICO - Omisión de tratamiento idóneo / PROBABILIDAD PREPONDERANTE - Permite al juez fundar su decisión en hechos, que aún sin estar establecidos de manera exacta o matemática, a la luz de la razón, son los más probables

En materia del acto médico, y de la responsabilidad derivada de su concreción, lo relevante no es el error en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta - , sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del diagnóstico o del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad o la situación padecida por el paciente, en este caso la gestante y su bebé, no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio. En ese orden de ideas, el daño es imputable en el plano fáctico a la entidad demandada, ya que, en términos de la probabilidad preponderante, a diferencia de lo sostenido por el dictamen pericial, la circunstancia de bronco aspiración del meconio, por cuenta de un cuadro de sufrimiento fetal agudo, constituye, sin anfibología, el fundamento más probable de la patología sufrida por el menor, esto es, la pérdida progresiva de la visión por anoxia (hipoxia) cerebral, de acuerdo con los testimonios de los médicos Myriam Olaya Ruíz, José María Restrepo Correa, y Andrés José Álvarez Villegas, quienes son enfáticos en señalar que la pérdida de la función de la visión del niño Juan Guillermo González Ospina pudo estar asociada, en alta probabilidad, a la bronco aspiración del meconio y del líquido amniótico.

MEDIOS DE PRUEBA - Valoración. Herramientas / IMPUTACION OBJETIVA - Probabilidad preponderante. Indicios

El operador judicial cuenta con una compleja y completa red de herramientas que le permiten, con apoyo en la sana crítica, la lógica de lo razonable y las reglas de la experiencia, valorar los diferentes medios de prueba que integran el acervo probatorio del proceso, en aras de establecer no la relación causal entre un suceso y su efecto, sino para determinar si el comportamiento de las entidades o instituciones demandadas fue relevante en el plano fáctico en la concreción del resultado, bien porque fue irrogado directamente (acción) o por la abstención en la

práctica y realización de los diferentes protocolos médicos de acuerdo con la lex artis y, de manera específica, la denominada lex artis ad hoc, es decir, las obligaciones que tiene el galeno para con su paciente en el caso concreto. De allí que, los elementos o instituciones de la imputación objetiva, la probabilidad preponderante, así como los indicios, se conviertan en una herramienta importante en la validación de las premisas trazadas en la demanda o en la contestación. De esta manera, la imputación objetiva, así como los demás instrumentos mencionados buscan - en el plano de la responsabilidad, mas no en el plano causal o material - ilustrar al operador judicial en relación con la posibilidad de atribuir en el plano fáctico el daño a la administración sanitaria, máxime si al margen de que la actividad médica no sea catalogada como una actividad peligrosa, sí genera posición de garante de la institución hospitalaria frente al paciente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 25063

RESPONSABILIDAD MEDICA - Posibilidad del Juez de acudir a la literatura médica. Procedencia / PRUEBA PERICIAL - Inexistencia de tarifa legal. Conocimientos por parte del juez para valorar dictamen técnico o científico

La posibilidad de recurrir a la literatura médica por parte del funcionario judicial, ha sido avalada por el reconocido profesor y tratadista, Jairo Parra Quijano (...)“Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes” (...) el derecho procesal y probatorio moderno ha dejado de lado el legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para que, en los términos que en su momento formulara Montesquieu, aquél sólo fuera la boca de la ley. Avalar una posición contraria, conllevaría adoptar una visión reduccionista y limitada de la labor de administrar justicia, la cual ha sido superada por una más garantista que permite al juez recurrir a todos los elementos técnicos y científicos que tiene a su alcance, en aras de comprender y valorar con mayor precisión los instrumentos probatorios que integran el proceso. Por lo tanto el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias de: 1 de octubre de 2008, exp. 27278 y 19 de agosto de 2009, exp. 18364

RESPONSABILIDAD GINECO OBSTETRICA - Aplicación de un sistema de aligeramiento probatorio. Indicio de falla / RESPONSABILIDAD GINECO OBSTETRICA - Imposibilidad de aplicar régimen objetivo por actividad peligrosa / FALLA MEDICA - Sustentada en indicios / ACREDITACION DE LA RESPONSABILIDAD - Indicio de falla del servicio y la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño / RESPONSABILIDAD GINECO OBSTETRICA - Indicios de falla del servicio

La Sala ha reconocido la necesidad de aplicar un sistema de aligeramiento probatorio para los escenarios de responsabilidad gineco - obstétrica, para ello se

ha definido el sistema como de "indicio de falla". Entonces, si bien estos supuestos de responsabilidad no deben ni pueden ser decididos bajo la égida de la responsabilidad objetiva (por actividad peligrosa), sí es preciso reconocer la existencia de un indicio de falla del servicio, siempre y cuando el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento. (...) Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza - y eventualmente en otros -, la falla podría sustentarse en un indicio, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 7 de septiembre de 2004, exp. 14767y sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16085

ACTO MEDICO - Posibilidad de no aplicar responsabilidad subjetiva. Uso de cosas o actividades peligrosas desligadas del acto médico. Doctrina y jurisprudencia extranjera y vernácula / PARTE ACTORA - Le corresponde demostrar el daño antijurídico, la imputación fáctica y el hecho indicador del indicio de falla

Tratándose de la responsabilidad por actos médicos la doctrina y la jurisprudencia extranjera y vernácula han admitido escenarios en los cuales es preciso que operen sistemas de valoración de la falla del servicio con menor rigurosidad, sin que esta circunstancia desplace la connotación de subjetiva de la responsabilidad por el acto médico a objetiva, salvo algunos ámbitos en los cuales será posible predicarla bajo la égida del título objetivo de riesgo excepcional, cuando se emplean cosas o actividades peligrosas que son las que irrogan directamente el daño, desligadas del acto médico. Por consiguiente, a la parte actora en estos eventos obstétricos le corresponde acreditar: i) el daño antijurídico, ii) la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, el desconocimiento al deber de posición de garantía o la vulneración al principio de confianza, y iii) el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.

RESPONSABILIDAD GINECO OBSTETRICA - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio / RESPONSABILIDAD GINECO OBSTETRICA - Corresponde a la entidad demandada desvirtuar el indicio de falla del servicio / INDICIO DE FALLA - Presunción judicial o de hombre. Presumptio hominis / RESPONSABILIDAD GINECO OBSTETRICA - Configuración

Correspondía a las entidades demandadas desvirtuar el indicio de falla que constituye una presunción judicial o de hombre (presumptio hominis), para lo cual no les bastaba atenerse y resguardarse en las conclusiones presentadas por los médicos que realizaron la experticia - y no especialistas en ginecobstetricia - toda vez que la prueba técnica se centró en la formulación de las posibles causas generadoras de la ceguera del niño Juan Guillermo, sin que la sola afirmación efectuada por aquéllos, de que el parto fue atendido en condiciones normales y adecuadas, sea lo suficientemente contundente para enervar el indicio, máxime si los restantes medios de convicción, esto es, la valoración de los médicos de salud ocupacional y las declaraciones de los galenos tratantes, permiten dar por

demostrado que el daño, esto es, la pérdida de la vista se vincula al episodio de sufrimiento fetal agudo (SFA), debido a la falta de atención oportuna como se indica en el informe o concepto elaborado por la doctora Myriam Olaya - médica ocupacional - que fue anexado con la demanda, donde se establece que existió una demora en el proceso de alumbramiento circunstancia que desencadenó el sufrimiento del feto. En esa línea de pensamiento, no le bastaba al Hospital San Juan de Dios y al Departamento de Antioquia acreditar que la patología del menor podía tener su génesis en múltiples escenarios (congénitos, hereditarios o propios de la anoxia cerebral), sino destruir el indicio de falla del servicio, para lo cual era imperioso que se demostrara que, a pesar de haber actuado con diligencia y cuidado en la atención del parto, se generó un episodio de sufrimiento fetal agudo ajeno a la actividad médico sanitaria y, por lo tanto, que no era imputable al comportamiento de la institución hospitalaria. (...) En efecto, los anteriores aspectos constituyen evidencia suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas, porque al margen de que no se tiene certeza de la causa - en sentido natural, material o fenoménico - de la pérdida de la visión de Juan Guillermo, lo cierto es que sí se presentó un cuadro de sufrimiento fetal agudo que la entidad no justificó en términos de diligencia y cuidado, razón por la que, la probabilidad de que la patología del menor se haya desprendido de ese específico episodio - así lo fuera en sentido indirecto - en el proceso de alumbramiento, permite arribar a la conclusión mencionada. (...) se advierten diversos elementos de juicio que, a diferencia de lo sostenido por el a quo, no permiten desvirtuar el indicio de falla obstétrica (o presunción judicial obstétrica), entre los que se encuentran: i) que los controles prenatales siempre arrojaron como resultado un embarazo normal, ii) que la gestante reportó, al momento del ingreso hospitalario, un embarazo pos término de 44 semanas, según el período de amenorrea, lo que imponía un seguimiento estricto del bienestar fetal y de la fetocardia, iii) el índice APGAR, al momento del alumbramiento, se encontraba en 2,4 sobre 10, lo que es demostrativo que Juan Guillermo reportaba unas condiciones de salud muy precarias, es decir, que el sufrimiento fue prolongado y generó daños severos a nivel pulmonar y cerebral.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Daño a la salud / DAÑO A LA SALUD - Sistematización del daño inmaterial. Precedente jurisprudencial

El daño a la salud, a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina, no pretende asignarle un valor monetario a cada órgano o función corporal, ya que ello sería reducir este perjuicio a una dimensión capitalista. En efecto, el objetivo de esta nueva categoría de perjuicio consiste, única y exclusivamente, en garantizar el resarcimiento de un derecho de rango constitucional que, en términos estadísticos, se ve altamente comprometido en los diversos escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado. En otros términos, con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos. 38222 y 19031, la Sala Plena de la Sección Tercera reconoció la importancia de limitar la dispersión que venía operando en materia de tipología del daño inmaterial en Colombia, para fijar un esquema de reparación que atienda al restablecimiento de los principales derechos que se ven afectados con el daño antijurídico en esa perspectiva. En ese sentido, se catalogó a la salud como un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento autónomo y cuya finalidad es servir de contenedor de categorías del daño inmaterial, en aras de evitar la dispersión de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y de reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia) (...) el daño a la salud tratándose de la lesión o afectación a la integridad psicofísica, se insiste, busca evitar la dispersión de categorías o tipologías abiertas de perjuicios que pueden llegar a trocarse o sobreponerse y,

por lo tanto, se atente contra los principios de reparación integral y la prohibición de enriquecimiento sin causa. Así las cosas, las providencias del 14 de septiembre de 2011 (exps. 38222 y 19031), fijan una sistematización del daño inmaterial que resulta aplicable a los supuestos en los cuales el Estado sea responsable por daños que afecten el estado de bienestar físico, psíquico, familiar o social del ser humano. Es decir, con las sentencias referidas se adoptó la noción de “daño a la salud”, por ser apropiada para concretar la reparación del perjuicio relativo a las afectaciones a la integridad psicofísica de la persona, sin tener en cuenta aspectos de difícil acreditación y que pueden traducir o reflejar un trato discriminatorio o hermenéuticas encontradas en las que no se tenga certeza sobre el contenido y alcance del perjuicio indemnizable como viene ocurriendo en Francia.

TIPOLOGIA DEL PERJUICIO - Daño a la salud / TIPOLOGIA DEL PERJUICIO - Garantía de aspectos teóricos y prácticos. Descripción / DAÑO A LA SALUD - Otorgamiento máximo de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Aplicación del arbitrio judicial o arbitrio juris

Una tipología del perjuicio que se estructure a partir de los principales bienes jurídicos, constitucionalmente protegidos, garantiza varios aspectos teóricos y prácticos, a saber: i) se repara o compensa no el daño en sí mismo sino las consecuencias que de él se desprenden, para lo cual es preciso verificar la gravedad de la afectación al respectivo interés legítimo (v.gr. la salud, la honra, la libertad, etc.), ii) se produce una constitucionalización del derecho de la responsabilidad, en donde no se indemnizan perjuicios existenciales o derivados de la vida social o relacional del sujeto, sino vinculados a derechos constitucionales, iii) dado que la tipología del perjuicio inmaterial se concentra en algunos de los derechos reconocidos a nivel constitucional, la labor de establecer una cuantificación del daño se puede trazar a través de criterios más objetivos - no objetivables - con apoyo en el criterio del arbitrio iuris y los criterios fijados en la jurisprudencia. Así las cosas, el daño a la salud obtiene su precisión y concreción en la medida que resulta fácil para el juez trazar parangones a partir de los precedentes judiciales de la Corporación, según los cuales a lesiones graves que afecten de manera significativa la integridad psicofísica del sujeto se otorga un máximo de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De modo que, el porcentaje de invalidez o la gravedad de la lesión y la edad de la víctima serán los factores determinantes con los cuales el juez contará para, a partir del arbitrio judicial, fijar la indemnización del perjuicio respectivo. Corresponderá al juez, a través de todos los medios de convicción - directos o indirectos y, principalmente, los que se refieran técnica o científicamente al porcentaje de incapacidad temporal o permanente derivado del daño - la verificación de la existencia de la lesión, las consecuencias que de la misma se derivan en términos de la integridad psicofísica considerada en sí misma y las limitaciones que esa afectación genera en el estado general de bienestar. (...) Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos. Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material

DAÑO A LA SALUD Y DAÑO MORAL - Diferencias

El daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

VALORACION DEL DAÑO A LA SALUD - Imprudencia de aplicación del test de proporcionalidad / VALORACION DEL DAÑO A LA SALUD - Aplicación del arbitrio juris / ARBITRIO JURIS - Noción. Definición. Concepto

Para la valoración del daño a la salud, no sea viable ni procedente la aplicación del denominado test de proporcionalidad, así como tampoco la necesidad de establecer si la reparación responde a la protección de una esfera mínima, esencial del individuo y de su vida relacional, así como tampoco verificar si la persona considera la salud como un valor en sí mismo. En consecuencia, ante la existencia de baremos o tablas de punto legales que definan las indemnizaciones a diferencia de la experiencia de otros países (v.gr. Francia e Italia), para la liquidación el daño a la salud en la jurisprudencia vernácula es preciso recurrir a la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la integridad psicofísica.

PERJUICIOS INMATERIALES - Daño moral y daño a la salud / PERJUICIOS INMATERIALES - Aplicación del principio de proporcionalidad. No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para su valoración / PERJUICIOS INMATERIALES - No pueden ser objeto de ponderación / VALORACION DEL DAÑO A LA SALUD - Imprudencia de aplicar el principio de proporcionalidad

Esta Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, ha considerado que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones: Los perjuicios inmateriales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño a la salud constituye una lesión a la órbita psicofísica del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio fisiológico es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del mismo, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Función / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad / SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Método de ponderación / METODO DE PONDERACION - Elementos de estructuración / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento. Reiteración jurisprudencial constitucional

La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad (...) el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados - idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido - , el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “benigna” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados. De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar Corte Constitucional, sentencia C - 421 de 2001

PERJUICIOS INMATERIALES - Daño moral y daño a la salud / TASACION Y VALORACION DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES - Inaplicabilidad del principio de proporcionalidad / TASACION Y VALORACION DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES - Aplicación del arbitrio juris. Teoría del derecho de daños

El manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño a la salud –al igual que ocurre con el daño moral– no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación de los daños inmateriales parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas

como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de junio de 1938

LIQUIDACION DEL DAÑO A LA SALUD - Aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad. Consecuencias / APLICACIÓN DE MANERA INCORRECTA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Introducción de criterios subjetivos de valoración / DAÑO A LA SALUD - Finalidad. Principios de igualdad material y de dignidad humana / COMPENSACION DEL DAÑO A LA SALUD - Valoración estática y dinámica / APLICACION DEL ARBITRIO JUDICIAL - Mecanismo idóneo para la tasación del daño a la salud

Es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño a la salud, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la visión personal de quien padece el daño, puesto que termina siendo la víctima la que define si para ella la integridad psicofísica puede ser considerada un "valor en sí mismo", o si la reparación debe reducirse a la vida relacional que se ve afectada con la lesión a la integridad psicofísica. El anterior planteamiento, desdibuja por completo el daño a la salud toda vez que como se ha precisado, éste tiene por finalidad garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana. Y, si bien, a partir de la compensación del daño a la salud se acude a una valoración estática (a igual lesión igual reparación) y dinámica (qué consecuencias particulares y específicas tiene para la víctima en el caso concreto la lesión), ello no es óbice para desechar la aplicación del arbitrio judicial como mecanismo idóneo para su tasación, en aras de buscar parámetros o criterios que permitan al juez, a través de la sana crítica y el análisis de los precedentes jurisprudenciales, fijar un sistema resarcitorio en el que el tope máximo a reconocer sea la suma de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para aquellos casos en que se presenten graves lesiones a la integridad, como por ejemplo, eventos de cuadraplejía o paraplejía. El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.

DAÑO A LA SALUD - Criterios de valoración

Sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como "hobbie" ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar

cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se reitera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

DAÑO A LA SALUD - Connotación estática u objetiva / DAÑO A LA SALUD - Connotación dinámica o subjetiva / PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE DAÑOS - Aplicación / APLICACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS - Materialización del postulado de la reparación integral

El daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima. No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave. En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización. En ese orden de ideas, se reitera, los criterios fijados en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, así como los contenidos en esta providencia, son respetuosos de los principios constitucionales mencionados, así como del principio fundamental del derecho de daños, esto es, la materialización del postulado de la reparación integral, sin sacrificar la igualdad material a la hora de administrar justicia.

TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Afectación grave de la integridad psicofísica de menor. Pérdida de visión en un porcentaje del ochenta por ciento / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes / DAÑO A LA SALUD - Condena solidaria. Departamento de Antioquia. Servicio Seccional de Salud y Hospital San Juan de Dios de Rionegro

Se encuentra probado únicamente el aspecto estático del daño a la salud, puesto que se afectó de manera grave la integridad psicofísica del niño Juan Guillermo González Ospina. Así las cosas, al tener en cuenta la edad de Juan Guillermo al momento en que éste fue irrogado (recién nacido) y la gravedad de la lesión (80%), habrá de reconocer un valor de cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (400 SMMLV), por el mencionado concepto.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Afectación grave de la integridad psicofísica de menor. Pérdida de visión en un porcentaje del ochenta por ciento /

ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor en miembros más cercanos del entorno familiar. Aplicación reglas de la experiencia / TASACION PERJUICIO MORAL - Inaplicación análogica del artículo 106 del Código Penal de 1980 / TASACION PERJUICIO MORAL - Monto. Pauta jurisprudencial. Facultad discrecional del Juez según su prudente juicio. Arbitrio juris / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes / PERJUICIOS MORALES - Condena solidaria. Departamento de Antioquia. Servicio Seccional de Salud y Hospital San Juan de Dios de Rionegro

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado 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 Política. 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 moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de padres y hermanos del lesionado. Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos mensuales legales y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado

DAÑO MORAL - No puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto. Reiteración jurisprudencial / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación de los principios del arbitrio juris y la equidad

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris. (...) la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a

través de los principios del arbitrio juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 2005 - 00406 y sentencia de 17 de noviembre de 2011, exp. 1999 - 533

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Afectaría el derecho fundamental a la igualdad / APLICACION DEL ARBITRIO JURIS - fundamento / RESPETO POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD - Conversión automática de gramos oro a salarios mínimos mensuales legales vigentes

Es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral. (...) la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del arbitrio juris y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646 (...) el arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico dado que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del juez. (...) establecer y fijar la condena - en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes - no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago - que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales - la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. (...) la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro - de la condena de primera instancia - a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV. Así las cosas, como en el sub iudice la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según los porcentajes avalados por la Sala, para cada uno de los demandantes

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 177 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicios materiales / PERJUICIOS MATERIALES - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio PERJUICIOS MATERIALES - Afectación grave de la integridad psicofísica de menor. Pérdida de visión en un porcentaje del ochenta por ciento / PERJUICIOS MATERIALES - Pérdida de capacidad laboral equivalente a un cien por ciento / PERJUICIOS MATERIALES - Decreto de la pensión de invalidez. Procedencia / PENSION DE INVALIDEZ - Un salario mínimo legal mensual vigente durante su existencia / PENSION

DE INVALIDEZ - Condena solidaria. Departamento de Antioquia. Servicio Seccional de Salud y Hospital San Juan de Dios de Rionegro

La imposibilidad psicofísica en la que se encuentra Juan Guillermo González a causa de la falla del servicio de los entes demandados, supone una incapacidad del 80%, lo que, a la luz del artículo 38 de la ley 100 de 199 - norma que ha sido aplicada analógicamente por la jurisprudencia de la Corporación - puede ser entendida como una pérdida total de su capacidad laboral, es decir, equivalente al 100%. Así las cosas, para la Sala, y sin que se vulnere el principio de congruencia y con apoyo en el precedente jurisprudencial - en tanto fue solicitado en la demanda - , se decretará una pensión de invalidez para Juan Guillermo González, la cual se pagará a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia. En consecuencia, a partir de la firmeza de esta providencia, Juan Guillermo González Ospina - quien en la actualidad ya es mayor de edad - podrá reclamar de las entidades demandadas Departamento de Antioquia y Hospital San Juan de Dios de Rionegro - y entre los entes demandados deberá resolverse la forma de quién efectuará la forma de porcentajes y reembolsos - , de una pensión de invalidez correspondiente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que se actualizará año por año de conformidad con la actualización que haga el Gobierno Nacional del mismo. En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una "pensión de invalidez", la cual deberá ser cancelada desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia, hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no obra en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1999 - ARTICULO 38

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de octubre de 2004, exp.6975

PERJUICIOS MATERIALES - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio PERJUICIOS MATERIALES - Afectación grave de la integridad psicofísica de menor. Pérdida de visión en un porcentaje del ochenta por ciento / LIQUIDACION DE PERJUICIOS MATERIALES - Atención médica, sanitaria y hospitalaria durante su existencia. Condena solidaria. Departamento de Antioquia. Servicio Seccional de Salud y Hospital San Juan de Dios de Rionegro

El perjuicio material reviste una segunda connotación que se traduce en la atención médica, sanitaria y hospitalaria que deberán garantizar tanto el Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud como el Hospital San Juan de Dios de Rionegro al menor Juan Guillermo González Ospina, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su fallecimiento, siempre que estén relacionados con esa patología, esto es, con su ceguera. Por lo tanto, las entidades demandadas, o quien haga sus veces, no podrán negar en ningún momento la prestación del servicio de salud a Juan Guillermo González Ospina, e igualmente brindarán y suministrarán todos los tratamientos y procedimientos quirúrgicos, relacionados con su pérdida de la visión, que requiera a lo largo de su vida, en aras de mejorar su condición psicofísica.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicacion número: 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163)

Actor: LUIS CARLOS GONZALEZ ARBELAEZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE SALUD Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 26 de junio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“1. NIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

“1. (sic) SIN COSTAS.” (fls. 365 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En escrito presentado el 4 de noviembre de 1993, los señores: Luis Carlos González Arbeláez y María Noelia Ospina Álvarez, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores: María Cristina, Carlos Alberto, Gabriel Fernando y Juan Guillermo González Ospina, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron que se declare a la Nación - Ministerio de Salud, al Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud, y al Hospital San Juan de Dios, patrimonialmente responsables de los

perjuicios que les fueron ocasionados con motivo de las lesiones irrogadas al menor Juan Guillermo el 21 de noviembre de 1991 (fls. 8 a 20 cdno. ppal.).

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la entidad demandada a pagar: i) por concepto de perjuicio fisiológico la suma de 4.000 gramos de oro para Juan Guillermo González Ospina, ii) a título de perjuicios morales, el equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno, iii) los perjuicios materiales que se acrediten en el proceso (fls. 8 y 9 cdno. ppal.).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 10 a 12 cdno. ppal.):

1.1.1. El 21 de noviembre de 1991, los señores Luis Carlos González y María Noelia Ospina Álvarez, acudieron al hospital San Juan de Dios de Rionegro, a las 4:30 de la mañana, ya que ésta presentaba los dolores propios del parto.

1.1.2. La gestante vino a ser ubicada en una cama sólo a las 9:30 de la mañana.

1.1.3. A la 1:20 de la tarde, del mismo día, la señora Noelia tuvo, por parto vaginal, a su hijo Juan Guillermo pero se presentó una distocia de tejidos blandos, por lo cual fue necesario practicarle una episiotomía.

Además de la demora en la asignación de la cama, en la atención del parto se presentó obstrucción vaginal de la criatura. Ocurrieron entonces dos retenciones, una en el vientre y otra a nivel vaginal. Una vez en cirugía, se concluyó con la expulsión del niño.

1.1.4. Ocurrido lo anterior, el médico instaló a Juan Guillermo en el vientre de su madre, y ante el reclamo de ésta por la falta de llanto del niño, el galeno advirtió que se encontraba cianótico.

1.1.5. Juan Guillermo fue llevado a la sala de masajes cardíacos y luego a la incubadora para oxigenarlo. Quedó hospitalizado por el término de cinco días.

1.1.6. A los dos meses y medio, los padres de Juan Guillermo se percataron de que éste presentaba problemas con la visión, razón por la cual lo hicieron examinar de varios oftalmólogos; algunos de ellos concluyeron que en el ojo izquierdo existían daños irreversibles y en el derecho una pequeña posibilidad de visión, por el contrario, otros galenos advirtieron la pérdida total de la visión del menor.

La doctora Miriam Olaya realizó estudio médico especializado y de laboratorio con análisis de genes y diagnóstico de patología ocular irreversible, debido a las fallas en la atención del parto, con un pronóstico de pérdida de la visión en un porcentaje del 88%.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 12 de noviembre de 1993; en proveído del 8 de junio de 1994, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 45 y 46 cdno. ppal.) y, por último, el 4 de abril de 2001, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 330 cdno. ppal.).

1.3. El Departamento de Antioquia y el Hospital San Juan de Dios de Rionegro, fueron las entidades que contestaron la demanda, para ello otorgaron poder a la misma apoderada judicial, quien se opuso a las súplicas contenidas en aquella, en los siguientes términos (fls. 32 a 37 y 39 a 44 cdno. ppal.):

1.3.1. A la paciente se le practicó la episiotomía, incisión quirúrgica en el momento del desprendimiento de la parte fetal para evitar que se produzca instantáneamente un desgarro grave del perineo. La episiotomía se realizó con fines profilácticos para ampliar la parte inferior de la vagina, la vulva y el perineo y de esta forma facilitar la salida del feto. La episiotomía disminuye la duración del expulsivo. No se practicó distocia de tejidos blandos, la cual demoraría el nacimiento. La prueba de ello, según la historia clínica, es que a las 13:20 la paciente se encuentra en dilatación completa y a las 13:30 se presenta el parto.

1.3.2. La paciente cuando ingresó al hospital tenía cuatro centímetros de dilatación. Una multigestante como la señora Ospina dilata con un buen trabajo de parto de uno a uno y medio centímetros cada hora. La paciente para las nueve y media de la mañana estaba en

siete centímetros de dilatación, cuando debió estar en dilatación completa, esto es, de diez centímetros, razón por la cual se le aplicó oxitocina (pitocín) buscando mejorar el trabajo de parto.

A las 12:45, como el trabajo de parto no progresaba, se le practicó una ruptura artificial de membrana, la cual se recomienda si se debe decidir una conducta obstétrica; o si se requiere el estudio bioquímico de la sangre fetal y cuando el parto no progresa normalmente. Se busca mejorar el trabajo de parto y a la vez permite visualizar directamente las características del líquido amniótico.

La técnica que se utilizó no fue improvisada, ya que se hace con indicaciones precisas y parámetros establecidos. Dentro de ellos está que la paciente se encuentra en más de cinco centímetros de dilatación, bajo condiciones de asepsia y en la cama para evitar prolapso de cordón.

1.3.3. No es preciso hablar, como se hace en la demanda, de “retención vaginal de la criatura”, porque en medicina el mencionado concepto es inexistente.

En el caso concreto, quedó demostrado que la entidad hospitalaria actuó con diligencia y cuidado.

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervinieron el Departamento de Antioquia, el Hospital San Juan de Dios de Rionegro y la parte actora, para reiterar los planteamientos contenidos en los escritos de demanda y contestación (fls. 331 a 349 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 26 de junio de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las súplicas de la demanda.

Entre otros aspectos, el tribunal puntualizó:

“(…) Se observa que la paciente al consultar médicamente presentaba signos de dilatación escasos lo que no permitía su

alumbramiento inmediato, por lo que se le hospitalizó, según lo expresado por los médicos declarantes. De esta manera, se procedió como regularmente se hace a efectuar el rompimiento de membranas y posteriormente episiotomía, dando a luz a las 13:20 p.m., el que nació deprimido y por ello se solicitó evaluación de anesthesiologo y pediatra, quienes procedieron a entubarlo y a colocarlo en incubadora hasta lograr su recuperación.

“En cuanto a la pérdida de la visión del menor JUAN GUILLERMO GONZÁLEZ, no se logró establecer por parte de la doctora OLAYA, como por los peritos la causa exacta de la misma, sin embargo manifiestan estos últimos que todo indica que tal ceguera es congénita. De donde se infiere que no corresponde a una falla en la prestación del servicio.

“De acuerdo a lo expresado en la prueba testimonial, la que es digna de credibilidad por la claridad y armonía en la forma como se relatan los hechos, además concuerda con las otras pruebas obrantes en el proceso, se tiene que los médicos actuaron con la diligencia y cuidado tanto en la atención del parto, como en la atención del recién nacido. Por lo que no es posible atribuir responsabilidad a los entes demandados.

“Es importante precisar que la responsabilidad médica se fundamenta en la teoría de la falla presunta, la cual puede confundirse con la presunción de responsabilidad, que es la que se predica del ejercicio de actividades peligrosas, dos conceptos diferentes en sus consecuencias.

“(…) En conclusión, en el caso sub - exámen (sic), es evidente que las entidades demandadas demostraron haber actuado con eficacia, prudencia, o idoneidad, al igual que no se logró acreditar el nexo de causalidad, por el contrario lo que quedó demostrado en el proceso fue la diligencia y cuidado y no la falla del servicio por lo que no es posible atribuir responsabilidad a los entes demandados, razón por la que se denegarán las súplicas de la demanda y no habrá condena en costas por cuanto la conducta asumida por las partes no lo amerita de conformidad a lo establecido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

“(…)” (fls. 350 a 365 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas del original).

3. Recurso de apelación

3.1. Inconforme con la decisión, la parte actora la recurrió en apelación (fls. 367 a 368 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 11 de septiembre de 2001, fue concedido el recurso por el *a quo* y admitido por esta Corporación en auto del 25 de abril de 2002 (fls. 372 y 378 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento:

3.1.1. La madre de Juan Guillermo era multípara, por lo cual no existe razón que justifique la dilación en la atención del parto. Es preciso tener en cuenta que ella se presentó en la madrugada y el parto sólo vino a producirse en horas de la tarde.

3.1.2. El retardo en la atención produjo un intenso sufrimiento fetal, y por eso el niño nació meconiado. Es decir, la retención del feto y su falta de expulsión generaron un episodio de sufrimiento fetal agudo.

3.1.3. Por añadidura, Juan Guillermo fue trasladado a una incubadora en donde se le suministró oxígeno en cantidades superiores a las normales, circunstancia que agravó las lesiones que le ocasionaron la pérdida de la visión.

3.1.4. De la lectura de la historia clínica se coligen varias y graves deficiencias en la atención de la señora María Noelia Ospina. La doctora Emilsen Ruíz anotó las siguientes fallas del servicio: i) faltó un seguimiento estricto del trabajo de parto luego de ser diagnosticado el riesgo de distocia de tejidos blandos, ii) error en el manejo expulsivo, debido a la atención lenta y poco apropiada, lo que generó un evento de sufrimiento fetal agudo, iii) se debió efectuar una evaluación más cercana del recién nacido para evitarle la hipoglicemia, así como aplicar la dosis adecuada de dextrosa, iv) falló el seguimiento ambulatorio que debió ser estricto en un niño con parto con complicaciones y con diagnóstico de enfermedad hipóxica - isquémica, bronco aspiración del meconio e hipoglicemia perinatal.

4. Trámite y Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En providencia del 24 de mayo de 2002 (fls. 380 cdno. ppal. 2ª instancia) se corrió a las partes y al Agente del Ministerio Público traslado para alegar de conclusión, etapa en la que intervino únicamente la Nación - Ministerio de Salud, para solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia, ya que esa institución no es la responsable del daño alegado (fls. 389 a 393 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones, 4) liquidación de perjuicios y 5) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, como quiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$40.032.200,00)¹, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1993 tuviera esa vocación, esto es, \$6.860.000,00.

2. Los hechos probados

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

2.1. Concepto médico laboral realizado al niño Juan Guillermo González por el Servicio Integrado de Salud Ocupacional Ltda. "SISO", adiado el 21 de junio de 1995, en el cual la doctora Miryam Olaya de Ruíz, Directora General, puntualizó:

"Paciente de tres años y medio de edad, quien fue visto por mí a la edad de 20 meses, por presentar pérdida de la visión por ambos ojos y cuya causa aducen a las dificultades tenidas durante el parto atendido en el Hospital San Juan de Dios de Rionegro, el 21 de noviembre de 1991.

"Se trataba de un niño de 20 meses, producto de una madre de 39 años multigestante, cuyo parto inmediatamente anterior había sido 8 años antes, no planificaba, ni relató tomar ninguna droga durante el embarazo, el cual tuvo control prenatal sin aparentes complicaciones.

"El 8 de noviembre tuvo su último control prenatal, encontrándose un grado de madurez I - II - con una edad de gestación de 38 semanas por último sangrado y 38.5 semanas por biometría, con actividad cardíaca y motora normal del feto.

"El 21 de noviembre de 1991, tuvo parto espontáneo con episiotomía a las

¹ Suma que corresponde a la deprecada a título de perjuicio fisiológico a favor de Juan Guillermo.

13:30 horas obteniéndose producto de sexo masculino, de 3.300 gramos y 48 cms de talla con un apgar de 2/10 al minuto y 4/10 a los 5 minutos.

“El feto nació meconiado, muy deprimido, sin respiración espontánea por lo cual fue entubado por anesthesiólogo, previa aspiración de secreciones, masaje cardíaco, oxígeno y canalización de vena con dextrosa al 5%.

“La paciente había llegado a la clínica a las 5 a.m. en trabajo de parto normal y a las 4:30 horas (9:30 a.m.) tenía siete centímetros de dilatación. Solamente a las 13:20 se realiza episiotomía obteniéndose líquido meconiado y el parto en expulsivo es atendido inicialmente por enfermera, y posteriormente trasladada a la sala de partos.

“A las 20 horas de nacido, el producto presenta convulsiones tónico - clónicas con movimientos de las cuatro extremidades. 5 horas después presenta otro episodio convulsivo tónico - clónico tratado adecuadamente para su control.

“Aproximadamente tres meses más tarde de su nacimiento, se detecta disfunción cerebral moderada y ceguera congénita. Es visto en staff de oftalmología donde se plantea diagnósticos diferenciales de:

- “1. Fibroplasia retrolental.
- “2. Persistencia de vítreo primario.
- “3. Retinoblastoma.

“Se prescribe un TAC, que muestra alteración de la densidad del vítreo, microoftalmía, sugiriéndose como primera posibilidad diagnóstica persistencia del vítreo en ojo derecho y un retinoblastoma en el ojo izquierdo.

“Se le efectuó vitrectomía, más lensectomía en ojo derecho y resección de vítreo, retrolimbar en ojo izquierdo, sin embargo desarrolló una diálisis gigante y un PVR secundario quedando como secuela una retina irreparable. Se le efectuó biopsia de la membrana retrolenticular en la cual no se observó malignidad.

“Posteriormente fue evaluado bajo anestesia general por el Dr. Carlos Vera quien diagnosticó:

“OI: membrana fibrosa retrocraliniana, cóncava, muy poco vascular, tipo de fibroplasia retrolental. No se observa fondo de ojo.

“OD: cámara borrada en la periferia con sinequias a la incisión lo cual deja midriasis extensa pacífica. Con microscopio observa desprendimiento fibroso masivo de todo el área superior interna. El área externa esta aplicada. F. de O: desprendimiento fibrosado con numerosos pliegues de la región superior interna.

“El doctor Vera prescribe: observación del ojo izquierdo y tratamiento médico y observación glaucoma secundario en ojo derecho.

“Ante este diagnóstico se deben plantear las siguientes situaciones:

“1. Se descarta patología tipo retinoblastoma lo cual no sería compatible con el diagnóstico de probable secuela por retardo en la atención del parto.

“2. El diagnóstico bajo anestesia general de ojo izquierdo es compatible con fibroplasia retrolental, patología frecuentemente asociada a excesos

en la concentración de oxígeno a nivel de las incubadoras a las cuales el paciente en mención estuvo.

“3. El hecho de no haber tenido una vigilancia más estrecha del trabajo de parto (entre 9:30 horas y 13:30 horas) llevaron a no efectuar el proceso de episiotomía a tiempo, lo cual se tradujo en retención del feto a nivel vaginal lo que pudo ser responsable del sufrimiento fetal.

“4. La patología de disfunción cerebral moderada de tipo convulsivo, pueden ser fácilmente asociadas con la hipoxia cerebral neonatal más no aún con toda patología ocular descrita.

“5. La patología ocular es de carácter irreversible lo que deja como secuela permanente una amaurosis total que lleva a una pérdida de la capacidad vital (sic) del 88%.

“Nota: se anexa cariotipo obtenido por técnica de bandas R mediante la incorporación de BrdU en el cual “se descartan cromosopatías, relacionadas con el motivo de la consulta” se diagnostica un cariotipo normal 46, XY, en 100 metapasos analizados.”

2.2. Diligencia de testimonio de la doctora Myriam Olaya de Ruiz, médica especialista en salud ocupacional, realizada ante el *a quo*, en la cual se lee:

“(…) Los conocí cuando llegaron a mi consultorio con el fin de evaluar la capacidad visual de un niño, era de origen natural o por consecuencias de algunas dificultades en la atención del parto de la madre, no me une ningún parentesco con ellos. PREGUNTADO. Diga que diagnosticó usted sobre el caso de Juan Guillermo González Ospina. CONTESTÓ. Como se trataba de hacer un análisis de la historia clínica que me llevaron los padres y el documento anexo que entrego el día de hoy está descrito en una forma extensa y clara las conclusiones del análisis de dicha revisión... PREGUNTADO. Diga quién la contrató a usted para el análisis médico a que se hace referencia y qué fin se buscaba con ello. CONTESTÓ. Cuando le pregunté a los pacientes quién los había remitido a donde mí me contestaron que había sido el doctor Manuel Antonio Muñoz con quien evidentemente he venido manejando algunos casos especialmente en lo que tiene que ver con medicina ocupacional. PREGUNTADA. Diga si de la historia clínica que usted conoce de González Ospina o de lo informado por los familiares hubo otros estudios médicos sobre el caso de González Ospina, en caso afirmativo cuáles y si fueron simultáneos o anteriores al realizado por usted. CONTESTÓ. Con el fin de clarificar si la patología que el niño en mención tenía en ese momento, era de origen congénito adquirido, se trató de hacer estudios complementarios de tipo cromosómicos que debían ser realizados por el laboratorio INGEIN de la Clínica Las Vegas el 14 de octubre de 1993 con un informe que se anexa (se anexa al expediente un folio). PREGUNTADA. De la contestación al exhorto que usted ha presentado en esta diligencia se enseña que el hecho de haber tenido o de no haber tenido una vigilancia más estrecha del parto pudo ser el sufrimiento fetal, precise si pudo haber otros factores. CONTESTÓ. Si uno hace análisis del proceso del embarazo y del parto de doña Nohemí (sic) puede observar que aproximadamente

después de cuatro horas y media después (sic) de haber ingresado al hospital tuvo manifestaciones clínicas de tratarse de un parto normal, sin embargo por versiones suministradas por la paciente y su esposo y por los registros conocidos en la historia clínica se detectan algunas dificultades en la atención final del parto, lo que en mi concepto puede justificar el sufrimiento fetal como lo evidencia el feto meconiado y el abgda (sic) 2 sobre 10 al momento del nacimiento y 4 sobre 10 a los cinco minutos, sin embargo, no me atrevo a testificar, digo a justificar que toda la sintomatología del paciente sea debida exclusivamente a este factor..." (fls. 59 a 60 cdno. ppal. 2ª instancia).

2.3. Testimonio del doctor José María Restrepo Correa, médico pediatra, rendido ante el a quo, y quien puntualizó:

"(...) Conozco la historia del recién nacido y me tocó la atención de ese niño después del parto, me parece que toda la historia del recién nacido es normal y que le dimos los cuidados adecuados para la enfermedad que presentaba en ese momento. PREGUNTADO. Diga entonces si usted prestó el servicio obstétrico. CONTESTÓ. Yo soy pediatra y me corresponde la atención después de que el niño ya ha nacido, no recuerdo quién fue el obstetra que atendió el parto. PREGUNTADO. Esa atención pediátrica de que usted habla de que le prestó al recién nacido hasta cuándo fue. CONTESTÓ. El niño nació el 21 de noviembre de 1991 y se atendió en el servicio de pediatría a lo mejor hasta el 26 de noviembre de ese mismo año cuando fue dado de alta en buenas condiciones. PREGUNTADO. Diga si usted supo por comentarios o de la misma historia clínica si el menor ya conocido tuvo problemas fisiológicos. CONTESTÓ. Sí el niño consultó posteriormente creo que un año después de haber nacido porque los padres querían que yo diera autorización para que al niño le pusieran anestesia porque lo iban a operar, yo encontré que el niño tenía un daño cerebral y les dije que el permiso para poner la anestesia la debía dar el anesthesiólogo no el pediatra... Los padres me dijeron que el niño se estaba quedando ciego en forma progresiva y ha o debía ser evaluado por un oftalmólogo. PREGUNTADO. Como pediatra que relación puede haber con la lesión cerebral y la ceguera del niño por una mala atención en el parto, si esto es congénito o puede ser por factores externos que se le hubiere ocasionado. CONTESTÓ. El diagnóstico de la causa de ceguera de ese niño debe ser hecho por un experto oftalmólogo para saber qué tipo de lesión tiene si es cerebral o una lesión propiamente del ojo, si es una enfermedad congénita o si se debe a hipoxia perinatal... **La anoxia perinatal consiste en que el niño no recibe la cantidad suficiente de oxígeno ya sea durante el trabajo de parto, en el parto o después de que nace, entonces hay que hacer maniobras de rehabilitación.** PREGUNTADO. Díganos si dentro de los efectos de la anoxia perinatal podría estar la ceguera. CONTESTÓ. Sí eventualmente podría ser una causa de ceguera, en la anoxia prenatal puede haber muerte de células del cerebro y podría eventualmente desplazar la corteza que corresponde a la visión. PREGUNTADO. Cuáles pueden ser otras causas que generan una ceguera neonatal. CONTESTÓ. Hay muchas causas, una hemorragia cerebral, trauma directo en el ojo, en los prematuros que reciben oxígeno ciento por ciento puede haber una enfermedad que se llama fibroplasia retrolental pero ocurre en prematuros que están recibiendo oxígeno ciento por ciento generalmente conectados a respiradores y tampoco es una ceguera que se instale de manera

progresía, pero repito que puede ser evaluado por un oftalmólogo. PREGUNTADO. Considera usted que el tratamiento médico que le fue brindado a la señora Noelia Ospina en su trabajo de parto fue el adecuado. CONTESTÓ. Eso debe ser evaluado por un obstetra, el niño nació deprimido y hubo necesidad de maniobras de reanimación, las de rutina aspirar la secreción de la faringe, dar oxígeno con mascarilla y si no responde incubar al niño o mejor entubar al niño en el caso concreto...” (fls. 61 a 64 cdno. ppal. 2ª instancia - Negrillas de la Sala).

2.4. Testimonio del doctor Andrés José Álvarez Villegas, rendido ante el *a quo*, quien señaló:

“(...) sólo lo atendí como una urgencia clínica estando el niño hospitalizado en el hospital de Rionegro, a las ocho horas de haber nacido, a las ocho de la noche del 21 de noviembre de 1991, digo a las diez p.m. PREGUNTADO. Diga qué síntomas presentaba y por qué lo tuvo que atender. CONTESTÓ. Estando de turno en el servicio de urgencias del hospital de Rionegro el 21 de noviembre de 1991 a las 10 P.M., se solicitó por parte del servicio de pediatría que uno de los médicos evaluara urgentemente a uno de los niños que se encontraba hospitalizado, en dicho servicio encontré a un niño que a la una y treinta de ese mismo día había nacido en el hospital en un parto vértice espontáneo o sea de cabeza y el cual había nacido deprimido. Este niño fue hospitalizado posteriormente con los diagnósticos de broncoaspiración, sufrimiento fetal agudo e hipoglicemia neonatal, en el servicio de pediatría entonces encontré un niño en malas condiciones generales, deprimido, respirando anormalmente y que al realizarle una prueba de medición del azúcar en sangre se encontró que la glicemia estaba baja menor de 40, por lo tanto procedí a colocarle una infusión de dextrosa al 10% y ordené que el manejo continuara conforme estaba establecido... La depresión en un recién nacido se diagnostica inmediatamente después del parto a través de la evaluación de unos parámetros clínicos que todo médico debe realizar al minuto y a los cinco minutos de nacido y que es conocida como la prueba apgar la cual evalúa cinco parámetros que son: frecuencia cardíaca, frecuencia respiratoria, color de la piel, tono muscular y reflejos nauseosos, estos parámetros tienen un puntaje que oscila cada uno entre 0 y 2 y que al sumarlos deben dar un total de 10 por lo tanto si el bebé tiene una prueba total mayor de ocho significa que está en buenas condiciones si está entre cinco y siete está deprimido y si es menor de cinco está grave, **por esta razón este bebé al tener un dato de apgar de 2.4 indica que estaba en muy malas condiciones generales...** PREGUNTADO. Diga si la glicemia detectada en el niño Juan Guillermo podría haber originado problemas de ceguera. En el mismo o son factores ajenos. CONTESTÓ. **La ceguera como tal no puede afirmarse que sea consecuencia directa de la hipoglicemia detectada en el bebé sino consecuencia del daño neurológico producido por un sufrimiento fetal en el cual deja de llegar al cerebro una o un aporte adecuado de oxígeno.** PREGUNTADO. Diga si usted de la historia clínica que analizó de Juan Guillermo pudo detectar alguna anomalía en cuanto a su atención en su momento si ello quedó registrado en ella. CONTESTÓ. **No pude detectar anomalías en la atención del parto ni seguimiento posterior del menor Juan Guillermo, sólo el dato relevante en la historia clínica del sufrimiento fetal en el momento del parto el cual se demuestra porque el líquido amniótico que salió antes del parto estaba meconiado y al nacer el bebé presentaba los signos de sufrimiento fetal agudo...** PREGUNTADO. Cuáles pueden ser algunas causas para que halla (sic) o se presente la ceguera neonatal. CONTESTÓ. La ceguera neonatal tiene múltiples causas en su origen la más frecuente es el bajo peso al

nacer, otra que pudiera estar involucrada es el suministro inadecuado de oxígeno, las malformaciones congénitas, los tumores cerebrales entre otros... PREGUNTADO. Si la producción del líquido amniótico meconiado puede deberse a la demora, no siempre imputable al médico, de la atención del parto. CONTESTÓ. **El líquido meconiado es un signo clínico que se presenta durante el trabajo de parto el cual puede durar desde horas hasta días, o lo más frecuente en el momento mismo del parto, en ambos casos si este está meconiado indica que hay sufrimiento fetal, y este sufrimiento fetal agudo puede producirse por un prolongado o excesivo trabajo de parto.** PREGUNTADO. Si la falta de atención oportuna o el excesivo trabajo de parto pueden producir la hipoglicemia, por la falta oportuna de respiración. CONTESTÓ. Un trabajo de parto demorado puede producir un sufrimiento fetal agudo y este solo hecho desencadenar en el bebé complicaciones como la hipoglicemia neonatal, además de otras como son la broncoaspiración, y la hipoxia neonatal..." (fls. 64 a 69 cdno. ppal. - Negrillas y subrayado adicionales).

2.5. Copia íntegra y auténtica de la historia clínica de Juan Guillermo González Ospina, de la cual se transcribe:

"(...) Resumen de atenciones y procedimientos

"21 - 11 - 91 SFA. Broncoaspiración, hipoglicemia neonatal.

"(...) Hoja de evolución

"21 - XI - 91 Antecedentes maternos:

"Madre de 39 años. R: Rionegro (rural).

"Multigestante.

"Emb de: 40+4 semanas x amenorrea.

: 40 semanas x eco.

"Inicia trabajo de parto desde 7 pm ayer (contracciones y sangrado rutilante).

"Realizó control prenatal sin complicaciones.

"Actividad uterina 2 en 10.

"En vista de que presentaba pocas contracciones y de mala cantidad, y presentaba dilatación de 7 cms, deciden Syntocinon y realizan RAMO.

"Durante el expulsivo hubo retención cbza x no distensión de tejidos blandos, se realiza episiotomía y se obtiene producto.

"RN: nace bebé de sexo masculino, hipotónico, hipoactivo. Apgar 2/4.

"Se realiza aspiración de meconio. Se llama anesthesiólogo (Dr. Flores) quien intuba y coloca O2 x aire...

"(...) IDx: 1. Rn postmaduro.
 2. S.F. Agudo.
 3. Aspiración de meconio.

"C/ traslado a pediatría.

"27 - 11 - 91. Sale RN de alta en buenas condiciones. Recibió instrucciones médicas." (fls. 104 a 222 cdno. ppal.)

2.6. Experticia rendida por los doctores Juan Manuel Ramírez Ríos y Augusto Arias H., de la cual se destaca:

"1. La parte demandante solicita se determine la causa de la ceguera del niño Juan Guillermo González Ospina, así como el porcentaje de incapacidad.

"Para una evaluación adecuada de las posibles causas de la ceguera del menor, hace falta:

"1. Conocer los informes del TAC (Tomografía Axial Computarizada) y estudios anatomopatológicos que deben reposar en la historia clínica del Hospital Universitario San Vicente de Paul.

"2. Conocer el informe original del Dr. Carlos Vera con los procedimientos diagnósticos realizados.

"3. Tener conciencia de que la cirugía oftalmológica que se le realizó al pequeño, presentó complicaciones severas, las cuales pueden aumentar la lesión ocular preexistente.

"4. Considerar que el cariotipo normal por técnicas de bandas R no es totalmente excluyente de patologías congénitas o hereditarias; existen trastornos metabólicos y endocrinos que no han sido descartados en el paciente.

"5. El manejo obstétrico fue adecuado; el tiempo de dilatación cervical, el descenso de la presentación encefálica y la fetocardia siempre estuvieron en límites normales; la episiotomía fue realizada en el momento oportuno, incluso podía no haberla necesitado por ser una multípara.

"6. No se ha realizado un TORSCH (para detectar si pudo haber sufrido la madre de rubeola, toxoplasmosis, citomegalovirus, principalmente) en el paciente, lo cual puede explicar parcial o totalmente la patología ocular.

"7. La concentración de oxígeno en la incubadora se mantuvo a 6 litros por minuto, lo cual constituye un flujo normal, y que algunos dicen que puede terminar más bien con una baja concentración de oxígeno para incubadora.

"Además el paciente permaneció por un tiempo relativamente corto en la incubadora; lo que en ningún momento determina exceso de administración de oxígeno.

"8. La fibroplasia retrolental es propia de prematuros y recién nacidos de bajo peso, consideraciones que no son las del paciente problema.

"9. Aclarar si el TAC fue solamente ocular o si incluye TAC de cráneo en que puedan verse secuelas de hemorragia o calcificaciones cerebrales.

“10. No aparecen los informes de los estudios de potenciales evocados en los estudios de retina.

“11. Hay una nota del staff de oftalmología que reporta “microoftalmía” lo que sugiere que pudo haber una patología ocular de base diferente a la fibroplasia retrolental.

“Consecuentes con lo anterior, no existen bases científicas para definir una causa de la ceguera del menor Juan Guillermo González Ospina, que de acuerdo a la historia clínica ocasiona una incapacidad superior al 80%.

“II. La parte demandada plural, solicita se determine sobre lo siguiente:

“A. Parte oftalmológica.

“1. Si la ceguera que se dice padece el menor fue consecuencia de la atención del parto o si por el contrario es congénita.

“R. Tal como se anotó en las consideraciones de la parte introductoria de esta pericia, al hacer un análisis de la historia clínica, se encuentra que el manejo obstétrico o de la conducción del parto fue adecuado; los parámetros de los diferentes estadios del parto están dentro de los límites normales: el tiempo de dilatación cervical, el descenso de la presentación encefálica (que nunca hace retención de cabeza, esta situación se da en la presentación del parto en podálica - de nalgas -), la fetocardia también normal, y la episiotomía fue realizada en el momento oportuno incluso podría no haberse necesitado, pues se trataba de una multípara cuyos partos anteriores habían sido normales y en vértice espontáneo.

“Así las cosas, no se encuentra ninguna situación en el parto que pueda haber causado ceguera o siquiera haber agravado una existente en el neonato Juan Guillermo González Ospina. Todo indica que la ceguera es congénita; lo que no es posible definir, con el material de exámenes y pruebas diagnósticas en el expediente, cuál es la causa congénita específica de la ceguera.

“2. Si dentro de los efectos secundarios de la anoxia perinatal podría estar la ceguera.

“R. Existe esa posibilidad, pero se necesita una anoxia prolongada, siendo un factor de mayor riesgo para prematuros y recién nacidos de bajo peso.

“3. Cuándo se percibe que un niño acabado de nacer sufre de problemas oftalmológicos.

“R. Cuando se trata de glaucoma o cataratas congénitas y otros problemas hereditarios, se pueden detectar con el examen adecuado, después del nacimiento; pero si son de otro origen es difícil detectarlo cuando ha acabado de nacer porque la distancia focal del recién nacido es extensa; solo hacia los 5 o 6 meses los

padres detectan problemas oftalmológicos o de visión porque el niño no los sigue con la mirada o no sonríe con sus rostros.

“4. Causas de la ceguera neonatal.

“R. La rubeola, toxoplasmosis, citomegalovirus, trastornos metabólicos y endocrinos, anoxia perinatal severa y prolongada, la retinopatía diabética proliferativa, la retinopatía por premadurez, traumatismo ocular, la retinitis pigmentosa que puede heredarse como autosómica recesiva, autosómica dominante o recesiva ligada a X, la amaurosis congénita de Leber heredada de manera autosómica recesiva, el oxígeno en cualquier concentración excesiva, en relación con el aire, administrado en lactantes prematuros, puede desarrollar retinopatía de la premadurez (fibroplasia retrolental), etc.

“B. Parte ginecológica.

“R. 1. No hay número definitivo o definido. Pero lo corriente es realizar 3 o 4 controles y 2 tactos.

“(...) R. 5. Por alteración de la fetocardia, ya que el meconio no siempre es indicativo de sufrimiento fetal.

“(...) R. 9. Puede dejar secuelas neurológicas. Pero muchos recién nacidos con afgar (sic) bajo han presentado una recuperación neurológica completa.

“(...) Se puede concluir entonces que el manejo tanto a la madre como al hijo fue apropiado o adecuado, oportuno, indicado y excelente. Se le dio un tratamiento que corresponde a un manejo de un centro médico asistencial de un tercer nivel.” (fls. 256 a 262 cdno. ppal.).

2.7. Aclaración del dictamen pericial rendido por los peritos, quienes indicaron:

“(...) Contestación a las preguntas del memorial de la parte actora fechado julio 24 de 1997.

“**A LA PRIMERA.** No es competencia de los peritos solicitar a nombre propio documentos a instituciones ni a particulares.

“**A LA SEGUNDA.** A folio 50 del cuaderno principal aparecen comentarios, pero no fotocopia auténtica del informe original del Dr. Carlos Vera, ni en base a que él realiza cualquier diagnóstico.

“**A LA TERCERA.** Se le efectuó vitrectomía más lensectomía en ojo derecho y resección del vítreo retrolimbar en ojo izquierdo. Sin embargo, desarrolló una diálisis gigante y un PUR secundario quedando como secuela una retina irrecuperable. El staff de oftalmología consideró entonces los diagnósticos de fibroplasia retrolental, persistencia del vítreo primario y retinoblastoma.

“El Dr. Carlos Vera prescribe: observación del glaucoma secundario en ojo derecho.

“A LA CUARTA. Congénito: quiere decir presente al momento del nacimiento. Hereditario: quiere decir de transmisión genético. Lo congénito puede ser o no hereditario.

“A LA CUARTA Y QUINTA. En la historia clínica aportada al proceso, no aparece constancia de que se haya descartado TORCH en el paciente, ni trastornos metabólicos, ni alteraciones endocrinas, etc.

“A LA SÉPTIMA. No aparece en la historia clínica aportada al proceso, información sobre los aspectos de salud de los familiares del niño; no aparece árbol genealógico.

“AL OCTAVO. El porcentaje de exclusión y la variabilidad, varían según la patología a considerar, según la técnica que se utilice, según quien realice la técnica diagnóstica, etc.

“A LA NOVENA. No existe examen totalmente excluyente de patologías congénitas o hereditarias.

“A LA DÉCIMA. A folio 132 del cuaderno principal, se consignan 6 controles prenatales normales. A folios 161 y 162 se anota una evolución clínica normal del embarazo. A folio 137 se registran dos controles de trabajo de parto en donde se reporta una fetocardia normal.

“A LA ONCE. No es competencia de los peritos.

“A LA DOCE. A folio 115, numeral 7, existe la orden médica de suministrar oxígeno a un volumen de 6 litros.

“A LA TRECE. A folio 115, numeral 8, se ordena pasar el niño a incubadora; el día 21 de noviembre/91 a las 2:20 p.m. dándose de alta el día 27 de noviembre de 1991.

“A LA CATORCE. A folio 132, del cuaderno principal, se consignan 6 controles prenatales normales; no hay registro en la historia clínica aportada al proceso que se realizan tactos vaginales en los últimos 2 meses; pero es usualmente no se realizan tactos vaginales en los controles prenatales encontrados normales; no es la práctica obstétrica común, tanto que no son incluidos como información requerida por los SIS o sea en el informe de la consulta realizada.

“Lo indicado puede observarse a folio 132 del cuaderno principal.

“(…)” A LA DIECISIETE. Inicialmente se debe disponer de los resultados en copia original del TAC (tomografía axial computarizada), historia clínica del Hospital Universitario San Vicente de Paul, informes de los drs. Oftalmólogos Vera, Serena y Valencia con fechas y horas; historia familiar completa de hermanos, padres, tíos, abuelos; con énfasis en los aspectos neurológicos endocrinos y visuales.

“El porcentaje de confiabilidad depende de cada una de las posibles etiologías patológicas a considerar.” (fls. 267 a 276 cdno. ppal. - mayúsculas y negrillas del original).

2.8. A folio 24 del cuaderno principal obra certificación suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación de Antioquia - Servicio Seccional de Salud, en la que se hace constar:

“Que la entidad denominada HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS del municipio de Rionegro (Antioquia) fue creado por Cédula Real del Gobierno Español de 1788. Es una entidad sin ánimo de lucro, de origen público, dedicada a la prestación de servicios de salud a la comunidad, perteneciente al Subsector oficial del Sector Salud.”

2.9. Del folio 2 al 5 del cuaderno principal obran los registros civiles de nacimiento de los menores: María Cristina, Carlos Alberto, Gabriel Fernando y Juan Guillermo González Ospina. En todos se hace constar que sus padres son los señores Luis Carlos González y María Nohelia Ospina. De igual forma, a folio 6 reposa el registro civil del matrimonio celebrado entre los señores Luis Carlos González y María Nohelia Ospina Álvarez.

3. Valoración probatoria y conclusiones

Analizados los medios probatorios, la Sala revocará la sentencia apelada. Lo anterior, con fundamento en el siguiente razonamiento:

Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno

que le deviene por la vía hereditaria.

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que aquél no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima.

De allí que, la Sala no prohíba interpretaciones ya superadas según las cuales era preciso que se acreditara una situación legítima - una cosa es la legitimidad de una situación y otra diferente es la ilicitud de la conducta o antijuricidad subjetiva de la acción desencadenante del daño - pues se trata de un carácter que en la actualidad no se predica del daño, puesto que el mismo sirvió de fundamento para negar perjuicios a situaciones que revistiendo la connotación de daños, eran censuradas moralmente (v.gr. los perjuicios reclamados por los entonces mal llamados concubinos o concubinas, los daños irrogados a trabajadoras sexuales, etc.)². En otros términos, aspectos de esta estirpe o morales no pueden ser analizados desde la antijuricidad del daño, toda vez que este elemento se concentra en determinar si la persona estaba o no en la **obligación normativa** de soportarlo (v.gr. los impuestos, los daños que tienen su origen en conductas ilícitas, etc.)

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

² "La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría." HENAO, Juan Carlos "El daño", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 95.

y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada³.

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

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

En el caso *sub examine*, se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, como quiera que los peritos designados al valorar la historia clínica de Juan Guillermo González Ospina, le determinaron una incapacidad superior al 80%, lesión o afectación que - para los demandantes - es personal, cierta y, de ser imputable a las entidades demandadas, podría generar perjuicios materiales o inmateriales directos - es decir, derivados del daño antijurídico - .

Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación⁴.

³ Cf. DE CUPIS, Adriano "El Daño", Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

⁴ "Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

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

En primer lugar, la Sala declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Ministerio de Salud, en atención a que éste no es llamado a defender el interés jurídico que se debate en el proceso.

En efecto, la legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio.

Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hubieren sido demandadas⁵. De allí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, toda vez que, como lo ha precisado la Sala:

“(…) la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

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

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política...” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 13503, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”⁶ (negritas del original).

En ese orden de ideas, la legitimación en la causa por pasiva supone la verificación de que quien es demandado tenga la titularidad para defender el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sea el llamado a discutir la viabilidad y el fundamento de las pretensiones elevadas en el la demanda.

En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir el mismo en el proceso⁷.

Como se aprecia, no es la Nación⁸ - Ministerio de Salud quien prestó el servicio médico del cual se hace pender la producción del daño; *a contrario sensu*, el hospital demandado estaba constituido como una entidad sin ánimo de lucro, vinculado al Servicio de Salud Departamental de Antioquia, circunstancia por la cual son el Departamento de Antioquia y el Hospital San Juan de Dios de Rionegro los sujetos a cuyo cargo se encontraba la prestación del servicio médico asistencial y, por ende, respecto de quienes se predica la legitimación en la causa por pasiva.

En consecuencia, en aras de brindar claridad sobre la materia, la Sala insiste en la diferencia que existe entre *legitimatio ad processum* y la *legitimatio ad causam*, para lo cual hace propios los lineamientos doctrinales formulados por el insigne profesor Hernando Devis Echandía, en los siguientes términos:

“Según hemos dicho, la *legitimatio ad causam* es un elemento sustancial de la litis y, por lo tanto, no constituye un presupuesto procesal. En cambio

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁷ “[E]n los procesos contenciosos la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante...” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260.

⁸ Sujeto que si bien, a la luz del artículo 286 de la Constitución Política, no está catalogado como una entidad territorial, sí se le ha reconocido legamente su personalidad jurídica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la ley 153 de 1887: **“La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas.”**

la *legitimatío ad processum* se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal. La ausencia de aquélla impide que la sentencia resuelva sobre el fondo de la litis, pero no invalida el proceso, y la sentencia inhibitoria es absolutamente válida; la falta de ésta constituye un motivo de nulidad, que vicia el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse, en el caso de que el juez no caiga en la cuenta de que existe ese vicio.”⁹

De conformidad con lo anterior, es preciso señalar que existen tres niveles o grados relacionados con la participación de las partes o sujetos en el proceso: i) la existencia de legitimación para obrar o para el proceso, para lo cual el operador judicial constatará la capacidad de la persona (natural o jurídica) o de la ficción habilitada **expresamente** por la ley para comparecer al proceso (v.gr. entidades del artículo 2º de la ley 80 de 1993), ii) la legitimación en la causa de esa persona, sujeto o entidad al interior del proceso contencioso, es decir, la existencia del interés jurídico para obrar a lo largo de la actuación y iii) la representación de las partes en el trámite o proceso, de manera concreta, cuando quienes concurren al mismo son personas jurídicas (de derecho privado o público). Para el caso de las entidades de derecho público, la disposición de representación está contenida en el artículo 149 del C.C.A.¹⁰, precepto que determina las autoridades que representan a las personas jurídicas de derecho público - entre ellas la Nación - en los procesos judiciales de naturaleza contencioso administrativa.

⁹ DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 257.

¹⁰ “Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

PARAGRAFO 1o. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2o., numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

PARAGRAFO 2o. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado.”

Ahora bien, definida la legitimación y la representación de las entidades demandadas en el caso concreto, corresponde estudiar si el daño antijurídico es o no imputable al Departamento de Antioquia y al Hospital San Juan de Dios. Al primero porque no acreditó su falta de legitimación en la causa por pasiva, sino que, por el contrario, se defendió en relación con la prestación del servicio médico, lo que hace inferir que el Servicio Seccional de Salud del Departamento tenía relación directa con el Hospital San Juan de Dios de Rionegro. Y, frente a este último, porque fue la entidad sin ánimo de lucro donde se prestó el servicio de salud, concretamente, la atención del alumbramiento de Juan Guillermo González Ospina.

En relación con la imputación de primer nivel, o fáctica, está acreditado con la historia clínica que la señora Nohelia Ospina fue recibida el 21 de noviembre de 1991, en las instalaciones del Hospital San Juan de Dios de Rionegro, lugar en el que se atendió el parto de su bebé Juan Guillermo. De igual forma, está demostrado que la paciente, desde el momento de su hospitalización, se encontraba en posición de garante respecto de la institución sanitaria y, por lo tanto, era un imperativo que la institución cumpliera con sus deberes de conformidad con el principio de confianza¹¹.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sección ha señalado:

“Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como

¹¹ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus *status*; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada.” LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121.”

“En ese orden de ideas, el principio de confianza legitima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.”

quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante...”¹²

Y en otra oportunidad, con particular *sindéresis*, se precisó¹³:

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

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar - acción u omisión -, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política¹⁴.

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

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 16483, M.P. Enrique Gil Botero.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

posición de garante)¹⁵.

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

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

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

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

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho¹⁶.

¹⁵ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, **sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora**, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley - en sentido material - atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.¹⁷¹⁸

“Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada¹⁹. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar²⁰.

igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal - Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal - Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567.

¹⁸ Ver igualmente: sentencias de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, de 20 de febrero de 2008, exp. 16996, de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

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

“Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

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

¹⁹ “Ex nigilo nili fit”. De la nada, nada.

²⁰ “Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal... Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones.” Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle.” OVIEDO Pinto, María Leonor “La posición de garante”, Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos - en términos Kantianos - , con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible - puesto que existe el principio de falla relativa del servicio - , pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado²¹.”

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

“La sola circunstancia o hecho material del arrollamiento con el vehículo, aunque teóricamente podría constituir un hecho de un tercero, y bien una hipótesis de solidaridad en los términos del artículo 2344 del C.C., en el caso *sub examine*, lo que se evidencia con claridad meridiana es que el comportamiento del conductor de la camioneta no fue relevante jurídicamente en atención al contexto del lugar, y a la posición y vestimenta del soldado que se mimetizaba con la hierba, todo lo cual conspiró en conjunto para el triste resultado de una vida que se vio frustrada; por el contrario, la causa adecuada o determinante del resultado no es otra diferente a la proyección de la falla del servicio en el *iter* o recorrido causal que dio al traste con la vida del uniformado, quien confiado en que se encontraba en una zona de descanso aún así fuera improvisada, pero que asumió era segura y por ello se entregó al sueño, de allí que tampoco en formal alguna cabría la hipótesis de culpa de la víctima.”²²

Postura reiterada en otra oportunidad, en la que se sostuvo²³:

“Por consiguiente, no resulta procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a reclusos, sea suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles - por acción u omisión - a la Administración Pública, puesto que se requiere, además, que la entidad

²¹ “En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico penal, se vinculan un suceso en el mundo y un **destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche.**” (Se destaca) JAKOBS, Günter “La imputación objetiva en el derecho penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 16990, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño...²⁴

Lo señalado, en tanto que en materia del acto médico, y de la responsabilidad derivada de su concreción, lo relevante no es el yerro en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta - , sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del diagnóstico o del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad o la situación padecida por el paciente, en este caso la gestante y su bebé, no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio.

En ese orden de ideas, el daño es imputable en el plano fáctico a la entidad demandada, ya que, en términos de la *probabilidad preponderante*²⁵, a diferencia de lo sostenido por el dictamen pericial, la circunstancia de bronco aspiración del meconio²⁶, por cuenta de un

²⁴ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

²⁵ La cual le permite al juez fundar su decisión en hechos, que aún sin estar establecidos de manera exacta o matemática, a la luz de la razón, son los más probables. Además, conforme lo enseña Karl R. Popper, recogiendo la visión gnoseológica actual, el conocimiento científico consiste en conjeturas comprobables, por ello es conocimiento hipotético, conocimiento conjetural, en el mejor de los casos.

“En términos generales, y en relación con el “grado de probabilidad preponderante”, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. **El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables.** Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante.” DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 78 y 79. (Se destaca).

²⁶ “Se define como meconio a las primeras heces del recién nacido, las cuales son espesas, pegajosas y de color negro verdoso. La aspiración significa que el recién nacido inhala una mezcla de meconio y líquido amniótico, ya sea dentro del útero o justo después del parto.

La posibilidad de inhalar meconio se presenta en aproximadamente el 5 al 10% de los nacimientos y ocurre de manera particular cuando el feto está estresado durante el parto, especialmente cuando el bebé se ha pasado de término o fecha. Esta condición es grave y, de hecho, la aspiración de meconio es una de las causas principales de enfermedad severa y muerte en recién nacidos.

Durante el trabajo de parto, el niño puede sufrir falta de oxígeno que provoca incremento del movimiento de los intestinos y relajación del esfínter anal, haciendo que el meconio pase al líquido

cuadro de sufrimiento fetal agudo, constituye, sin anfibología, el fundamento más probable de la patología sufrida por el menor, esto es, la pérdida progresiva de la visión por anoxia (hipoxia) cerebral²⁷, de acuerdo con los testimonios de los médicos Myriam Olaya Ruíz, José María Restrepo Correa, y Andrés José Álvarez Villegas, quienes son enfáticos en señalar que la pérdida de la función de la visión del niño Juan Guillermo González Ospina pudo estar asociada, en alta probabilidad, a la bronco aspiración del meconio y del líquido amniótico.

Acerca de la posibilidad con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo, de derivar y estructurar indiciariamente la prueba de la imputación fáctica en asuntos de responsabilidad médica, con apoyo en los diversos medios de convicción que obran en el proceso y la documentación científica de que se valga el operador judicial, la jurisprudencia de esta Sala ha puntualizado en diversas oportunidades lo siguiente:

“En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia, cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba

amniótico que rodea al bebé por nacer. La mezcla del líquido amniótico con el meconio forma un líquido verde de viscosidad variable. El meconio en sí es espeso, pegajoso y de un color negro verdoso.

“(…) Si el bebé respira mientras aún está en el útero o cuando respira por primera vez, puede inhalar esta mezcla de meconio y líquido amniótico hacia los pulmones, lo que puede provocar un bloqueo parcial o total de las vías respiratorias, produciendo dificultad respiratoria y un intercambio deficiente de gases en los pulmones. Además, esto es irritante y causa inflamación de las vías respiratorias y potencialmente neumonía química.

Alrededor de un tercio de los niños que aspiran meconio requieren algún tipo de respiración asistida. Los factores de riesgo son: diabetes en la madre, hipertensión en la madre, parto difícil, sufrimiento fetal e hipoxia intrauterina (disminución del suministro de oxígeno al bebé mientras está todavía en el útero).

“(…) Los problemas respiratorios tienden a ceder al cabo de dos a cuatro días, aunque la respiración acelerada puede persistir durante días. Los niños que han tenido aspiración severa y que requieren ventilación mecánica tienen un pronóstico más reservado. **La hipoxia en el útero o la hipoxia por complicaciones de aspiración de meconio pueden conducir a daño cerebral.** El resultado depende del grado de daño cerebral. La aspiración de meconio rara vez conduce a un daño pulmonar permanente.” (Se destaca).

<http://www.healthbasis.com/Spanish%20Health%20Illustrated%20Encyclopedia/5/001596.htm>

Página consultada el 21 de marzo de 2012.

²⁷ “El término técnicamente se refiere a la falta de suministro de oxígeno a los hemisferios cerebrales (la parte exterior del cerebro), sin embargo, típicamente se suele utilizar más para referirse a la falta de suministro de oxígeno a todo el cerebro.” <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001435.htm> Página consultada el 21 de marzo de 2012.

problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. **Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'".** Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejia de su hija, derivada de la falla médica."²⁸ (Destaca la Sala).

“.....

.....

“No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, **sino que por el contrario, se reclama una prueba que permita inferir, con visos de realidad, que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto, en la muerte del menor.** La relación de causalidad en dicha actividad, se caracteriza por un particularismo específico, en relación con el régimen general, circunstancia esta que se sostiene, por las especiales características que tipifican la actividad médica y que exigen una consideración especial de parte del juzgador, en el momento de la valoración de la conducta que se considera causalmente ligada a los resultados nocivos. **Dicho en otras palabras: En tratándose del acreditamiento del elemento causal, hácese indispensable la demostración de que la conducta del médico tratante o, en su caso, del centro hospitalario a quien se imputan las consecuencias dañinas, resultan ser la causa adecuada del desenlace producido en el paciente, pues sabido se tiene que el mero contacto del médico con el paciente, no resulta ser un elemento probatorio suficientemente descriptivo que permita tener por acreditada la causalidad exigida por el régimen de responsabilidad.** En el caso concreto, no solamente se echa de menos la ausencia de prueba que le permita al juzgador atribuir el resultado muerte a una eventual conducta omisiva, pues se reitera, tan solo se sabe que el menor fue llevado al centro hospitalario, si no que igualmente, de la prueba recaudada tampoco puede predicarse que se

²⁸ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

haya presentado lo que el demandado califica como omisión.”²⁹ (Negrillas adicionales).

“.....
.....

“(...) la Sala advierte que se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado a la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa. **Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica.** El ámbito donde ha de situarse la atención para el análisis de los casos de responsabilidad, presupuesto la demostración del daño, es el del elemento causal, el cual no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto y, mucho menos, si se ha llegado a tal conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica probatoria. Se reitera que la culpa no comporta de ordinario la prueba de la causa. La Sala no puede aceptar que los roles determinados y específicos que cumple cada miembro del grupo médico impidan a la postre establecer la responsabilidad del I.S.S., por la circunstancia de la división del trabajo. Las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público y, por lo mismo, se concluye que ante casos como éste (de inactividad o pasividad del grupo médico en la prestación del servicio o de falta de organización y cumplimiento de las órdenes médicas) la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica. El juzgador puede hacer inferencias lógicas relativas a hechos debidamente probados concernientes a los atrás enunciados, de los cuales puede concluir el nexo de causalidad, cuando en la historia clínica no se anotó una causa eficiente, no proveniente del demandado, en la producción del hecho dañino - causa ajena - . Más cuando en la historia clínica, después del diagnóstico y de la realización, como en este caso de un TAC no se hizo constar que el paciente ingresó en estado de gravedad. Por consiguiente si el paciente se deteriora en manos de quien lo atiende y no se demuestra una causa extraña a éste, se infiere de forma indirecta el nexo de causalidad. Concluye por tanto la Sala, en otros términos, que si el I.S.S. hubiese agotado con diligencia y

²⁹ Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 11.949 M.P. Daniel Suárez Hernández.

exhaustividad el contenido prestacional y el resultado curativo no se hubiere logrado, esa misma conducta evidenciaría la ausencia de falla. Por lo tanto ante la demostración, de una parte, de las indicadas omisiones y, de otra, del nexo causal ha de imputársele al I.S.S. el deceso del paciente.”³⁰ (Resaltado fuera del texto original).

En síntesis, el operador judicial cuenta con una compleja y completa red de herramientas que le permiten, con apoyo en la sana crítica, la lógica de lo razonable y las reglas de la experiencia, valorar los diferentes medios de prueba que integran el acervo probatorio del proceso, en aras de establecer no la relación causal entre un suceso y su efecto, sino para determinar si el comportamiento de las entidades o instituciones demandadas fue relevante en el plano fáctico en la concreción del resultado, bien porque fue irrogado directamente (acción) o por la abstención en la práctica y realización de los diferentes protocolos médicos de acuerdo con la *lex artis* y, de manera específica, la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, las obligaciones que tiene el galeno para con su paciente en el caso concreto.

De allí que, los elementos o instituciones de la imputación objetiva, la probabilidad preponderante, así como los indicios³¹, se conviertan en una herramienta importante en la

³⁰ Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 12.655 M.P. María Elena Giraldo Gómez

³¹ La Sala, con fundamento en lo señalado por el reconocido tratadista Antonio Dellepiane, ha precisado: “De otra parte, la doctrina ha señalado una serie de requisitos para que los indicios puedan conducir a un hecho inferido con el grado lógico suficiente, que permita conducir al juez por los senderos de la probabilidad determinante o la certeza; dichos elementos son los siguientes:

“a. Los indicios deben hallarse, desde luego, comprobados, y esta comprobación necesita de pruebas directas, lo que no obsta para que la prueba pueda ser compuesta, utilizándose, al efecto, pruebas directas imperfectas, o sea, insuficientes para producir, cada una por separado, plena prueba. Adicionalmente, es válido afirmar que el hecho indicador, a su vez, no puede ser la consecuencia de un indicio previo (hecho inferido), ni tampoco puede estar constituido por un conjunto de hechos inferidos (sumatoria de indicios previos).

“b. Los indicios deben haber sido sometidos al análisis crítico, encaminado a verificarlos, precisarlos y evaluarlos, análisis del cual deberán haber salido provistos con la etiqueta de graves, medianos o leves.

“c. Los indicios deben ser independientes, en varios sentidos. Primeramente, en cuanto no deben contarse como indicios distintos los que tienen el mismo origen respecto a su hecho indicador; en segundo lugar, tampoco deben considerarse como diferentes los que constituyan momentos o partes sucesivas de un solo proceso o hecho accesorio.

“d. Si los indicios tienen el carácter de contingentes (aquéllos cuyo efecto dado puede tener varias causas probables), deben ser varios, en la medida en que su orden numérico otorga una mayor probabilidad respecto a su grado concluyente y, por ende, al nivel de probabilidad o certeza que otorgan.

“e. Deben ser concordantes, esto es, que se ensamblen entre sí de tal manera que puedan producir un todo coherente y natural, en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva

validación de las premisas trazadas en la demanda o en la contestación. De esta manera, la imputación objetiva, así como los demás instrumentos mencionados buscan - en el plano de la responsabilidad, mas no en el plano causal o material - ³² ilustrar al operador judicial en relación con la posibilidad de atribuir en el plano fáctico el daño a la administración sanitaria, máxime si al margen de que la actividad médica no sea catalogada como una actividad peligrosa, sí genera posición de garante de la institución hospitalaria frente al paciente³³.

Ahora bien, la posibilidad de recurrir a la literatura médica por parte del funcionario judicial, ha sido avalada por el reconocido profesor y tratadista, Jairo Parra Quijano, quien con autoridad en la materia, ha sostenido:

“El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.

colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias.

“f. Las inferencias lógicas deben ser convergentes, es decir, que todas reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas.”

“g. Las conclusiones deben ser inmediatas, lo cual debe entenderse en el sentido de que no se haga necesario llegar a ellas a través de una cadena de silogismos.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 25063, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

³² **“La diferencia entre imputación y causalidad es que en la primera el ligamen no es necesario, sino arbitrario o convencional, porque así se ha convenido por los responsables de la comunidad política. Por el contrario, en la relación de causalidad el vínculo es de necesidad, porque no podría ser de otra manera. De no ser así, de no poderse constatar y comprobar empíricamente, la ley física perdería su condición de tal. Así, por ejemplo, según la ley de la gravedad, si soltamos un cuerpo en el aire, éste experimenta necesariamente una caída o empuje hacia abajo. Es una ley física, de carácter necesario, a la que no cabe hacer excepciones. Por el contrario, si alguien mata a otro, puede ser condenado a pena privativa de la libertad, es cierto, pero también, dependiendo de la cultura, podría serlo a pena capital o a otro tipo de sanción. Incluso en una isla donde ser antropófago fuese práctica común, podría quedar impune. Es una ley jurídica y, por tanto, convencional. Es de esa manera porque así lo han acordado o convenido los miembros de la sociedad en la que se da dicha ley, pero ello no implica que no quepan otras posibilidades en otros contextos jurídicos.”** (Se destaca) MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA “La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental”, Ed. Marcial Pons, 2010, págs. 92.

³³ “Sin embargo, en la medida en que ese médico se encuentra de guardia, desde el momento en que asume su responsabilidad de cuidado por los pacientes durante su guardia, el médico asume posición de garante respecto a los casos que se puedan a llegar a presentar durante su turno de servicio.

“La posición de garante requiere que el médico esté encargado de la protección y custodia de la vida de los pacientes como bien jurídico protegido, sino también requiere de la capacidad del médico de poder evitar los resultados dañosos que se puedan originar por su conducta, siendo garante hasta los límites de esa posibilidad...” AGUILAR - Guevara, Rafael “Tratado de Derecho Médico”, Ed. Legis, Bogotá D.C., 2001, pág. 789.

“Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario)”³⁴ (Se destaca).

Como se aprecia, el derecho procesal y probatorio moderno ha dejado de lado el legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para que, en los términos que en su momento formulara Montesquieu, aquél sólo fuera la boca de la ley. Avalar una posición contraria, conllevaría adoptar una visión reduccionista y limitada de la labor de administrar justicia, la cual ha sido superada por una más garantista que permite al juez recurrir a todos los elementos técnicos y científicos que tiene a su alcance, en aras de comprender y valorar con mayor precisión los instrumentos probatorios que integran el proceso.

Por lo tanto el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa³⁵.

De otro lado, en cuanto se refiere a la imputación jurídica, la Sala ha reconocido la necesidad de aplicar un sistema de aligeramiento probatorio para los escenarios de responsabilidad gineco - obstétrica, para ello se ha definido el sistema como de “indicio de falla”.

Entonces, si bien estos supuestos de responsabilidad no deben ni pueden ser decididos bajo la égida de la responsabilidad objetiva (por actividad peligrosa), sí es preciso reconocer la existencia de un indicio de falla del servicio, siempre y cuando el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento.

³⁴ PARRA Quijano, Jairo “Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

³⁵ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

Sobre el particular, vale la pena recalcar lo precisado por la Sección, evento en el que se puntualizó:

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, **sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla...**³⁶ (negrillas adicionales)”³⁷.

Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza - y eventualmente en otros - , la falla podría sustentarse en un indicio, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

En efecto, tratándose de la responsabilidad por actos médicos la doctrina y la jurisprudencia extranjera³⁸ y vernácula han admitido escenarios en los cuales es preciso que operen sistemas de valoración de la falla del servicio con menor rigurosidad, sin que esta circunstancia desplace la connotación de subjetiva de la responsabilidad por el acto médico a objetiva, salvo algunos ámbitos en los cuales será posible predicarla bajo la égida del título objetivo de riesgo excepcional,

³⁶ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 14.767

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ Cf. PUIGPELAT, Oriol Mir “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano - Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: REGAÑON GARCÍA - ALCALÁ, Calixto Díaz “Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006.

“En primer lugar, precisamente por su condición de especialistas: “la diligencia exigible a un médico especialista es mayor que la que corresponde a quien no lo es, pues aquél reúne ciertas calidades que pueden erigirse en motivos determinantes de la voluntad del paciente para elegirlo...” En segundo lugar, porque se advierte una tendencia jurisprudencial que se inclina por juzgar con particular rigurosidad las situaciones de culpa incursas en las prácticas obstétricas. En tal sentido, v.gr., en un caso donde fue ponderada la actuación de uno de estos especialistas se afirmó: “En lo concerniente a la apreciación de los elementos de juicio a fin de establecer si el médico y el instituto en que fue internada la paciente, actuaron con imprudencia o negligencia, debe primar un criterio estricto, por cuanto así aparece impuesto por el juego de los arts... del Cod. Civ., y permite resultados más valiosos desde el ángulo de la justicia, al tiempo que opera como disuasivo de actuaciones poco diligentes (Sentencia del 30/9/81 de la Cámara Nacional Civil Argentina, Sala D).” URRUTIA, Amílcar, URRUTIA, Déborah, URRUTIA, César y URRUTIA, César “Responsabilidad médico - legal de los obstetras”, Ed. La Roca, Buenos Aires, 2004, pág. 111 y 112.

cuando se emplean cosas o actividades peligrosas que son las que irrojan directamente el daño, desligadas del acto médico³⁹.

Por consiguiente, a la parte actora en estos eventos obstétricos le corresponde acreditar: i) el daño antijurídico, ii) la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, el desconocimiento al deber de posición de garantía o la vulneración al principio de confianza, y iii) el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.

Así las cosas, correspondía a las entidades demandadas desvirtuar el indicio de falla que constituye una presunción judicial o de hombre (*presumptio hominis*)⁴⁰,

³⁹ En sentencia del 25 de marzo de 2011, exp. 20836, M.P. Enrique Gil Botero, esta misma Subsección puntualizó: "A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria, vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva."

De igual forma, en sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17333, M.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera, señaló: "Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados... desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias."

⁴⁰ "En las presunciones judiciales, el juez debe hacer el proceso de inducción, en la especie de reconstrucción.

"Al respecto sostiene Elí De Gortari:

"La inferencia por reconstrucción es lo que establece una relación ya desaparecida, con base en los documentos, registros testimonios, y otros indicios que subsistan, que son considerados como pruebas de la existencia de un hecho o, por lo menos, como huellas que hacen probable su existencia pasada. De esta manera, las consecuencias son los indicios que sirven como punto de partida, en tanto que lo inducido es el hecho reconstruido. En las inferencias que se establecen para reconstruir, se presentan muchas posibilidades de cometer equivocaciones y, por supuesto, con un solo error que se cometa

para lo cual no les bastaba atenerse y resguardarse en las conclusiones presentadas por los médicos que realizaron la experticia - y no especialistas en ginecología - toda vez que la prueba técnica se centró en la formulación de las posibles causas generadoras de la ceguera del niño Juan Guillermo, sin que la sola afirmación efectuada por aquéllos, de que el parto fue atendido en condiciones normales y adecuadas, sea lo suficientemente contundente para enervar el indicio, máxime si los restantes medios de convicción, esto es, la valoración de los médicos de salud ocupacional y las declaraciones de los galenos tratantes, permiten dar por demostrado que el daño, esto es, la pérdida de la vista se vincula al episodio de sufrimiento fetal agudo (SFA), debido a la falta de atención oportuna como se indica en el informe o concepto elaborado por la doctora Myriam Olaya - médica ocupacional - que fue anexado con la demanda, donde se establece que existió una demora en el proceso de alumbramiento circunstancia que desencadenó el sufrimiento del feto.

En esa línea de pensamiento, no le bastaba al Hospital San Juan de Dios y al Departamento de Antioquia acreditar que la patología del menor podía tener su génesis en múltiples escenarios (congénitos, hereditarios o propios de la anoxia cerebral), sino destruir el indicio de falla del servicio, para lo cual era imperioso que se demostrara que, a pesar de haber actuado con diligencia y cuidado en la atención del parto, se generó un episodio de sufrimiento fetal agudo ajeno a la actividad médico sanitaria y, por lo tanto, que no era imputable al comportamiento de la institución hospitalaria.

puede quedar inválida la cadena entera de razonamientos. Además, aunque los testimonios sean numerosos, generalmente no son completos y, por tanto, es necesario suplir los datos que faltan por medio de conclusiones inferidas por analogía. La reconstrucción inductiva se utiliza principalmente en la historia, la arqueología, la geología, la paleontología, la cosmología, la jurisprudencia y las averiguaciones judiciales; y por ende, los elementos en que se basa una inducción por reconstrucción son de lo más variado. En todo caso, dichos elementos tienen que ser sometidos previamente a una crítica rigurosa, para determinar su origen, autenticidad, admisibilidad, su veracidad, su exactitud, su valor testimonial y su significado objetivo. Y solo después de haber sufrido ese examen, es que la interpretación lógica de esos elementos puede servir como fundamento para establecer las inferencias reconstructivas que permiten explicar y comprender los hechos pasados."

"3.6. Actividad del Juez en las presunciones judiciales.

"a. Actividad volitiva. El juez debe querer tener como fijado el hecho presumido.

"b. La presunción es el resultado de la actividad de pensar. Los hechos son estáticos; el juez, al pensar y razonar sobre éstos, les da movimiento y deduce.

"c. En el pensar y razonar, el juez induce y deduce, sobre todo de las reglas de la experiencia.

"d. Emplea la lógica dialéctica para reflexionar, imaginar y deducir." PARRA Quijano, Jairo "Manual de Derecho Probatorio", Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., Decima séptima edición, 2009, pág. 668 y 669.

En consecuencia, si bien no se tiene certeza sobre la causa material o fenoménica de la patología del menor, sí existen suficientes elementos de juicio que permiten imputar el daño a las entidades demandadas porque: i) existió un escenario de sufrimiento fetal agudo que la entidad no desvirtuó con la prueba de la diligencia y cuidado, ii) existe una alta probabilidad de que la pérdida de la visión esté vinculada a la falta de suministro de oxígeno al cerebro del neonato, tal y como lo reconocieron los facultativos vinculados con el hospital demandado, y iii) no se practicaron las pruebas indispensables que hubieren permitido establecer si la ceguera era congénita o hereditaria, motivo por el que el indicio de falla se mantuvo intacto y, por consiguiente, no se refutó la presunción que a partir del mismo se generaba.

En efecto, los anteriores aspectos constituyen evidencia suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas, porque al margen de que no se tiene certeza de la causa - en sentido natural, material o fenoménico - de la pérdida de la visión de Juan Guillermo, lo cierto es que sí se presentó un cuadro de sufrimiento fetal agudo que la entidad no justificó en términos de diligencia y cuidado, razón por la que, la probabilidad de que la patología del menor se haya desprendido de ese específico episodio - así lo fuera en sentido indirecto - en el proceso de alumbramiento, permite arribar a la conclusión mencionada.

En relación con el concepto de evidencia, la doctrina autorizada, con particular *sindéresis* ha precisado:

“Es verdad que siendo la prueba la demostración de la verdad de un hecho, y siendo la demostración siempre un análisis, el proceso probatorio es, por su naturaleza analítico; pero una vez que el proceso probatorio se ha cumplido, a la mente del juez le es dado obtener su resultado, sin seguir en sus grados el proceso demostrativo; bajo tal aspecto la prueba, y de modo especial la prueba evidente, integra una síntesis, porque reúne en una medida mental los elementos probatorios singulares.

“(…) Así pues, donde la razón humana aprecia la evidencia, tiene un criterio suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro al alma, así la evidencia es el semblante de la verdad... Es deplorable tanto el comportamiento de aquel que, sin pruebas, cree en la existencia de un hecho, como el comportamiento de aquel que no encuentra nunca suficientes los elementos para afirmar la existencia del hecho mismo... La prueba es un instrumento para la búsqueda de la verdad que, como tal, no sólo debe ser apropiado al fin de alcanzar, sino que debe ser también

manejado perfectamente por quien lo emplea, para que pueda cumplir, sin engaño, su obra. No es suficiente que el juez sepa enumerar los elementos singulares de prueba, que sepa pasarles revista, en forma más o menos ingeniosa; es necesario que lo sepa apreciar como convenientemente y, sobre todo, que sepa captar el nexo no exterior sino íntimo que los une. Los datos singulares deben, pues, ser valorados bajo un doble aspecto: por sí mismos y en relación a los otros elementos; lo que significa buscar la conexión con sus causas y con sus efectos; trabajo que es producto de la lógica de indagador. No sin razón afirmaba Gioberti que “el criterio de la verdad es su conexión lógica con el resto”; y que “la certeza plena nace del perfecto y recíproco enfrentamiento y comparación de los antecedentes y de los consecuentes.” La evidencia, más que de la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho de modo rápido y seguro, y casi dominarlo.

“(..). Es por esta razón por la que Galileo afirmaba que “una experiencia manifiesta basta para enervar mil razones, y mil razones no bastan para hacer una experiencia verdadera.”⁴¹

En efecto, la doctrina médica consultada ha sido enfática en precisar, al igual que lo hacen los testigos, que existe - en mayor grado para los bebés a término y para los posmaduros - la probabilidad de que una aspiración del meconio desencadene secuelas neurológicas⁴².

⁴¹ BRICHETTI, Giovanni “La evidencia en el derecho procesal penal”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1973, pág. 10, 39, 40 y 129.

⁴² “El meconio es la primera secreción intestinal del recién nacido y está compuesto por células epiteliales, pelo fetal, moco y bilis. El sufrimiento fetal intrauterino puede producir la evacuación in útero en el líquido amniótico. El feto puede aspirar el líquido amniótico teñido con meconio cuando el boqueo o los movimientos respiratorios profundos de éste se estimulan por la hipoxia y la hipercapnia. La presencia de meconio en la tráquea puede producir obstrucción y una respuesta inflamatoria de las vías aéreas, lo que genera dificultad respiratoria grave. La presencia de meconio en el líquido amniótico es un signo de alarma de sufrimiento fetal... Incidencia. La incidencia del líquido amniótico teñido con meconio varía desde el 8% hasta el 20% de todos los partos. La aspiración del meconio afecta sobre todo a los recién nacidos de término y posmaduros. La evacuación de meconio en un recién nacido asfixiado de menos de 34 semanas de gestación es rara y puede presentar un reflujo biliar secundario a la obstrucción intestinal... Control. Durante el trabajo de parto deben realizarse una observación cuidadosa y el control fetal. Cualquier signo de sufrimiento fetal (p. ej., aparición de líquido amniótico meconial con ruptura de membranas, pérdida de la variabilidad interlatidos, taquicardia fetal o patrones de desaceleración) justificación la evaluación de la salud fetal mediante un examen minucioso de los trazados cardíacos y el pH del cuero cabelludo fetales. Si la evaluación identifica un feto comprometido, deben emprenderse medidas correctivas o determinar el nacimiento en el momento indicado... Pronóstico. Las complicaciones son frecuentes y se asocian con una mortalidad importante. Las nuevas modalidades del tratamiento, como ventilación de alta frecuencia, óxido nítrico inhalado y OMEC, redujeron la mortalidad hasta <5%. En los pacientes que sobreviven a la aspiración del meconio, la DBP o la enfermedad pulmonar crónica pueden ser resultado de toxicidad por oxígeno y ventilación mecánica prolongada. Los que presentan una lesión asfíctica importante pueden tener secuelas neurológicas.” GOMELLA, Tricia, CUNNINGHAM, Douglas, EYAL, Fabien, ZENK, Karin “Neonatología”, Ed. Médica Panamericana, Quinta Edición, Buenos Aires, 2006, pág. 604 y s.s.

En criterio de la Sala se advierten diversos elementos de juicio que, a diferencia de lo sostenido por el *a quo*, no permiten desvirtuar el indicio de falla obstétrica (o presunción judicial obstétrica), entre los que se encuentran: i) que los controles prenatales siempre arrojaron como resultado un embarazo normal, ii) que la gestante reportó, al momento del ingreso hospitalario, un embarazo pos término de 44 semanas, según el período de amenorrea, lo que imponía un seguimiento estricto del bienestar fetal y de la fetocardia⁴³, iii) el índice APGAR, al momento del alumbramiento, se encontraba en 2,4 sobre 10, lo que es demostrativo que Juan Guillermo reportaba unas condiciones de salud muy precarias⁴⁴, es decir, que el sufrimiento fue prolongado y generó daños severos a nivel pulmonar y cerebral.

Por las anteriores razones, se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

⁴³ “De ahí que conociendo la fecha ineludible de la última menstruación, se pueda estimar la edad aproximada del embarazo, contando el tiempo que ha mediado a partir de su primer día hasta el momento en que se determina esta edad. Haciendo el simple cálculo matemático de sumar los días transcurridos y después dividirlos por 7, se obtiene como cociente el número de semanas completas. Si queda algún residuo por defecto, su valor representa los días que sobrepasan el total de semanas completas. Por ejemplo: si la sumatoria es igual a 144, entonces la edad del embarazo equivale a 20 semanas y 4 días.

“(…) Es prudente añadir que si bien los beneficios de la ecografía obstétrica suelen ser empleados para tratar de precisar la edad gestacional, al basarse en ese recurso debe considerarse que los estimados biométricos permiten deducir la fecha del embarazo partiendo de la apreciación del tamaño fetal. De ahí que los datos aportados por este resulten considerablemente menos seguros para predecir la edad gestacional conforme progresa la preñez, como consecuencia de: la variabilidad biológica en las dimensiones del feto (sobre todo el cráneo después de la semana 34), del somatotipo de la mujer, de la diferencia de los equipos utilizados y de los errores de medición.

“Es por ello que si la edad gestacional fue precisada tempranamente con relativa certeza, en modo alguno esta debería ser modificada posteriormente sobre la base exclusiva de nuevas mensuraciones obtenidas mediante la ecografía.” Gil Almira A. Embarazo: diagnóstico, edad gestacional y fecha del parto [artículo en línea] MEDISAN 2008;12(4). http://bvs.sld.cu/revistas/san/vol12_4_08/san17408.htm Página consultada el 21 de marzo de 2012.

⁴⁴ “Fue diseñado en 1953 por Virginia Apgar y permite conocer rápidamente el estado clínico del niño. No obstante el paso del tiempo el sistema permanece estable; su validez se mantiene gracias a la facilidad, la rapidez y la efectividad de la valoración, además de que permite hacer evaluaciones uniformes en diferentes condiciones hospitalarias y de anestesia. Para evaluarlo se debe colocar al niño en posición supina sobre un plano horizontal, secarlo cuidadosamente y aspirar las secreciones bucales y faríngeas; las personas más indicadas para adjudicar la puntuación son la enfermera entrenada o el anestesiólogo, pues el pediatra tiende a subvalorarla y el obstetra a sobrevalorarla. Las variables que se miden son: i) color, ii) frecuencia cardíaca, iii) respiración, iv) tono muscular, y v) reflejo al catéter nasal. La puntuación oscila entre dos y cero puntos, donde dos es un estado normal y cero es un estado grave.” Cf. BOTERO, Jaime, HENAO, Guillermo y LONDOÑO, Juan Guillermo “Obstetricia y Ginecología”, Octava Edición, Medellín, 2010, pág. 178 y 179.

4. Liquidación de perjuicios

4.1. Daño a la salud de Juan Guillermo González Ospina:

En sentencias del 14 de septiembre de 2011, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, en los procesos radicados números 38.222 y 19.031⁴⁵, se estableció:

“(…) De modo que, el “daño a la salud” - esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica - ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos: 19.031 y 38.222, MP: Enrique Gil Botero

medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad⁴⁶.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia - antes denominado daño a la vida de relación - precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que **el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**”⁴⁷ (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico - relacionado con la órbita psicofísica del individuo - y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las

⁴⁶ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

⁴⁷ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

condiciones de existencia, entre otros)⁴⁸, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁴⁹.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario - dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño - , y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁵⁰. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño

⁴⁸ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no redituable del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁴⁹ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

⁵⁰ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica⁵¹. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁵².

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente - como quiera que

⁵¹ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

⁵² “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

empíricamente es imposible - una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios - siempre que estén acreditados en el proceso - :

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal⁵³.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

⁵³ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal - Daño Biológico - Daño a la vida de relación”, pág. 10.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación - siempre que los supuestos de cada caso lo permitan - de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite

garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

El daño a la salud, a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina, no pretende asignarle un valor monetario a cada órgano o función corporal, ya que ello sería reducir este perjuicio a una dimensión capitalista. En efecto, el objetivo de esta nueva categoría de perjuicio consiste, única y exclusivamente, en garantizar el resarcimiento de un derecho de rango constitucional que, en términos estadísticos, se ve altamente comprometido en los diversos escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado⁵⁴.

En otros términos, con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos. 38222 y 19031, la Sala Plena de la Sección Tercera reconoció la importancia de limitar la dispersión que venía operando en materia de tipología del daño inmaterial en Colombia, para fijar un esquema de reparación que atienda al restablecimiento de los principales derechos que se ven afectados con el daño antijurídico en esa perspectiva. En ese sentido, se catalogó a la salud como un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento autónomo y cuya finalidad es servir de contenedor de categorías del daño inmaterial, en aras de evitar la dispersión de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y de reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia)⁵⁵.

De manera que, la valoración del daño que se acogió en los referidos pronunciamientos tiene como propósito que la indemnización no refleje

⁵⁴ “Así, el derecho a la salud, también de rango constitucional, abre unas perspectivas bastante amplias... y sin duda ofrece elementos importantes para desentrañar el sentido que hoy asume el derecho de daños. La lesión a la salud es pues un caso paradigmático dentro de la responsabilidad civil, no solo por su frecuente ocurrencia (piénsese no más, en los accidentes de tránsito), sino también porque ofrece situaciones ejemplares, casos y soluciones que sirven de termómetro social, puesto que de la forma en que se repare un daño a la salud se podrá colegir la verdadera eficacia de los principios constitucionales.” CORTÉS, Édgar “Responsabilidad civil y daños a la persona”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 20 y 21.

⁵⁵ “(...) lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio... Es evidente que la salud es uno de los aspectos de la condición humana en los que se revela como auspiciable una igualdad entre los coasociados, y de ahí que el principio se revele como fundamental en la materia; una persona que sufra una lesión debe tener, en lo posible, la oportunidad de seguir desarrollando su vida en igualdad de condiciones que los demás, afirmación de la que se desprende un corolario lógico: todo aquél que sufra una lesión igual a la de otra persona deberá tener, también una reparación igual.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit., pág. 15 y 84.

expresiones o valoraciones externas al sujeto, ya que esta visión sí traduce una visión capitalista y monetarista del ser humano⁵⁶.

Así lo puso de presente la doctrina sobre la materia, en los siguientes términos:

“De particular importancia, por ser de la creación más original, fue la categoría, creada por la jurisprudencia italiana, del daño a la vida de relación, concepto si se quiere vago, dentro del cual, poco a poco, se fueron introduciendo todas las repercusiones del daño sobre las actividades no productivas del sujeto y que eran resarcibles con independencia de la demostración de su incidencia en la esfera patrimonial de la víctima. El objetivo era también aquél de sortear los escollos y la insatisfacción que se derivaba de dar lugar al resarcimiento del daño corporal con base en la capacidad de producir ganancias de la víctima, o mejor, el de elaborar un criterio alternativo, en relación con aquél de la renta de la persona, para evitar así resarcimientos insuficientes frente a sujetos cuya capacidad profesional no ayudaba a determinar, de manera segura, sus ingresos efectivos.

“(…) En ese sentido, un problema se hizo evidente: el tener que referir la “vida de relación”, esto es, el lugar o la forma en que la víctima desarrollaba su vida en sociedad, a las capacidades concretas de ganancias de la persona, lo que hizo que la figura se delineara como un perjuicio exclusivo de ciertas clases sociales, los profesionales, por ejemplo, o en general de aquellas clases más privilegiadas, para las que reviste un carácter importante la atención que se preste a las relaciones que facilitan el desarrollo de la propia actividad. La jurisprudencia consciente de esta situación [el autor se refiere al sistema italiano] trató de quitarle al daño a la vida de relación cualquier connotación que se refiriera al estatus o a la posición social de la víctima... aunque, sin embargo, al momento de la liquidación del daño seguía un criterio de medición que tenía en cuenta “las condiciones sociales y el ambiente en el que vive la víctima de la lesión.”⁵⁷

En consecuencia, en un Estado Social de Derecho la concepción antropocéntrica hace que el tema de la responsabilidad se acerque a los postulados constitucionales para definir con precisión qué derechos, bienes jurídicos o

⁵⁶ “Entre nosotros se ha sugerido que quizá sería más correcto identificar el daño corporal y el daño a la salud. Se trata este último, de un concepto bastante novedoso, cuya creación proviene de la doctrina italiana que por tal entiende, el perjuicio que deriva de la lesión de uno de los derechos de la personalidad - la integridad física - y es susceptible de valoración económica independiente. Lo más positivo de esta nueva creación es el haber superado la anterior práctica jurisprudencial por la que la incapacidad se apreciaba y valoraba, en tanto en cuanto afectara a la capacidad de producir ganancias o riqueza, valoración conocida como el “método tradicional”... De aquí se desprende la autonomía del daño a la salud a nivel constitucional, cuya forma de protección es la tutela aquiliana. Lo que quiere decir que es un daño reparable en sí mismo, con independencia de sus posibles consecuencias pecuniarias... La independencia de la categoría del “daño a la persona en sentido estricto”, es una categoría que se une a las más conocidas de “lesiones de bienes o de derechos primarios, en cuanto son inherentes a la persona humana (el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad...) todos ellos reconocidos en la Constitución.” VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 138 y s.s.

⁵⁷ CORTÉS, Édgar Ob. Cit., pág. 109.

intereses legítimos son resarcibles y, por lo tanto, es imperativa su reparación integral en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998.

De modo que, cuando se indica que el daño a la salud gana objetividad donde otras categorías abiertas de perjuicios inmateriales la perdían, tiene sentido en tanto no se interprete esa acepción como la posibilidad de asignar un valor económico específico o de mercado a esta clase de derechos o intereses legítimos (v.gr. la integridad psicofísica, la honra, la libertad, etc.), puesto que este tipo de bienes jurídicos son de naturaleza inconmensurable, circunstancia por la cual la forma y el *quantum* de la reparación no deben medir la indemnización plena del perjuicio en términos monetarios, sino la satisfacción o compensación del mismo a partir de criterios - estos sí objetivos - que procuren garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana⁵⁸.

En esa línea de pensamiento, el daño a la salud lejos de pretender cosificar al ser humano o de darle un contenido económico a la integralidad de la persona, pretende compensar o paliar, a partir de los principios del derecho de daños, los efectos nocivos que se desprenden de la afectación a la integridad psicofísica, con la garantía, *prima facie*, de que a una igual lesión corresponderá la misma satisfacción.

La valoración del daño corporal y, por consiguiente, la necesidad de proteger la integridad o la salud frente a atentados de otras personas, tiene antecedentes

⁵⁸ "Ahora bien, los daños irrogados a los bienes de la personalidad, por carecer de "un valor de mercado", no pueden evaluarse objetivamente, lo que impide en consecuencia determinar la justeza o no de la indemnización. La función de esta última no es resarcitoria, sino más bien "satisfactoria", es decir, busca que por medio del pago de una suma de dinero u otro paliativo puede procurársele a la víctima una sensación placentera, que le permita apenas sobrellevar y aliviar su lesión, sería impropio pensar que el dinero pueda *resarcir* el daño inmaterial... No obstante, parece tendencia natural la de establecer mecanismos orientados a contener la "inflación" del quantum de la indemnización del daño extrapatrimonial, bien sea mediante la creación de tablas sobre las cuales se fundamente su liquidación o, precisamente, por medio del establecimiento de topes periódicos por parte de la jurisprudencia (a manera de guía para los jueces), la cual debe en todo caso estar siempre atenta al entorno social y económico al que pretende dirigir esas pautas, para no establecer, en definitiva, sumas imposibles de pagar, que pugnarían con la equidad. Se lograría con dichos parámetros, además, favorecer cierta homogeneidad frente a casos similares, lo cual hace más apropiado que dejar al completo arbitrio del juez la tasación de un daño que sólo puede ser aproximativa, pues los medios probatorios ordinarios no son idóneos para la probanza de la extensión del daño extrapatrimonial, en virtud de su carácter no objetivable." KOTEICH, Milagros "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento" en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 188 y 192.

inmemoriales que se remontan a las denominadas tablas de Nippur, al Código de Hammurabi, e inclusive a los textos bíblicos⁵⁹.

De otra parte, en el derecho romano se reconocía la importancia de la integridad psicofísica a partir del concepto de *iniuria*, es decir, todo aquello que fuera contrario a derecho. En las doce tablas se preveían tres posibles situaciones: i) *membrum ruptum*, consistente en la amputación o inutilización del órgano para lo que se aplicaba el mismo principio de la ley del Talión, ii) *os factum*, lesiones graves sin amputación ni inutilización y iii) *iniuriae*, correspondiente a las lesiones personales de menor gravedad. Con posterioridad, con la expedición la ley Aquilia (*lex aquilia*), se estableció el *damnum iniuria datum*, de tal forma que cuando el afectado con la lesión era un esclavo, se abría paso la reclamación y el pago de una indemnización por ese concepto, mientras que si la misma se irrogaba a un hombre libre se aplicaba la ley del Talión porque esa afectación no podía ser compensada en dinero⁶⁰.

Por lo tanto, el juez frente a la valoración del daño corporal - y concretamente el perjuicio inmaterial - dada la subjetividad de conmensurar la integridad psicofísica, así como el estado de ánimo y los sentimientos de la persona, tiene dos posibilidades: i) negar su reconocimiento por no ser un perjuicio tangible o medible, o ii) establecer a partir de criterios sociales, científicos y jurídicos una metodología que, sin pretender cuantificar el valor equivalente de la vida, la integridad y los sentimientos humanos, sí permita compensar o tratar de resarcir las lesiones a esos bienes jurídicos.

De allí que, de aceptar los cuestionamientos que se formulan al daño a la salud a partir de argumentos de índole capitalista o clasista, conllevarían a que se negaran, de igual forma, los perjuicios morales deprecados por el deceso de una

⁵⁹ "El primer baremo de incapacidades del que se tiene noticia está constituido por un documento muy incompleto conocido como las Tablas de Nippur - llamadas también Ley de Ur Namur - , del año 2500 a.C., aunque el primer tratado completo corresponde al Código de Hammurabi (1700 a.C.), basado en la Ley del Talión... Del mismo período son las Leyes de Moisés (1500 - 1600 a.C.) que se ocupan específicamente de las relaciones entre médicos y pacientes y de las responsabilidades que los primeros debían afrontar en caso de malapraxis (v.gr. art. 219. Si un médico ha tratado a un esclavo de una herida grave y le deja tullido, pagará esclavo por esclavo)... A mayor abundamiento, en las propias Sagradas Escrituras se recogen referencias a la evaluación e indemnización de daños, basadas también en la Ley del Talión. Es en ellas donde aparece también la primera referencia histórica que se conserva del daño estético, bien protegido necesario para completar la belleza espiritual imprescindible para presentarse ante Dios, tal y como se señala en el libro Éxodo, XXI, 18 y s.s., así como en el Levítico, XIX, 28..." Cf. HERNÁNDEZ Cueto, Claudio "Valoración médica del daño corporal", Ed. Masson, Granada, 2001, pág. 4 y 5.

⁶⁰ Cf. HERNÁNDEZ Cueto, Claudio Ob. Cit., pág. 6 y 7.

persona, toda vez que los sentimientos, las pasiones y las emociones son intereses subjetivos que sólo hacen parte de la órbita interna del individuo y que, bajo esa misma lógica, significaría dar un contenido monetario a un bien de connotación personalísima⁶¹.

En ese orden de ideas, la valoración y compensación de daños ocasionados a bienes de naturaleza inmaterial no constituye un aspecto o tópico novedoso que genere aprensiones; *a contrario sensu*, la labor del fallador consistirá en promover sistemas o esquemas de resarcimiento que garanticen la efectiva protección del derecho o interés lesionado, así como estándares o baremos de cuantificación del perjuicio que sean respetuosos de los principios de igualdad y de dignidad humana⁶².

Ahora bien, el daño a la salud tratándose de la lesión o afectación a la integridad psicofísica, se insiste, busca evitar la dispersión de categorías o tipologías abiertas de perjuicios que pueden llegar a trocarse o sobreponerse y, por lo tanto, se atente contra los principios de reparación integral y la prohibición de enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, las providencias del 14 de septiembre de 2011 (exps. 38222 y 19031), fijan una sistematización del daño inmaterial que resulta aplicable a los supuestos en los cuales el Estado sea responsable por daños que afecten el estado de bienestar físico, psíquico, familiar o social del ser humano. Es decir, con las sentencias referidas se adoptó la noción de “daño a la salud”, por ser apropiada para concretar la reparación del perjuicio relativo a las afectaciones a la integridad psicofísica de la persona, sin tener en cuenta aspectos de difícil acreditación y que pueden traducir o reflejar un trato discriminatorio o

⁶¹ “(...) el problema de la valoración del dolor sigue existiendo, radicando esencialmente en la subjetividad, elemento que no puede ser obviado dado que forma parte nuclear del propio dolor.” HERNÁNDEZ Cueto, Claudio Ob. Cit., pág. 58.

⁶² “(...) [A] todo individuo, con independencia de su actividad productiva real, se le debe reconocer un determinado valor económico que depende más de su potencialidad que de su capacidad productiva real... Pero las consecuencias de un fenómeno lesivo sobre un ser humano no se limitan a las que se producen sobre su capacidad productiva; es decir, no quedan reducidas a la mera esfera de la actividad laboral, ni a su exclusivo patrimonio biológico (físico y psíquico, anatómico y funcional). Muy al contrario, la víctima afronta otros daños de especial importancia de los que también es justo que sea resarcida. Por ello, modernamente se ha comenzado a considerar la afectación o daño extrapatrimonial...” HERNÁNDEZ Cueto, Claudio Ob. Cit., pág. 48 y 49.

hermenéuticas encontradas en las que no se tenga certeza sobre el contenido y alcance del perjuicio indemnizable como viene ocurriendo en Francia⁶³.

De manera que, las categorías abiertas de daños basados en expresiones inconmensurables como el placer, el agrado, la lesión a la afectación social o relacional, generan distorsiones en el sistema indemnizatorio, toda vez que aunada a la dificultad que se representa para el juez de la responsabilidad la valoración de un perjuicio inmaterial por la lesión a un bien de contenido personalísimo o un derecho fundamental, resulta de suma complejidad trazar derroteros o baremos que permitan establecer criterios compensatorios que respeten la igualdad y la dignidad humana.

⁶³ “En efecto, el problema del sistema francés sobre el daño corporal está constituido por la negativa a considerar abiertamente el perjuicio fisiológico como un perjuicio de carácter personal..., cuya indemnización debe encontrarse al abrigo de la acción subrogatoria de los terceros pagadores y reservarse a la víctima en la medida en que las prestaciones pagadas por estos no lo reparen por completo (en la actualidad, si el tercero pagador ejerce la acción subrogatoria contra el responsable, la víctima no puede ir en contra de éste para exigir el pago del complemento ni para, eventualmente, acumular las dos indemnizaciones o prestaciones), lo que deriva en que su inclusión en el sistema de daños no sea del todo clara.

“Ello, particularmente desde que la *Cour d’Appel de Paris*, con la sentencia de mayo de 1994 (que recoge en realidad una tesis expuesta con anterioridad por LAMBERT-FAIVRE) sostuvo que por no ser posible escindir o distinguir entre el *perjuicio fisiológico* y el *préjudice d’agrément* entendido en sentido amplio, es decir, entendido como la “privación de los placeres de una vida normal” (y no ya como la privación de actividades *específicas* variables de una persona a otra), se justifica que ambos rubros se comprendan en una sola categoría bajo el título de “*préjudice fonctionnel d’agrément*”.

“Este nuevo y complejo prospecto de categoría consistiría, de acuerdo con una sentencia de la *Cour d’Appel* de París del año 2002, en los problemas varios de la víctima ocasionados por el déficit funcional, surgidos luego de la consolidación de la discapacidad, que se manifiestan en las condiciones de existencia, en los actos esenciales de la vida ordinaria, en las actividades afectivas y familiares y en las actividades de esparcimiento; en definitiva, en una pérdida de calidad de la vida de la víctima.

“Lo anterior significa que para la *Cour d’Appel* de París, el cuadro de los perjuicios personales que pueden derivarse de un daño corporal quedaría como sigue: *pretium doloris*, perjuicio estético y *préjudice fonctionnel d’agrément*; mientras que para la Corte de Casación, en cambio, se mantiene es *status quo* de la cuestión, es decir, siguen estando separados el perjuicio fisiológico y el perjuicio de agrado, conservando cada uno su autónoma identidad.

“En efecto, la Sala Plena de la Corte de Casación francesa, en conocida decisión de fecha 19 de septiembre de 2003, casó la sentencia del 2002 por medio de la cual la *Cour d’Appel* de París se expresaba en los términos revolucionarios descritos más arriba, sosteniendo que el perjuicio de agrado constituye un “perjuicio subjetivo de carácter personal que resulta de los problemas en las condiciones de existencia” (al no referirse, como antes, a actividades específicas, y por ende, variables de un individuo a otro, nos parece, contrario a lo apenas dicho, que el perjuicio, antes de subjetivarse, se objetiva), que es diferenciable, y por ende autónomo, de “la lesión objetiva a la integridad física de la víctima” cuya indemnización se encuentra sometida a la acción subrogatoria de los terceros pagadores.

“De donde, la solución propuesta por la *Cour d’Appel* de París parece, al menos por ahora, estar lejos de una verdadera concreción, porque hasta tanto no intervenga el legislador, los jueces seguramente se limitarán (sin olvidar y a pesar de su poder soberano) a establecer el monto del perjuicio de agrado y del perjuicio fisiológico tal como fue dispuesto por la Corte de Casación, pues resulta improbable que se atrevan a integrar los dos rubros en una sola categoría si el máximo tribunal desaprobó tal proceder.” KÖTEICH, Milagros “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 18, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 186 y s.s.

En ese horizonte, el daño a la salud evita una dispersión o explosión de perjuicios tales como: el perjuicio fisiológico, el daño biológico, el daño estético, el daño sexual, el daño psicológico, entre otros, de forma tal que se reconducen esas manifestaciones de la persona al concepto y derecho que las engloba, esto es, “la salud”⁶⁴.

Por consiguiente, una tipología del perjuicio que se estructure a partir de los principales bienes jurídicos, constitucionalmente protegidos, garantiza varios aspectos teóricos y prácticos, a saber: i) se repara o compensa no el daño en sí mismo sino las consecuencias que de él se desprenden, para lo cual es preciso verificar la gravedad de la afectación al respectivo interés legítimo (v.gr. la salud, la honra, la libertad, etc.), ii) se produce una constitucionalización del derecho de la responsabilidad, en donde no se indemnizan perjuicios existenciales o derivados de la vida social o relacional del sujeto, sino vinculados a derechos constitucionales, iii) dado que la tipología del perjuicio inmaterial se concentra en algunos de los derechos reconocidos a nivel constitucional, la labor de establecer una cuantificación del daño se puede trazar a través de criterios más objetivos - no objetivables - con apoyo en el criterio del *arbitrio iuris* y los criterios fijados en la jurisprudencia⁶⁵.

⁶⁴ “[E]l bien salud es tutelado [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo, de tal forma que se configura como un derecho primario y absoluto, plenamente operativo aun en las relaciones entre privados... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo.” Corte Constitucional Italiana, sentencia del 18 de julio de 1991, citada por CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 132.

⁶⁵ A modo de ejemplo, se pueden consultar: sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 32651, M.P. Enrique Gil Botero, en la que se puntualizó: 5.4. Finalmente, respecto al perjuicio de ‘daño a la vida de relación’ concedido al hijo del occiso Víctor Julio Barceló Zambrano, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos del Tribunal para otorgar indemnización, no se hace bajo este criterio, en atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar.

“En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia⁶⁵, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil.

“(…) 2.3. Por concepto de perjuicio por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales a favor de Víctor Manuel Barceló Hernández, 100 smlv.”

Así mismo, en sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19283, M.P. Enrique Gil Botero, la Sección Tercera de la Corporación, puntualizó: “Se observa con claridad meridiana la vulneración del bien jurídico constitucional del cual hacen parte los derechos fundamentales al honor, buen nombre y honra. En relación con la reparación de este perjuicio, la Sala ha aceptado que aún cuando, en principio, se debería hacer una rectificación por parte de quien informó erróneamente utilizando similares medios e igual difusión, esto sólo es efectivo si se realiza en un período inmediato o

Así las cosas, el daño a la salud obtiene su precisión y concreción en la medida que resulta fácil para el juez trazar parangones a partir de los precedentes judiciales de la Corporación, según los cuales a lesiones graves que afecten de manera significativa la integridad psicofísica del sujeto se otorga un máximo de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De modo que, el porcentaje de invalidez o la gravedad de la lesión y la edad de la víctima serán los factores determinantes con los cuales el juez contará para, a partir del arbitrio judicial, fijar la indemnización del perjuicio respectivo⁶⁶.

Corresponderá al juez, a través de todos los medios de convicción - directos o indirectos y, principalmente, los que se refieran técnica o científicamente al porcentaje de incapacidad temporal o permanente derivado del daño - la verificación de la existencia de la lesión, las consecuencias que de la misma se derivan en términos de la integridad psicofísica considerada en sí misma y las limitaciones que esa afectación genera en el estado general de bienestar.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las

cercano a la divulgación de la noticia, de lo contrario, podría tener un efecto contraproducente, de allí que, en estos casos la condena a una suma de dinero es lo adecuado."

En similar sentido, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia 28 de febrero de 2005, exp. 2000-01408, condenó por perjuicios al buen nombre, así: "Para RICARDO ARTURO VÁSQUEZ RÍOS la suma en pesos, equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

⁶⁶ "La *ratio* de la proporcionalidad entre la edad y el valor del punto se encuentra, también en este caso, en consideraciones de orden científico: la incidencia de la lesión en las funciones vitales y sociales del damnificado es tanto más grave cuanto menor es su edad, en consideración del mayor lapso durante el cual el damnificado debe soportar la lesión de su integridad psicofísica [si es de carácter permanente]." ROZO Sordini, Paolo Emanuele "El daño biológico", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Pág. 313.

expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material⁶⁷.

De allí que, para la valoración del daño a la salud, no sea viable ni procedente la aplicación del denominado test de proporcionalidad, así como tampoco la necesidad de establecer si la reparación responde a la protección de una esfera mínima, esencial del individuo y de su vida relacional, así como tampoco verificar si la persona considera la salud como un valor en sí mismo⁶⁸.

En consecuencia, ante la existencia de baremos o tablas de punto legales que definan las indemnizaciones a diferencia de la experiencia de otros países (v.gr. Francia e Italia), para la liquidación el daño a la salud en la jurisprudencia vernácula es preciso recurrir a la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la integridad psicofísica.

En esa línea de pensamiento, esta Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, ha considerado que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:

⁶⁷ "De las definiciones anteriores se puede ver cómo un elemento central del concepto [daño a la salud] es el llamado "valor hombre", que debe dar la medida del resarcimiento, pues es la afectación de cualquier manifestación de la persona que se sigue a una lesión a la integridad psicofísica el parámetro de referencia para la correcta valoración y liquidación del daño que se ha causado. Además de este aspecto central, se pueden identificar algunos otros elementos de la figura, como su carácter prioritario, autónomo, unitario y no referido al rédito de la persona." CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 133.

⁶⁸ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 22.199, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

Los perjuicios inmateriales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño a la salud constituye una lesión a la órbita psicofísica del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio fisiológico es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del mismo, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben

compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.”**⁶⁹ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados - idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido - , el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser *“adecuada”* para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más *“benigna”* entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben *“compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”*.

⁶⁹ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación⁷⁰, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁷¹. El primero se explica así: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁷². El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados⁷³.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los

⁷⁰ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” Ibidem, pág. 575.

⁷¹Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

⁷²Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

⁷³Ibidem, p. 101 a 103.

intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”⁷⁴

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión - tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

permitido - uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios - como sólo pueden entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.⁷⁵

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño a la salud - al igual que ocurre con el daño moral - no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación de los daños inmateriales parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Y ello no es correcto, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo - jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el

⁷⁵ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”⁷⁶

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente - combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación - la ley y el caso - utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despena inevitablemente en la arbitrariedad.”⁷⁷

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño a la salud, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la visión personal de quien padece el daño, puesto que termina siendo la víctima la que define si para ella la integridad psicofísica puede ser considerada un “valor en sí mismo”, o si la reparación debe reducirse a la vida relacional que se ve afectada con la lesión a la integridad psicofísica.

El anterior planteamiento, desdibuja por completo el daño a la salud toda vez que como se ha precisado, éste tiene por finalidad garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana. Y, si bien, a partir de la compensación del daño a la salud se acude a una valoración estática (a igual lesión igual reparación) y dinámica (qué consecuencias particulares y específicas tiene para la víctima en el caso concreto la lesión), ello no es óbice para desechar la aplicación del arbitrio judicial como mecanismo idóneo para su tasación, en aras de buscar parámetros o criterios que permitan al juez, a través de la sana crítica y el análisis de los precedentes jurisprudenciales, fijar un sistema resarcitorio en el que el tope máximo a reconocer sea la suma de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para aquellos casos en que se presenten graves lesiones a la integridad, como por ejemplo, eventos de cuadraplejía o paraplejía⁷⁸.

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁷⁹.

⁷⁷ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁷⁸ “No hay cicatriz, por brutal que parezca, que no encierre belleza. // Una historia puntual se encuentra en ella, // algún dolor. Pero también su fin. // Las cicatrices, pues, son las costuras de la memoria, // un remate imperfecto que nos sana dañándonos. La forma // que el tiempo encuentra // de que nunca olvidaremos las heridas.” Piedad Bonnett “Las Cicatrices”.

⁷⁹ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de

De manera que sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres⁸⁰, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme⁸¹.

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como "hobbie" ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma

Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee." FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón "Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial", Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

⁸⁰ "Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación del brazo izquierdo a la altura del codo realizada a Sigifredo Salazar Ramírez, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 264 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal, valor que resulta proporcional con la lesión sufrida, como quiera que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, como una incapacidad del 95 o 100% se ha concedido el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes." Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

superior a 400 SMMLV, pues este es el tope - sumado el ámbito estático y dinámico - del daño a la salud⁸².

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima "a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio", y una perspectiva dinámica o subjetiva - que permite hacer realidad la igualdad material - debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave⁸³.

En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar - sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo - el quantum de la indemnización.

⁸² Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, "(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso." CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 184.

⁸³ "Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento." KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés" en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

En ese orden de ideas, se reitera, los criterios fijados en las sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, así como los contenidos en esta providencia, son respetuosos de los principios constitucionales mencionados, así como del principio fundamental del derecho de daños, esto es, la materialización del postulado de la reparación integral, sin sacrificar la igualdad material a la hora de administrar justicia.

En el caso concreto, se encuentra probado únicamente el aspecto estático del daño a la salud, puesto que se afectó de manera grave la integridad psicofísica del niño Juan Guillermo González Ospina. Así las cosas, al tener en cuenta la edad de Juan Guillermo al momento en que éste fue irrogado (recién nacido) y la gravedad de la lesión (80%), habrá de reconocer un valor de cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (400 SMMLV), por el mencionado concepto.

4.2. *Perjuicio moral*

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada⁸⁴ ha señalado 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 Política. 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 moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de padres y hermanos del lesionado.

Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los

⁸⁴ 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.

eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁸⁵.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia - acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera - sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*.

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, *in extenso*⁸⁶:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto *iuris*, es *summa* de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

(*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad - *verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc. - , o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC - 035 - 2008, exp. 11001 - 3103 - 006 - 1997 - 09327 - 01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral - Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... económicamente inasibles ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium iudicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...” (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S - 165 - 2004, exp. 6199).

“5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* se remite a la valoración del juez.

“(…) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**

“Por lo anterior, consultando la función de *monofilaquia*, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y

eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”

En esa perspectiva, la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir - vía compensación - el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Este criterio se reafirmó de manera reciente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que con particular *sindéresis* se indicó:

“En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000) moneda legal colombiana.

“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del *arbitrio iudicis*.”⁸⁷

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto⁸⁸.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo⁸⁹.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin

⁸⁸ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: "C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes. "Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

⁸⁹ "Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista - no individualista - . No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar." ANGARITA Barón, Ciro "La familia en la nueva Constitución", Talleres Macrorregionales sobre Conciliación - Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad

entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

“(...) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...

“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en

fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”⁹⁰ (Se destaca).

Entonces, se insiste, el *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico dado que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del juez.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes como quiera obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula.

En consecuencia, establecer y fijar la condena - en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes - no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago - que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

tiempo por aspectos presupuestales - la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda⁹¹.

En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hinestrosa, en la aclaración de voto realizada frente a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida en el proceso radicado con el número 1651, oportunidad en la que con particular sindéresis expresó:

“(…) Igualmente pienso que, no obstante el efecto práctico valioso de la tesis de actualizar la suma del código penal de 1936, por la vía de la conversión monetaria o de su conversión en oro o en el precio del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 de dicho código, las jurisdicciones contencioso administrativa y civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional o aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.

“(…)

Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta de la condena

⁹¹ Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: “Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // “La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro”.

por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento - dolor - ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.

“(...)

“En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional: en el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar próximo a los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones y conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como medida del monto de la indemnización del daño moral.

“Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo...”

En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro - de la condena de primera instancia - a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV.

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según los porcentajes avalados por la Sala, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

Juan Guillermo González Ospina (lesionado)	100 SMMLV
Luis Carlos González (padre)	80 SMMLV
Nohelia Ospina (madre)	80 SMMLV
María Cristina González Ospina (hermana)	40 SMMLV
Carlos Alberto González Ospina (hermano)	40 SMMLV
Gabriel Fernando Ospina (hermano)	40 SMMLV

4.3. Perjuicios Materiales:

En la demanda se deprecaron los perjuicios que se encontraran probados en el proceso, razón por la cual se abordará el análisis de este rubro, en aras de establecer su procedencia y, en caso de encontrarse acreditado, garantizar el respeto del artículo 16 de la ley 446 de 1996, esto es, el principio de reparación integral.

En criterio de esta Sala, la imposibilidad psicofísica en la que se encuentra Juan Guillermo González a causa de la falla del servicio de los entes demandados, supone una incapacidad del 80%, lo que, a la luz del artículo 38 de la ley 100 de 1993⁹² - norma que ha sido aplicada analógicamente por la jurisprudencia de la Corporación - puede ser entendida como una pérdida total de su capacidad laboral, es decir, equivalente al 100%. Así las cosas, para la Sala, y sin que se vulnere el principio de congruencia y con apoyo en el precedente jurisprudencial⁹³ - en tanto fue solicitado en la demanda - , se decretará una pensión de invalidez para Juan Guillermo González, la cual se pagará a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

⁹² "Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral."

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, oportunidad en la que se condenó a las entidades demandadas a pagar: "TERCERO: Condénase de forma solidaria al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL SAN RAFAEL, a reconocer y pagar a favor de: "(...) ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, un salario mínimo mensual a partir del 7 de junio de 2015, hasta la fecha en que ocurra su muerte, suma que deberá ser cancelada mensualmente, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que su representante o guardador presente la cuenta de cobro y el certificado de supervivencia de aquella."

En consecuencia, a partir de la firmeza de esta providencia, Juan Guillermo González Ospina - quien en la actualidad ya es mayor de edad - podrá reclamar de las entidades demandadas Departamento de Antioquia y Hospital San Juan de Dios de Rionegro - y entre los entes demandados deberá resolverse la forma de quién efectuará la forma de porcentajes y reembolsos - , de una pensión de invalidez correspondiente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que se actualizará año por año de conformidad con la actualización que haga el Gobierno Nacional del mismo.

En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia, hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no obra en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que “**en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho**”, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).

“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, **“atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”** (art. 16, se subraya)”⁹⁴.

Y, por su parte, la Sección en otra oportunidad puntualizó:

“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional...”⁹⁵

De otro lado, el perjuicio material reviste una segunda connotación que se traduce en la atención médica, sanitaria y hospitalaria que deberán garantizar tanto el Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud como el Hospital San Juan de Dios de Rionegro al menor Juan Guillermo González Ospina, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su fallecimiento, siempre que estén relacionados con esa patología, esto es, con su ceguera.

Por lo tanto, las entidades demandadas, o quien haga sus veces, no podrán negar en ningún momento la prestación del servicio de salud a Juan Guillermo González Ospina, e igualmente brindarán y suministrarán todos los tratamientos y procedimientos quirúrgicos, relacionados con su pérdida de la visión, que requiera a lo largo de su vida, en aras de mejorar su condición psicofísica.

5. Condena en costas

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero.

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

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

F A L L A:

Primero. Revócase la sentencia apelada, esto es, la proferida 26 de junio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

“Primero. Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Nación - Ministerio de la Protección Social.

“Segundo. Decláranse patrimonial y solidariamente responsables al Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud y el Hospital San Juan de Dios de Rionegro, de los perjuicios causados a los demandantes con las lesiones de Juan Guillermo González Ospina.

“Quinto. Como consecuencia de la declaración anterior, **condénase** solidariamente al Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud y al Hospital San Juan de Dios de Rionegro a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

Juan Guillermo González Ospina (lesionado)	100 SMMLV
Luis Carlos González (padre)	80 SMMLV
Nohelia Ospina (madre)	80 SMMLV
María Cristina González Ospina (hermana)	40 SMMLV
Carlos Alberto González Ospina (hermano)	40 SMMLV
Gabriel Fernando Ospina (hermano)	40 SMMLV

“Tercero. Por concepto de perjuicios materiales, **condénase** solidariamente al Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud y al Hospital San Juan de Dios de Rionegro a pagar a favor de Juan Guillermo González Ospina, un salario mínimo mensual a partir de la fecha de ejecutoria de esta sentencia, hasta la fecha en que ocurra su muerte, suma que deberá ser cancelada mensualmente, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que aquél o su guardador o representante presente la cuenta de cobro y el certificado de supervivencia del mismo.

“Cuarto. A título de daño a la salud **condénase** solidariamente al Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud y al Hospital San Juan de Dios de Rionegro a pagar a favor de Juan Guillermo González Ospina, la suma equivalente en pesos a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Quinto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Segundo. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

INFORMES TECNICOS - Valor probatorio. Valoración probatoria / INFORMES CIENTIFICOS - Valor probatorio. Valoración probatoria / INFORMES FORENSES - Valor probatori. Valoración probatoria.

La regla general es que el informe técnico y el dictamen pericial constituyen los medios probatorios para alumbrar y ofrecer los elementos de conocimiento especializado, científico, técnico o artístico dentro del marco de los supuestos fácticos del proceso, pero no así la literatura forense o científica, la que no representa tema probatorio, teniendo en cuenta que el objeto de la prueba judicial está radicado en los hechos, en la realidad fáctica (...) traer la literatura forense o científica sin las limitaciones debidas como un medio de prueba alternativo no se corresponde, siquiera, con el principio de “valoración integral de la prueba”, que en el marco de la sana crítica arbitrada por el artículo 187 del CPC

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 3 de marzo de 2010, exp 37269; sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad.2005-00993 AP; sentencia de 03 de mayo de 2007, exp 16098 y sentencia de 8 de febrero de 1979, exp 2400.

ESTADO Y PACIENTE - Posición de garante institucional

Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado pese a que los hechos son causados por terceros, en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en el artículo 2 de la Carta Política. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de evitar las amenazas y riesgos para los derechos humanos de las personas afectadas

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA - Deberes de la actividad médica / CONFIANZA LEGITIMA - Noción. Definición. Concepto

La confianza legítima como principio requiere examinar sus fundamentos para determinar o no su encaje en los deberes en la actividad médica. De ahí que se exponga que “la actual sociedad y el modelo económico subyacente a la misma, marcado por la división de trabajo y alta especialización, junto con los modelos territoriales de articulación del poder público basados en la idea de cooperación entre las distintas entidades territoriales, determinan que el individuo dependa en gran medida del comportamiento tanto de otros individuos como del propio Estado. La actuación de los individuos requiere, en una sociedad como la que vivimos, del comportamiento de otros sujetos de derecho que con sus comportamientos y actuaciones marcan y determinan necesariamente el nuestro” Así mismo, se sostiene que por “supuesto, la situación ideal sería la confianza en la actuación racional, libre y fundada de los otros actores públicos y privados. Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que para poder confiar en el comportamiento de los demás, y específicamente del poder público, es necesario tomar medidas institucionales y reglamentarias, junto a articular principios que disciplinen el funcionamiento de las instituciones, de tal forma que se posibilite y garantice la fiabilidad de ese comportamiento para los ciudadanos” Cuando se aborda la aplicación del principio de confianza legítima en las relaciones inter privados, “el orden jurídico general asumirá dicha función poniendo a disposición de éstos un sistema contractual que garantice el cumplimiento de las obligaciones, enumerando determinados principios que apoyan el leal cumplimiento de las partes e, incluso, previendo sanciones penales para el caso de desviaciones graves de los comportamientos socialmente reconocidos como legítimos”. En cambio, cuando se trata de las relaciones entre el administrado y el Estado los mecanismos para abordar la aplicación del principio de la confianza legítima en

materia de relaciones entre sujetos privados no es suficiente “para articular una adecuada garantía que proporcione la suficiente fiabilidad al sistema”. Pero, ¿qué significa la protección de la confianza en cabeza del Estado? Se responde, especialmente en la doctrina alemana, que dicha protección implica “la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste, y, de esta forma, su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la Administración (Verwaltung) como de la legislación (Gesetzgebung), como, por último, de la jurisprudencia (Rechtsprechung)”

ACTIVIDAD MEDICA GINECO OBSTETRICA - Régimen de responsabilidad objetivo. Primer precedente

En una primera tendencia, el precedente de la Sala sostiene que cuando se trata de un embarazo normal y el daño se causa durante el parto la responsabilidad tiende a ser objetiva, al surgir una obligación de resultado, teniendo en cuenta que “tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología” Conforme a este precedente, era indispensable demostrar la práctica o no de los exámenes para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (v.g., monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre pese a que se presentó en el servicio de la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, y teniendo en cuenta que su estado de salud ameritaba la atención de urgencia, no se produjo de manera oportuna. En este precedente, también, se tuvo en cuenta en el “... significativo número de trabajos de parto diarios que realiza la entidad, no es causa justificativa para que se incurra en una deficiente prestación del servicio de salud durante el proceso de embarazo y parto”. Además, se sostuvo que en la obstetricia, “... la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles”. A lo que se corresponde la exigencia de una obligación de resultado, en la medida en que, “... se espera de la actividad médica materno - infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer

NOTA DE RELATORIA: Consultar en sentencia del 25 de mayo de 2011, exp 19760 y sentencia de 17 de agosto de 2000, exp 12123

ACTIVIDAD MEDICA GINECO OBSTETRICA - Régimen de responsabilidad de falla del servicio. Segundo precedente

En una segunda tendencia, el precedente de la Sala indicaba que en esta materia el título de imputación es la falla del servicio, pese a que se puede facilitar la demostración de la falla indiciariamente.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp 14767

ACTIVIDAD MEDICA GINECO OBSTETRICA - Régimen de responsabilidad de indicio de falla del servicio. Tercer precedente

La tercera tendencia marca en el precedente de la Sala que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye indicio de falla del servicio. Si

el proceso de gestación presenta alguna patología o riesgo, no opera tal indicio En esta tendencia, que marca la sentencia de 26 de marzo de 2008, se dijo que la "... responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso". Luego, y siguiendo el precedente, debe demostrarse "... que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica". A lo que debe agregarse, probatoriamente, que la falla en la prestación médica "consistió en no practicarle la cesárea en el momento mismo en el cual se presentó la hemorragia como consecuencia del desprendimiento de la placenta", sino tiempo después en las circunstancias del caso en concreto. Esto lleva a que la causa eficiente en el precedente, la constituía la cesárea cuando se presentó el desprendimiento de la placenta. Dicho precedente ha tenido continuidad en la sentencia de 1 de octubre de 2008, en la que se sostuvo que es necesario reconocer el indicio grave de falla del servicio "siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento". En otros términos, que se hubiera agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el contexto o resultado curativo no se hubiera logrado. Incluso, puede encontrarse dicho indicio en la falta de aplicación de los protocolos médicos ante el riesgo que implicaba para el feto una circunstancia específica en el momento de su alumbramiento

NOTA DE RELATORIA: ver sentencia de 26 de marzo de 2008, exp 16085; sentencia de 1 de octubre de 2008, exp 27268 y sentencia de 7 de octubre de 1999, exp 12655

ACTO MEDICO COMPLEJO - Análisis. Precedente jurisprudencial / RESPONSABILIDAD MEDICA GINECOBSTETRICA - Pérdida progresiva de visión de menor por anoxia. Bronco aspiración de meconio / RESPONSABILIDAD MEDICA - Afectación grave de la integridad psicofísica de menor. Pérdida de visión en un porcentaje del ochenta por ciento / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO - No oportuna prestación del servicio ginecobstétrico / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO GINECOBSTETRICO - Configuración

Para la Sala es evidente que el daño y la imputación a establecer, debe partir del análisis del concepto de acto médico complejo (...) el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post - quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención). La entidad demandada incurrió en una falla en la prestación del servicio derivada de la no oportuna prestación del servicio ginecobstétrico, debido a que si bien todo el proceso gestacional fue considerado normal o con bajo riesgo, la edad de la gestante para aquella época era 23 años de edad, lo cierto es que los síntomas padecidos en su semana 39 aproximadamente, pone de manifiesto que el tratamiento suministrado o proporcionado pudo haber sido el adecuado, pero no el oportuno para una gestante que tenía un cuadro de hemorragia vaginal abundante que inició desde las 10 de la noche del 11 de octubre de 1996. Por lo tanto, no le asiste la razón a ninguno de los apelantes, ya que se incurrió en una clara

pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), máxime cuando está en juego la vida del nasciturus y de la madre por supuesto, sino además, en consideración a la “dignitas humana”, de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se echa de menos.

DIAGNOSTICO - Carácter presuntivo / INDICIOS PATOLOGICOS - Discernimiento por parte del juez

En mi criterio, el juicio de imputación de la falla en el servicio médico no radicaba en el diagnóstico, sino en el momento de la intervención, ya que es diferente el argumento según el cual existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente, lo cual se hubiera establecido con el empleo de diferentes medidas (diagnósticas, terapéuticas, quirúrgicas), y no una sola. El daño a “establecer debe partir del análisis del acto médico como actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (preventiva) el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post - quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)” A lo anterior, cabe agregar que cuando se trata de embarazo normal y el daño se causa durante el parto o momento del alumbramiento “la responsabilidad tiende a ser objetiva, al surgir una obligación de resultado, teniendo en cuenta que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología. Luego, era “indispensable demostrar la práctica o no de los exámenes para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (v.g., monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre pese a que se presentó en el servicio de la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, y teniendo en cuenta que su estado de salud ameritaba la atención de urgencia, no se produjo de manera oportuna”. Y como no se prestó oportunamente, la entidad demandada, en mi criterio, “incurrió en una falla en la prestación del servicio derivada de la no oportuna prestación del servicio gineco - obstétrico, debido a que si bien todo el proceso gestacional fue considerado normal o con bajo riesgo”, y que el “tratamiento suministrado o proporcionado pudo haber sido adecuado”, no fue el oportuno teniendo en cuenta la complicación hemorrágica que sobrevino. En la doctrina jurídica se advierte que el diagnóstico como elemento dentro de la atención médica no puede arrojar resultados exactos, de ahí que se requiera la realización de estudios y exámenes complementarios, ya que de lo contrario estaría el facultativo emitiendo un potencial diagnóstico equivocado. Siendo esto así, no puede el razonamiento llevar hasta el extremo de considerar que todo médico debe acertar, ya que en muchas ocasiones, pese a los exámenes y controles, es posible que no se pase de conjeturas o de valoraciones aproximativas a la realidad de la patología que se quiere tratar, constituyéndose en el terreno abonado para fallos, yerros o equivocaciones

RESPONSABILIDAD POR FALLA MEDICA - Alcance del riesgo y la probabilidad

Si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala, discrepo en el sentido de considerar que de haberse tratado al paciente en forma oportuna existía una alta probabilidad que el resultado final fuera diferente, lo anterior, por

cuanto al esclarecer estos casos bajo la falla probada del servicio, no se discute el resultado de la prestación del servicio, contrario a ello, se indica que lo imperante en estos eventos es determinar si la prestación del servicio se efectuó de manera diligente, prudente, que haya sido eficiente y oportuna. El solo hecho de no haberse trasladado al paciente a una entidad de mayor complejidad, padeciendo éste de los trámites administrativos que tuvo que realizar para la práctica de unos rayos x, independientemente del resultado lesivo en su humanidad, contraviene los postulados de la ley 23 de 1983 y de la Resolución 5261 de 1994, normas imperativas para el servicio de salud a nivel nacional (...) el juez dentro de su sana crítica y bajo los principios que lo gobiernan, así mismo atendiendo las pruebas obrantes en el plenario, no puede de manera deliberada considerar que si se hubiera dado la prestación de servicio médico de manera oportuna, existía una probabilidad que el resultado hubiera sido diferente, y si bien, el dictamen elaborado por el especialista de Medicina Legal indicó en varios apartes que se hubiera evitado el deceso si se hubiera prestado el servicio de manera no retardada, implica que la no oportunidad y el retardo en la prestación del servicio médico asistencial genera una falla evidente y palpable, sin que se hayan seguido los protocolos o lex artis necesarios para determinar el tratamiento a seguir en el paciente que posteriormente falleció, independientemente del resultado, por cuanto es una obligación del Estado la prestación eficiente, oportuna y completa del servicio de salud. Conforme a lo decidido en la sentencia, se edifica la situación de probabilidad sobre postulados causales, en atención a que si se hubiera prestado el servicio de manera eficiente y oportuna pero el estado de salud del paciente genera reacciones adversas, de todas maneras la entidad demandada responde por tales situaciones. Esto va en contravía de todo el régimen de responsabilidad que se edifica en la prestación del servicio de salud, por lo tanto, en el presente caso se observa de manera tajante que la prestación del servicio no fue completa y continuada, por la no práctica de rayos x y de los protocolos que debe seguir el personal médico en casos de urgencia.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1983 / RESOLUCION 5261 DE 1994

NOTA DE RELATORIA: sobre el tema, consultar sentencia de 7 de julio de 2011, exp. 19953 y sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 20220

PRUEBA INDICIARIA - Valor probatorio. Valoración probatoria

Cuando no se tiene certeza acerca de la “causa material o fenoménica” de una patología, no puede completarla el juez refundiendo causalidad e imputación y apreciación de indicios. Es indiscutible que en este tipo de asuntos el juez debe orientarse con base en la prueba indiciaria (...) el juez en su valoración debe tener en cuenta el alcance de los hechos indicadores, frente al hecho desconocido, y sustentado en la jurisprudencia de la Sub - sección C (...) cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar los hechos materia del caso y el uso desproporcionado y arbitrario de la fuerza por parte de los agentes de la Policía Nacional. Para el examen, en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) se precisaba determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en criterios con base en los cuales se estableciera bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la imputación de la responsabilidad con base en un juicio adecuado, y no a partir de formulaciones hipotéticas y retóricas, como se presenta en la sentencia de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Sobre prueba indiciaria, consultar sentencia de 18 de enero de 2012, exp 19959; sentencia de 3 de octubre de 2007, exp 19286; sentencia de 2 de mayo de 2007, exp; 15700; sentencia de 10 de junio de 2009,

exp; 17321 En relación con el alcance de los hechos indicadores frete al hecho desconocido, ver sentencia de 18 de enero de 2012, exp; 19959; sentencia de 24 de marzo de 2011, exp 17993.

DAÑO A LA SALUD - Distinción entre daño y perjuicio

Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial. En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente aunque con alcance colectivo, como el de la "salud", y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la "correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales. Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud "en sí mismo". No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital. Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a "integridad psico - física". El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

DAÑO A LA SALUD - Fundamento

La aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista

DERECHO DE DAÑOS - Daño a la salud / DAÑO A LA SALUD - Daño evento y daño consecuencia. No deben confundirse / DAÑO A LA SALUD - Modalidad única

Se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse, como se revela en la decisión de la Sala, el denominado "daño - evento" y el "daño - consecuencia", ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad. Por lo anterior, debe establecerse una

aproximación a las posiciones que se ha sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un “valor capital”, un “valor intrínseco” que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales. Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Alcance

Cabe en mi criterio, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto. Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las laborales (de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista

DAÑO EXISTENCIA - Alcance

Es necesario precisar el alcance del “daño existencial” considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona. Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la “esfera de desarrollo existencial del hombre”. Dicho daño impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el “no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta” iii) se “acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos” y; iv) finalmente, se “elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados “daños bagatelares”), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional

ALTERACIONES A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Alcance

En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de “una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos” En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una ‘fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha ‘fórmula’ aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o

prospectos de perjuicios: préjudice fonctionnel d'agrément, préjudice d'accompagnement y préjudice fonctionnel permanent

DAÑO A LA SALUD - Daño integrador

El daño a la salud como "daño integrador" se encuentra representado por la lesión en la función vital del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad y solidaridad (afirmación de la "justicia distributiva, y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado. El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede caber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, como se establece equivocadamente en la decisión de la Sala. Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un respaldo y legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los "intereses resarcibles

DAÑO A LA SALUD - Elementos básicos

Se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud: i) responde a la necesidad de proteger "una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica", y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un "valor en sí mismo", que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos

PERJUICIO MORAL - Tasación y liquidación conforme al test de proporcionalidad

La aplicación del "test de proporcionalidad", como metodología en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el "Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto". Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la "aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza (...) Lo anterior no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el "test de proporcionalidad" como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad". Así mismo, para la tasación y liquidación el juez 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 las relaciones familiares, afectivas, de 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 anterior, la Sala empleará como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos el test de proporcionalidad

APLICACION DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad. Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación (...) Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral.

TEST DE PROPORCIONALIDAD - Sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad / TASACION Y LIQUIDACION DEL PERJUICIO MORAL - Sujeto a criterios objetivos

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub - principios que son aplicables: 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 dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto 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. Sin duda, este sub - principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de

lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. 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 dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial

NOTA DE RELATORIA: Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver sentencia C-673 de 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163)

Actor: LUIS CARLOS GONZALEZ ARBELAEZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE SALUD Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACION DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala de Sub - sección C en la sentencia de 28 de marzo de 2012, me permito aclarar voto en cuanto a los siguientes aspectos: 1) valoración y aprobación de informes técnicos, científicos y forenses como pruebas dentro del proceso; 2) el paciente y la posición de garante; 3) alcance de los deberes en la actividad médica conforme al principio de la confianza legítima; 4) se está objetivando la responsabilidad en la actividad médica; 5) carácter presuntivo del diagnóstico y la posibilidad del juez de discernir los indicios patológicos; 6) alcance del riesgo y la probabilidad en la responsabilidad por falla médica; 7) cuando no se tiene certeza acerca de la “causa material o fenoménica” de una patología, no puede completarla el juez refundiendo causalidad e imputación; 8) alcance del daño a la salud y de su tasación y liquidación conforme al test de proporcionalidad; y, 9) alcance del test de proporcionalidad en la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

1) Valoración y aprobación de informes técnicos, científicos y forenses como pruebas dentro del proceso.

La Sala en el fallo sostiene:

“(…) Ahora bien, la posibilidad de recurrir a la literatura médica por parte del funcionario judicial, ha sido avalada por el reconocido profesor y tratadista, Jairo Parra Quijano, quien con autoridad en la materia, ha sostenido:

“El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.

“Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario)” (Se destaca).

Como se aprecia, el derecho procesal y probatorio moderno ha dejado de la lado el legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para que, en los términos que en su momento formulara Montesquieu, aquél sólo fuera la boca de la ley. Avalar una posición contraria, conllevaría adoptar una visión reduccionista y limitada de la labor de administrar justicia, la cual ha sido superada por una más garantista que permite al juez recurrir a todos los elementos técnicos y científicos que tiene a su alcance, en aras de comprender y valorar con mayor precisión los instrumentos probatorios que integran el proceso.

Por lo tanto (sic) el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundara en una decisión más justa” (fl.385 ambas caras cp; subrayado fuera de texto).

De entrada cabe afirmar serias contradicciones de lo aplicado por la Sala y el fundamento que pretende hacer en los argumentos de un tratadista de derecho

procesal: i) la doctrina relativa a temas científicos o técnicos puede utilizar, a tenor del mismo tratadista, para valorar la prueba pericial, pero no para asegurarse que pueda emplearse de manera autónoma para aplicarla en la valoración y apreciación de diferentes medios probatorios (testimonios, documentos, etc); ii) la doctrina, en términos del propio tratadista, le debe permitir al juez contar con un mínimo conocimiento de ámbitos técnicos y científicos que son útiles para explicar el dictamen pericial en términos comunes, cuando sea necesario, pero que no avale que se pueda distorsionar la labor de administrar justicia, en términos de racionalidad jurídica.

El artículo 174 del CPC, de manera enunciativa, establece los medios probatorios que puede hacerse valer en los procesos judiciales. A su vez, el artículo 187 del CPC regula las reglas y condiciones que debe observar todo juez en la apreciación de las pruebas.

En ese marco, el precedente de la Sala indica que el daño antijurídico “*constitutivo de la falla del servicio o causa del perjuicio que sufre el administrado, deberá probarse en la oportunidad señalada en la ley y por los medios que ésta autoriza y no previamente*”⁹⁶.

Para el caso de los informes técnicos, como el que se allegó al proceso, el inciso segundo del artículo 243 del CPC es claro en establecer,

“Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma, y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que puedan pedir que complementen o aclaren”

De acuerdo con el precedente de la Sala, la “*prueba de informe constituye un medio especial y autónomo de la peritación, del testimonio y de la prueba documental, siendo pertinente y útil para la valoración correcta de la experticia*”⁹⁷.

Si bien se trata de la prueba de informe, y pese a la libre apreciación que el juez tiene, no debe olvidarse que la valoración debe hacerse dentro de los extremos que la prueba ofrece frente a los hechos y el caso concreto, no respecto a criterios generales, dimensiones abstractas o referencias genéricas que pueden alterar el

⁹⁶ Auto de 15 de diciembre de 1986. Exp.4950.

⁹⁷ Auto de 25 de octubre de 1991. Exp.6540.

verdadero alcance de la prueba allegada al proceso. No debe olvidarse, que así como quien rinde el informe debe hacerlo revestido de imparcialidad, certeza y confiabilidad, que conduzcan a probar o no los hechos que encuadraron el asunto *sub examine*, el juez no puede apartarse del sendero de la prueba y crearse una convicción a partir de supuestos abstractos ya que podría distorsionar el fundamento de la decisión⁹⁸.

Así mismo, como con el dictamen pericial, el informe técnico es una prueba que procede para la verificación de los hechos que representan interés para el proceso y que exijan especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. En ese sentido, el informe de toxicología contiene elementos cualificados del (de los) experto (s) con el que se determinó el concepto, diagnóstico y síntomas de la lesión macular, lo que no puede ser complementado por medio de la literatura forense o científica porque se altera la valoración de una prueba que debía contener precisamente los fundamentos claros, firmes y consecuentes que permitan dar credibilidad de la situación o de la lesión o secuela de la misma⁹⁹.

Se trata de una prueba, la de informe, que como el dictamen pericial, debe

“... informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos - y no cuestiones de derecho - que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.). Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ibídem); y durante el traslado del dictamen pericial las partes pueden solicitar que éste se complemente o aclare u objetarlo por error grave (artículo 238 ejusdem). A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...”¹⁰⁰.

⁹⁸ Puede verse sentencia de 4 de junio de 2008. Exp.17783.

⁹⁹ Puede verse sentencia de 14 de abril de 2010. Exp.16432; auto de 3 de marzo de 2010. Exp.37269.

¹⁰⁰ Auto de 3 de marzo de 2010. Exp.37269.

En atención a lo anterior, el juez estaba llamado a estudiar la prueba de informe bajo las reglas de la sana crítica y en el marco de la libre apreciación o valoración de sus resultados, pero no a completar o complementar la misma por medio de la literatura forense o científica, porque de lo contrario las conclusiones a las que se arriba pueden estar condicionadas y dirigidas a determinar extremos que no está en capacidad de revelarlos dicha literatura, la que sólo puede ser utilizada por el juez para su propio raciocinio, e incluso limitado al encontrar divergencias que le pueden distorsionar el valor probatorio que le pueda otorgar al informe, incluso llegando a restarle credibilidad. Desde la perspectiva del dictamen pericial, que puede aproximarse a la valoración del informe técnico, el precedente de la Sala sostiene,

“En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma”¹⁰¹.

En mi criterio, la regla general es que el informe técnico y el dictamen pericial constituyen los medios probatorios para alumbrar y ofrecer los elementos de conocimiento especializado, científico, técnico o artístico dentro del marco de los supuestos fácticos del proceso, pero no así la literatura forense o científica, la que no representa tema probatorio, teniendo en cuenta que el objeto de la prueba judicial está radicado en los hechos, en la realidad fáctica, lo que en los términos del precedente de la Sala implica,

“... hechos de la naturaleza o con intervención del hombre, actos o conductas voluntarias o involuntarias del mismo, sucesos, acontecimientos, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron o se estén presentado o las motivaciones de la actuación, según el caso; de ahí que, en el proceso, impere aún el aforismo latino “da mihi factum ego tibi jus”: dame los hechos que yo te daré el derecho, o sea el imperativo para las partes de proporcionarle al juez los hechos y probarlos (artículo 177 del C. de P. Civil) y el correlativo del mismo de calificarlos para decir las consecuencias jurídicas y conceder el derecho en aras de solucionar la controversia o conflicto que se le somete a su consideración, toda vez que él debe conocerlo, interpretarlo y aplicarlo en esos asuntos concretos objeto de su conocimiento, con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia”¹⁰².

Es más, en mi criterio, traer la literatura forense o científica sin las limitaciones debidas como un medio de prueba alternativo no se corresponde, siquiera, con el

¹⁰¹ Sentencia de 3 de marzo de 2010. Exp.37269.

¹⁰² Sentencia de 15 de agosto de 2007. Rad.2005-00993 AP.

principio de “valoración integral de la prueba”, que en el marco de la sana crítica arbitrada por el artículo 187 del CPC indica:

“Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el merito (sic) que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”, e igualmente, en palabras del insigne tratadista en materia de pruebas y su valoración, profesor Döhning: “... El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”¹⁰³.

En gracia de discusión, sólo cabrá tener como medio de prueba, o como medio para complementar la prueba de informe técnico, si se declara claramente en el fallo que se opera bajo el precedente de la Sala según el cual la,

“... tendencia moderna y ciertamente conveniente en materia procesal es la de conceder amplitud al juez en la aceptación de medios probatorios, para buscar y encontrar la verdad que será fundamento de su decisión. Por eso, en el Código de Procedimiento Civil se expresó que "sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" y se agregó que éste puede practicar las no previstas en tal estatuto pero " de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio", y siempre, claro está, que las pruebas se ciñan al asunto debatido, que no estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se traten de manifestaciones superfluas (artículos 175 y 178).

En el proceso contencioso administrativo se impone el mismo criterio, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 167 de 1941 no contiene un régimen general probatorio y por ello hay que acudir al Código de Procedimiento Civil para aplicar sus normas en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y de las actuaciones correspondientes”¹⁰⁴.

A lo anterior, cabe agregar que como el tratadista recogido en la sentencia de la Sala señala la posibilidad de emplear la doctrina en materia técnicas y científicas para llegar a inducciones, es necesario precisar que la valoración razonada y en ejercicio de la sana crítica debe advertirse que “la validez de un argumento deductivo no asegura la verdad de la conclusión, pues la conclusión es verdadera “a condición de que” las premisas sean verdaderas. En otras palabras, el uso de medios de prueba deductiva no garantiza, por sí mismo, la infalibilidad de los resultados; y no ya, obviamente, por el carácter de la inferencia, sino por la calidad epistemológica de las premisas

¹⁰³ Sentencia de 3 de mayo de 2007. Exp.16098.

¹⁰⁴ Sentencia de 8 de febrero de 1979. Exp.2400

2) El paciente y la posición de garante.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”¹⁰⁵. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹⁰⁶. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”¹⁰⁷.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad¹⁰⁸ es

¹⁰⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁰⁶ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

¹⁰⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

¹⁰⁸ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación¹⁰⁹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”¹¹⁰.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección¹¹¹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹¹². Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha

¹⁰⁹ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación - afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

¹¹¹ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

¹¹² Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”¹¹³.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad¹¹⁴, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja - surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

¹¹⁴ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.

con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario - (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos¹¹⁵¹¹⁶.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí

¹¹⁵ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”¹¹⁷.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal¹¹⁸, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”¹¹⁹, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹²⁰.

tesis de la posición de garante, con lo que se intenta sustentar la falla del servicio como criterio para establecer la responsabilidad del Estado, en la medida en “que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”¹²¹. En el mismo precedente se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, afirmándose:

“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹¹⁸ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

¹¹⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

¹²⁰ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”. ob., cit., p.308.

¹²¹ Sentencia de de 18 de febrero de 2010, Exp.18436.

agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención.

“La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, **objetiva** o ‘absoluta’, teniendo presentes **conjuntamente** los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”¹²²

Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado pese a que los hechos son causados por terceros, en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en el artículo 2 de la Carta Política. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de evitar las amenazas y riesgos para los derechos humanos de las personas afectadas. De acuerdo con la doctrina,

“La otra fuente de la posición de garantía tiene lugar cuando el sujeto pertenece a una institución que lo obliga a prestar ciertos deberes de protección a personas que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. La característica de esta fuente, es que la posición de garante surge aunque el sujeto no haya creado los riesgos para los bienes jurídicos. Por ejemplo: la fuerza pública tiene dentro de su ámbito de responsabilidad la protección de la vida de los ciudadanos, y, si un miembro de ella que tiene dentro de su ámbito específico la salvaguarda de la población civil no evita la producción de hechos lesivos por parte de terceros, la vulneración de los derechos humanos realizados por un grupo al margen de la ley le son imputables. Al serles atribuidos al servidor público por omisión de sus deberes de garante, surge inmediatamente la responsabilidad internacional del Estado. Debemos anotar, que la posición de garante

¹²² “(...) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

institucional no sólo genera deberes de protección frente a peligros originados en terceros (seres humanos), sino también con respecto a fuerzas de la naturaleza”¹²³.

3) Alcance de los deberes en la actividad médica conforme al principio de la confianza legítima.

La confianza legítima como principio requiere examinar sus fundamentos para determinar o no su encaje en los deberes en la actividad médica. De ahí que se exponga que “la actual sociedad y el modelo económico subyacente a la misma, marcado por la división de trabajo y alta especialización, junto con los modelos territoriales de articulación del poder público basados en la idea de cooperación entre las distintas entidades territoriales, determinan que el individuo dependa en gran medida del comportamiento tanto de otros individuos como del propio Estado. La actuación de los individuos requiere, en una sociedad como la que vivimos, del comportamiento de otros sujetos de derecho que con sus comportamientos y actuaciones marcan y determinan necesariamente el nuestro”¹²⁴.

Así mismo, se sostiene que por “supuesto, la situación ideal sería la confianza en la actuación racional, libre y fundada de los otros actores públicos y privados. Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que para poder confiar en el comportamiento de los demás, y específicamente del poder público, es necesario tomar medidas institucionales y reglamentarias, junto a articular principios que disciplinen el funcionamiento de las instituciones, de tal forma que se posibilite y garantice la fiabilidad de ese comportamiento para los ciudadanos”¹²⁵.

Cuando se aborda la aplicación del principio de confianza legítima en las relaciones *inter privados*, “el orden jurídico general asumirá dicha función poniendo a disposición de éstos un sistema contractual que garantice el cumplimiento de las obligaciones, enumerando determinados principios que apoyan el leal cumplimiento de las partes e, incluso, previendo sanciones penales para el caso

¹²³ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

¹²⁴ CASTILLO BLANCO; Federico. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 1998, pp.108 y 109.

¹²⁵ CASTILLO BLANCO; Federico. *La protección de confianza en el derecho administrativo*., ob., cit., p.109.

de desviaciones graves de los comportamientos socialmente reconocidos como legítimos¹²⁶.

En cambio, cuando se trata de las relaciones entre el administrado y el Estado los mecanismos para abordar la aplicación del principio de la confianza legítima en materia de relaciones entre sujetos privados no es suficiente “para articular una adecuada garantía que proporcione la suficiente fiabilidad al sistema”. Pero, ¿qué significa la protección de la confianza en cabeza del Estado? Se responde, especialmente en la doctrina alemana, que dicha protección implica “la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste, y, de esta forma, su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la Administración (*Verwaltung*) como de la legislación (*Gesetzgebung*), como, por último, de la jurisprudencia (*Rechtsprechung*)¹²⁷.

4) Se está objetivando la responsabilidad en la actividad médica.

En una primera tendencia¹²⁸, el precedente de la Sala sostiene que cuando se trata de un embarazo normal y el daño se causa durante el parto la responsabilidad tiende a ser objetiva, al surgir una obligación de resultado, teniendo en cuenta que “tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología¹²⁹”.

Conforme a este precedente, era indispensable demostrar la práctica o no de los exámenes para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (v.g., monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre pese a que se presentó en el servicio de la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, y teniendo en cuenta que su estado de salud ameritaba la atención de urgencia, no se produjo de manera oportuna. En este precedente, también, se tuvo en cuenta en el

¹²⁶ CASTILLO BLANCO; Federico. *La protección de confianza en el derecho administrativo.*, ob., cit., p.109.

¹²⁷ CASTILLO BLANCO; Federico. *La protección de confianza en el derecho administrativo.*, ob., cit., pp.109 y 110.

¹²⁸ Síntesis que puede consultarse en sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente: 19760.

¹²⁹ Sentencia de 17 de agosto de 2000, expediente: 12123.

“... significativo número de trabajos de parto diarios que realiza la entidad, no es causa justificativa para que se incurra en una deficiente prestación del servicio de salud durante el proceso de embarazo y parto”.

Además, se sostuvo que en la obstetricia,

“... la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles”.

A lo que se corresponde la exigencia de una obligación de resultado, en la medida en que,

“... se espera de la actividad médica materno - infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer”.

En una segunda tendencia, el precedente de la Sala indicaba que en esta materia el título de imputación es la falla del servicio, pese a que se puede facilitar la demostración de la falla indiciariamente¹³⁰.

La tercera tendencia marca en el precedente de la Sala que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye indicio de falla del servicio. Si el proceso de gestación presenta alguna patología o riesgo, no opera tal indicio¹³¹. En esta tendencia, que marca la sentencia de 26 de marzo de 2008, se dijo que la

“... responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso”.

¹³⁰ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, expediente: 14767.

¹³¹ Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 16085.

Luego, y siguiendo el precedente, debe demostrarse

“... que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”.

A lo que debe agregarse, probatoriamente, que la falla en la prestación médica “consistió en no practicarle la cesárea en el momento mismo en el cual se presentó la hemorragia como consecuencia del desprendimiento de la placenta”, sino tiempo después en las circunstancias del caso en concreto. Esto lleva a que **la causa eficiente**¹³², en el precedente, la constituía la cesárea cuando se presentó el desprendimiento de la placenta.

Dicho precedente ha tenido continuidad en la sentencia de 1 de octubre de 2008, en la que se sostuvo que es necesario reconocer el indicio grave de falla del servicio “siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento”¹³³. En otros términos, que se hubiera agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el contexto o resultado curativo no se hubiera logrado¹³⁴. Incluso, puede encontrarse dicho indicio en la falta de aplicación de los protocolos médicos ante el riesgo que implicaba para el feto una circunstancia específica en el momento de su alumbramiento.

Para la Sala es evidente que el daño y la imputación a establecer, debe partir del análisis del concepto de acto médico complejo¹³⁵. En ese sentido, el precedente de la Sala viene considerando:

“(...) en la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones

¹³² Lo que no indica que la Sala se encuadre en dicho presupuesto, sino que se trae para examinar la evolución del precedente que ha existido en la materia.

¹³³ Sentencia de 1 de octubre de 2008, expediente: 27268.

¹³⁴ Sentencia de 7 de octubre de 1999, expediente: 12655.

¹³⁵ Sentencia del 21 de febrero de 2011 expediente 20371

previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo (...)"².

Conforme a lo anterior, el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un *iter* en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post - quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención).

La entidad demandada incurrió en una falla en la prestación del servicio derivada de la no oportuna prestación del servicio ginecobstétrico, debido a que si bien todo el proceso gestacional fue considerado normal o con bajo riesgo, la edad de la gestante para aquella época era 23 años de edad, lo cierto es que los síntomas padecidos en su semana 39 aproximadamente, pone de manifiesto que el tratamiento suministrado o proporcionado pudo haber sido el adecuado, pero no el oportuno para una gestante que tenía un cuadro de hemorragia vaginal abundante que inició desde las 10 de la noche del 11 de octubre de 1996.

Por lo tanto, no le asiste la razón a ninguno de los apelantes, ya que se incurrió en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), máxime cuando está en juego la vida del *nasciturus* y de la madre por supuesto, sino además, en consideración a la "*dignitas humana*", de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se echa de menos.

"La Sala, después de apreciado el acervo probatorio, encuentra que la situación de hecho está representada por un embarazo que si bien no fue declarado riesgoso, sí estaba afectado por factores de riesgo asociados a una enfermedad o

² A este respecto ver, por ejemplo, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente: 19101; 25 de mayo de 2006, expediente: 15.836; sentencia del 28 de septiembre de 2000, expediente: 11.405.

patología de base de la madre, que inadvertida y sólo revelada con posterioridad al parto y al deceso del feto y, constatada por medio de la valoración de la historia clínica, el informe de anatomía patológica del feto y el dictamen pericial, llevó a relacionar la muerte del que estaba por nacer con la enfermedad tiroidea que padecía la señora MARÍN ORREGO.

Sin duda, se trata de un embarazo que partiendo de un estado de normalidad no puede ser considerado como tal, sino que debe atenderse a los diversos factores de riesgo que concurrían y que, sin bien no son inherentes al embarazo, representaban situaciones que indiscutiblemente afectarían el desenlace del mismo, condicionando la prestación de la atención médica

En este sentido, cabe afirmar que el hecho de haber diagnosticado la presencia de dicha enfermedad con posterioridad al deceso del feto, no supone la imposibilidad de su valoración como circunstancia que afecta el juicio de imputabilidad que cabe hacer respecto a la entidad demandada, sino que exige que se haga más rigurosa su apreciación para determinar si la prestación de la atención médica, del tratamiento suministrado y de la intervención practicada se correspondió al escenario de normalidad que se vislumbraba, sin perjuicio del condicionante que representaba la persistencia, desde antes de la gestación, de la enfermedad tiroidea de la madre, que desconocida por la entidad demandada sólo se vino a revelar con posterioridad al fallecimiento del feto.

En este marco, la Sala al estudiar la imputación fáctica y jurídica del daño establece la necesidad de tener en cuenta las circunstancias a las que estuvo sometida la prestación de la atención médica¹³⁶, en estricto sentido del acto obstétrico, no como elemento de exoneración puro, sino de delimitación de la falla del servicio por dicho acto en el que pudo haber incurrido la entidad demandada. Y no es menos cierto, que apreciado con el mayor rigor el dictamen pericial, el cual

¹³⁶ “Las circunstancias en que se prestan las atenciones médicas han sido tenidas en cuenta como motivo exculpatario por algunos fallos jurisprudenciales franceses [Seine 8 noviembre 1934; Besancon 11 julio 1932], mientras que otros fallos jurisprudenciales también franceses, entienden - opinión que erróneamente - que el Juez no tiene por qué tener en cuenta, como causa liberatoria las circunstancias en las que se presta la asistencia médica [París 29 octubre 1934; Amiens 16 julio 1931]. Sin embargo, conviene matizar que los fallos jurisprudenciales que no admiten las razones de urgencia como motivos exculpatarios se refieren fundamentalmente a olvidos clínicos en los que con las técnicas más recientes podría no necesitarse esa rapidez; pero sin embargo quedan en pie las razones para los supuestos de urgencia que primeramente indicaba y que, encarecen MAZEAUD y TUNC, deberán siempre tenerse cuenta. Y además lo que aquí nos ocupa es simplemente si en supuestos excepcionales deberá prescindirse del principio de responsabilidad del médico, por todas sus posibles faltas, lo cual no equivale a una eliminación, a priori, de cualquier responsabilidad”. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.107

no fue objetado en la oportunidad procesal, se arroja como sustento que la existencia de la enfermedad tiroidea de la madre representó el factor determinante para el deceso o fallecimiento del feto, lo que condicionaba la prestación del servicio, la que hasta el momento de la intervención se correspondió con los protocolos y exigencias legales, reglamentarias y de la ciencia médica, y ante el desconocimiento de la mencionada enfermedad como factor de riesgo preponderante, el servicio de salud no podía prestarse más allá de las obligaciones de medio exigibles por la ciencia médica, que es la que, como lo revela el propio dictamen pericial, plantea como de difícil diagnóstico y valoración el hipotiroidismo

Advierte la Sala, que la parte actora dentro del recurso de apelación aceptó la existencia de factores de riesgo previsibles, respecto de los cuales la prestación del servicio médico por parte de la entidad de demandada siempre se orientó, como se constató con la práctica de las pruebas paraclínicas y las consultas externas realizadas (encuadradas dentro del concepto de control prenatal), hacia el establecimiento y determinación del estado de salud de la paciente y del feto, con base en lo cual se prescribió la realización del tratamiento y seguimiento acorde a los factores que científicamente podían ser previsibles al momento de desplegarse el acto obstétrico (pre obstétrico), como se desprende de la valoración conjunta de la historia clínica y del dictamen médico legal aportado.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que no se demostró la falla en el acto obstétrico, ni su atribución fáctica y jurídica a la entidad demandada, ya que como se sostuvo atrás, se trató de un embarazo que no podía desarrollarse en condiciones normales ante la existencia de una enfermedad de base, el hipotiroidismo de la señora MARÍN ORREGO, sino que la entidad demandada prestó el servicio médico obstétrico conforme al convencimiento invencible, por parte de los médicos tratantes de la misma, de que se trataba de un embarazo normal, respecto del cual se ofreció la atención prenatal, exámenes paraclínicos, consultas, procedimientos y seguimiento que estaba ordenado conforme a las exigencias legales, reglamentarias, y científicamente acreditadas, sin que hubiera sido posible razonable y proporcionalmente para la entidad demandada advertir la existencia de la enfermedad tiroidea, por su naturaleza insidiosa y por su capacidad de ocultarse en los síntomas propios al embarazo, tal como se sostuvo en el dictamen médico legal.

” (20645).

5) **Carácter presuntivo del diagnóstico y la posibilidad del juez de discernir los indicios patológicos.**

En mi criterio, el juicio de imputación de la falla en el servicio médico no radicaba en el diagnóstico, sino en el momento de la intervención, ya que es diferente el argumento según el cual existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente, lo cual se hubiera establecido con el empleo de diferentes medidas (diagnósticas, terapéuticas, quirúrgicas), y no una sola¹³⁷. El daño a “establecer debe partir del análisis del acto médico como actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (preventiva) el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post - quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)”¹³⁸.

A lo anterior, cabe agregar que cuando se trata de embarazo normal y el daño se causa durante el parto o momento del alumbramiento “la responsabilidad tiende a ser objetiva, al surgir una obligación de resultado, teniendo en cuenta que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología”¹³⁹. Luego, era “indispensable demostrar la práctica o no de los exámenes para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (v.g., monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre pese a que se presentó en el servicio de la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, y teniendo en cuenta que su estado de salud ameritaba la atención de urgencia, no se produjo de manera oportuna”¹⁴⁰. Y como no se prestó oportunamente, la entidad demandada, en mi criterio, “incurrió en una falla en la prestación del servicio derivada de la no oportuna prestación del servicio gineco - obstétrico, debido a que si bien todo el proceso gestacional fue considerado normal o con bajo riesgo”¹⁴¹, y que el “tratamiento suministrado o proporcionado

¹³⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009. Exp.18364.

¹³⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de febrero de 2011. Exp.25032.

¹³⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de mayo de 2011. Exp.19760. En otra ocasión la Sección Tercera que la “administración incurrió en responsabilidad por su reprochable e injustificada conducta consistente (sic) la grave negligencia en la prestación del servicio de salud (...) que estaba por nacer, con lo cual les produjo daños irreversibles”. Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 2000. Exp.12123.

¹⁴⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de mayo de 2011. Exp.19760.

¹⁴¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011. Exp.20655.

pudo haber sido adecuado”¹⁴², no fue el oportuno teniendo en cuenta la complicación hemorrágica que sobrevino.

En la doctrina jurídica se advierte que el diagnóstico como elemento dentro de la atención médica no puede arrojar resultados exactos, de ahí que se requiera la realización de estudios y exámenes complementarios, ya que de lo contrario estaría el facultativo emitiendo un potencial diagnóstico equivocado. Siendo esto así, no puede el razonamiento llevar hasta el extremo de considerar que todo médico debe acertar, ya que en muchas ocasiones, pese a los exámenes y controles, es posible que no se pase de conjeturas o de valoraciones aproximativas a la realidad de la patología que se quiere tratar, constituyéndose en el terreno abonado para fallos, yerros o equivocaciones

(...)

Cabe agregar, que de las pruebas allegadas al proceso no se demuestra con una “probabilidad determinante”, que hubiera permitido que el juez tenga la convicción para establecer la existencia del error o equivocación médica del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés, ya que se establece la existencia de un “error inexcusable” en cabeza del médico tratante, teniendo en cuenta la complejidad y la patología “inespecífica” que presentaba el menor - colitis inespecífica - , lo que para su edad en Colombia no era una enfermedad frecuente, habiéndose constatado la realización de las valoraciones, exámenes y la administración de la medicación adecuada para el diagnóstico dado por el médico tratante, así como existe una manifiesta imposibilidad, en lo que puede apoyarse el error inexcusable, de haber determinado las reacciones adversas de la medicación administrada¹⁴³(17547).

La Sala cuenta con un precedente en el que apoya esta idea: “En el presente caso la responsabilidad médica se pretende derivar de acuerdo con la demanda, de una tardía prestación del servicio y de un error de diagnóstico que impidió proporcionarle al paciente el tratamiento requerido. A juicio de la Sala, la

¹⁴² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011. Exp.20655.

¹⁴³ En reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre una demanda de casación, luego de hacer un recuento histórico de las decisiones que al respecto ha adoptado esa Corporación, consideró que la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante y descartó la aplicación de la presunción de culpa en contra del profesional, por considerar que el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no debe ser asumido por éste, en razón de “los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina”. Consejo de Estado. Sec 3ª, sentencia de 22 de marzo de 2001. Exp.13166 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001, Exp. 5507).

negligencia en la atención del paciente alegada por la parte demandante no fue probada. Es cierto que a esa conclusión se llega fundamentalmente a partir de la historia clínica que obra en el expediente, la cual fue aportada por la misma parte demandada. Sin embargo, la Sala le da pleno crédito con respecto a la asistencia prestada al paciente porque lo que en ella consta no fue controvertido por la parte actora. Debe destacarse que la historia clínica es la prueba más idónea para que los mismos profesionales y en general los centros de atención médica demuestren su actuación. No obstante, lo que conste en ésta puede ser controvertido por las partes o desvirtuado con otros medios probatorios. En cuanto al error de diagnóstico aducido por los demandantes, considera la Sala que si bien los médicos del Instituto de Seguros Sociales no tuvieron certeza sobre la enfermedad que padecía el fallecido, en razón del poco tiempo que permaneció recluido en el hospital y del resultado de las pruebas clínicas que le practicaron, le suministraron el tratamiento correspondiente a SIDA, que fue la impresión diagnóstica que tuvieron, la cual fue confirmada por el forense del Instituto de Medicina Legal. Es decir, no hubo falla del servicio ni en el diagnóstico ni en el tratamiento suministrado. Ahora bien, la conclusión a la cual llegó el médico forense no fue cuestionada en la oportunidad legal por el apoderado de los demandantes ni existen razones científicas para considerarla desacertada. Debe destacarse además que si bien tuberculosis y la varicela no son enfermedad mortal, en la generalidad de los casos, sí pueden llegar a serlo cuando el virus se presenta en pacientes que tienen destruido su sistema inmunológico. En síntesis, considera la Sala que la causa de la muerte quedó debidamente acreditada en el proceso y que ésta no tuvo ningún vínculo causal con el servicio prestado por el Instituto de Seguros Sociales al paciente". Consejo de Estado. Sec 3ª, sentencia de 22 de marzo de 2001. Exp.13166

6) Alcance del riesgo y la probabilidad en la responsabilidad por falla médica.

En la decisión adoptada el 13 de marzo de 2012 se dejó consignado lo siguiente:

"(...) En ese orden de ideas, en el caso concreto se configuró una falla del servicio médico - asistencial, que hace imputable el daño antijurídico en cabeza de la entidad demandada, ya que, de haberse tratado al paciente en forma oportuna era altamente probable que el resultado final hubiera sido disímil (...)"

Luego indican que el daño no es imputable a un error en el acto médico sino en la indebida prestación del servicio, ya que de haberse brindado de manera eficiente se habría evitado el resultado lesivo.

Bajo esta perspectiva, si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala, discrepo en el sentido de considerar que de haberse tratado al paciente en forma oportuna existía una alta probabilidad que el resultado final fuera diferente, lo anterior, por cuanto al esclarecer estos casos bajo la falla probada del servicio, no se discute el resultado de la prestación del servicio, contrario a ello, se indica que lo imperante en estos eventos es determinar si la prestación del servicio se efectuó de manera diligente, prudente, que haya sido eficiente y oportuna.

El solo hecho de no haberse trasladado al paciente a una entidad de mayor complejidad, padeciendo éste de los trámites administrativos que tuvo que realizar para la práctica de unos rayos x, independientemente del resultado lesivo en su humanidad, contraviene los postulados de la ley 23 de 1983¹⁴⁴ y de la Resolución 5261 de 1994¹⁴⁵, normas imperativas para el servicio de salud a nivel nacional.

Así mismo, de acuerdo con la sentencia del despacho de 7 de julio de 2011 (Exp.19953) se sostuvo:

¹⁴⁴ El artículo 1º de la citada ley dispone que: “(...) *En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.*

3. Tanto en la sencilla investigación científica antes señalada como en las que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardian los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

(...) ARTICULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

¹⁴⁵ Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. **ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD.** *En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.*

PARAGRAFO. *El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S (...). Así mismo, se observa las normas relativas a los niveles de complejidad de las entidades que prestan el servicio de salud en la mencionada Resolución.*

“El análisis probatorio, hasta aquí, permite a la Sala establecer que la prestación del servicio no fue completa y continuada¹⁴⁶, y se vio interrumpida en el momento en el que el cuadro clínico del paciente exigía la realización de la intervención quirúrgica de su miembro inferior derecho como procedimiento que era indispensable para el manejo de las condiciones de salud que presentaba el paciente y evitar secuelas irrazonables, tal como se determinó en el propio dictamen médico legal rendido, lo que razonable y proporcionalmente habría permitido administrar las circunstancias que agravaban el estado de salud del paciente, e incluso no someterlo a las contingencias administrativas que se viene a ofrecer como elemento causal adecuado y sustancial para incidir determinantemente, o por lo menos con cierta probabilidad preponderante en la ocurrencia de las secuelas que se revelaron en el examen médico legal que le fue practicado y donde ya se evidenciaron las mencionadas secuelas en su miembro inferior derecho, con las implicaciones para su movilidad

(...)

En este sentido, se ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual toda entidad de salud está obligada a prestar el servicio de salud de tal forma que el usuario no resulte víctima de “imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia”, lo que se concreta en la aplicación de los medios, recursos, tratamientos y medidas disponibles razonablemente que permita evitar aquellos, por lo menos reducir el impacto negativo que se habría producido en el paciente

(...)

Debe tenerse en cuenta que el servicio médico debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la salud, de manera diligente, lo que implica emplear todos los medios humanos, técnicos, científicos, diagnósticos, procedimentales, farmacéuticos, etc., que se correspondan con la atención que merece todo ciudadano, si se quiere que dicha prestación se corresponda con la tutela efectiva de la dignidad de la persona.

¹⁴⁶ Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20220. Puede verse también sentencia de 13 de abril de 2011, Exp.20480.

19 Lo anterior, sin duda, reafirma el concepto según el cual el acto médico es complejo, lo que significa que este como tal comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a Juan Carlos Torres Ortiz no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos, ni en aquella suministrada cuando fue internado, sino que se extendía, teniendo en cuenta la lesión que presentaba en su miembro inferior izquierdo, hasta la realización de los tratamientos y/o procedimientos que se establecen como necesarios o indispensables a aplicar.”.

Y de la sentencia de 13 de abril de 2011 (exp.20220) se concluyó que

“El análisis probatorio, hasta aquí, permite a la Sala establecer que la prestación del servicio no fue completa y continuada, y se vio interrumpida en el momento en el que el cuadro clínico de la paciente exigía la realización del tratamiento de hemodiálisis como procedimiento que era indispensable para el manejo de las condiciones de salud que presentaba la paciente, tal como se diagnosticó por el médico nefrólogo y en el propio dictamen médico legal rendido, lo que razonable y proporcionalmente habría permitido administrar las circunstancias que agravaban el estado de salud de la paciente, y no someterla a las contingencias administrativas que se viene a ofrecer como elemento causal adecuado y sustancial para incidir determinantemente, o por lo menos con cierta probabilidad preponderante en la ocurrencia del agravamiento de las condiciones de salud, del cuadro clínico y a su posterior fallecimiento.

(...)

En este punto, la Sala considera necesario reiterar que la prueba del mero contacto físico de la paciente con las entidades y empleados médico asistenciales no basta para imputarles responsabilidad por su agravamiento o deceso, sino que es necesario establecer que efectivamente fue una actuación u omisión concreta de aquellos la que originó el resultado dañoso, el cual sin mediar la misma, no se habría producido”

Con base en lo anterior, el juez dentro de su sana crítica y bajo los principios que lo gobiernan, así mismo atendiendo las pruebas obrantes en el plenario, no puede de manera deliberada considerar que si se hubiera dado la prestación de servicio médico de manera oportuna, existía una probabilidad que el resultado hubiera sido diferente, y si bien, el dictamen elaborado por el especialista de Medicina Legal indicó en varios apartes que se hubiera evitado el deceso si se hubiera prestado el servicio de manera no retardada, implica que la no oportunidad y el retardo en la prestación del servicio médico asistencial genera una falla evidente y palpable, sin que se hayan seguido los protocolos o *lex artis* necesarios para determinar el tratamiento a seguir en el paciente que posteriormente falleció, independientemente del resultado, por cuanto es una obligación del Estado la prestación eficiente, oportuna y completa del servicio de salud.

Conforme a lo decidido en la sentencia, se edifica la situación de probabilidad sobre postulados causales, en atención a que si se hubiera prestado el servicio de manera eficiente y oportuna pero el estado de salud del paciente genera reacciones adversas, de todas maneras la entidad demandada responde por tales situaciones. Esto va en contravía de todo el régimen de responsabilidad que se edifica en la prestación del servicio de salud, por lo tanto, en el presente caso se observa de manera tajante que la prestación del servicio no fue completa y continuada, por la no práctica de rayos x y de los protocolos que debe seguir el personal médico en casos de urgencia.

Cuando no se tiene certeza acerca de la “causa material o fenoménica” de una patología, no puede completarla el juez refundiendo causalidad e imputación y apreciación de indicios.

Es indiscutible que en este tipo de asuntos el juez debe orientarse con base en la prueba indiciaria¹⁴⁷, respecto de la cual sostiene la jurisprudencia de la Sección Tercera,

“En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos - como sí lo son el testimonio y la prueba documental - y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo

¹⁴⁷ Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012. Exp.19959.

para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme al cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 eiusdem que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige - salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes - pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga. Al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con su naturaleza jurídica (si son medio de prueba o si son objeto de prueba), puede afirmarse que el indicio está integrado por los siguientes elementos: i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso; ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento; iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar; iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental. Así las cosas, una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata

(...)

En efecto, suele acudir a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una "prueba imposible", lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso"¹⁴⁸.

Cabe advertir, además, que el juez en su valoración debe tener en cuenta el alcance de los hechos indicadores, frente al hecho desconocido¹⁴⁹, y sustentado en la jurisprudencia de la Sub - sección C según el cual,

"La existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las

¹⁴⁸ Sentencia de 3 de octubre de 2007. Exp.19286. Puede verse también sentencias de 2 de mayo de 2007. Exp.15700; de 10 de junio de 2009. Exp.17321.

¹⁴⁹ Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012. Exp.19959.

inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. (...) Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala los requisitos de existencia de la prueba indiciaria: "De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria... el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución; y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación". En la misma providencia se determinan las varias clases de indicios: "Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de

las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece”¹⁵⁰.

Con base en lo anterior, cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar los hechos materia del caso y el uso desproporcionado y arbitrario de la fuerza por parte de los agentes de la Policía Nacional. Para el examen, en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) se precisaba determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en criterios con base en los cuales se estableciera [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la imputación de la responsabilidad con base en un juicio adecuado, y no a partir de formulaciones hipotéticas y retóricas, como se presenta en la sentencia de la Sala.

8) Alcance del daño a la salud y de su tasación y liquidación conforme al test de proporcionalidad.

Alcance del daño salud.

En mi criterio, la primera cuestión a trabajar debe ser la distinción entre daño y perjuicio, como conceptos que no son asimilables y que definen (el primero) el hecho o situación fáctica, y el (segundo) las consecuencias o resultado que afecta las esferas patrimonial o extrapatrimonial.

Por ejemplo, para el caso del perjuicio existencial debe precisarse que se trata de las consecuencias que se producen en los “aspectos relacionales de la vida, consecuencias de lesiones a la integridad psico - física, [que] pueden constituir ‘voces’ del daño biológico en su aspecto dinámico, en el cual, por consolidada opinión, ha absorbido el daño a la vida de relación” [Sentencia de 22 de octubre de 2009 del Tribunal de Roma].

La segunda cuestión tiene que ver con el estudio, decantación y precisión en el tratamiento de los perjuicios inmateriales, que en este momento tiene como propuesta su delimitación a partir del daño a la salud.

Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo

¹⁵⁰ Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp.17993.

humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente¹⁵¹, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud”, y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”. No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a “integridad psico - física”. El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

¹⁵¹ En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “Sobre el derecho fundamental de salud, la Corte Constitucional ha reconocido que la vida comprende el respeto de la dignidad humana y por ello, una afectación de la salud que altere la vida en condiciones dignas debe ser protegida mediante los mecanismos constitucionales dispuestos para la protección de derechos fundamentales”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-645 de 1996; T-175 de 2002; T-820 de 2007.

Debe, por lo tanto, sostenerse que la aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista.

Hasta aquí se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse, como se revela en la decisión de la Sala, el denominado “daño - evento” y el “daño - consecuencia”, ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad.

Por lo anterior, debe establecerse una aproximación a las posiciones que se ha sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un “valor capital”, un “valor intrínseco” que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales.

Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea.

Cabe en mi criterio, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto.

Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las

laborales (de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista¹⁵² De igual manera, es necesario precisar el alcance del “daño existencial” considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona.

Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la “esfera de desarrollo existencial del hombre”¹⁵³. Dicho daño impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el “no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta”¹⁵⁴; iii) se “acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos”¹⁵⁵, y; iv) finalmente, se “elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados “daños bagatelares”), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional”¹⁵⁶.

En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de:

¹⁵² No podía “consistir en el mero perjuicio de la llamada vida en sociedad o en la perturbación de las relaciones mundanas del sujeto pasivo, hasta llegar a considerarse proporcional [el daño] a la importancia de los ambientes sociales que se frecuentan o, a los ingresos de las personas con las que se tienen relaciones de amistad”. CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.159 y 160.

¹⁵³ En la jurisprudencia del derecho comparado cabe encontrar dos pronunciamientos: “todo perjuicio [provocado]... alterando sus hábitos de vida y los aspectos relacionales que le eran propios, perturbando su propia cotidianeidad y privándolo de ocasiones para la expresión y la realización de su personalidad en mundo externo”. Así mismo, se agrega: “el daño existencial se funda sobre la naturaleza no meramente emotiva y ulterior (propia del daño moral), sino que objetivamente relacionado al perjuicio”. ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

¹⁵⁴ CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?., ob., cit., p.162.

¹⁵⁵ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, en Revista de Derecho Privado. No.15, 2008, p.152.

¹⁵⁶ KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”., ob., cit., p.152.

“una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos”¹⁵⁷. En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una ‘fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha ‘fórmula’ aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: préjudice fonctionnel d’agrément¹⁵⁸, préjudice d’accompagnement¹⁵⁹ y préjudice fonctionnel permanent¹⁶⁰”¹⁶¹.

Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como “daño integrador” se encuentra representado por la lesión en la función vital del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad¹⁶² y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”¹⁶³), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede haber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, como se establece equivocadamente en la decisión de la Sala.

Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un respaldo y

¹⁵⁷ CHAPUS, René. Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire. París, LGDJ, 1954, p.414. El precedente de la Sala señala: “El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”. Sentencias de 19 de julio de 2000. Exp.11842; de 15 de agosto de 2007. Rad. Ag-385; 2 de septiembre de 2009. Exp.17827.

¹⁵⁸ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>]; (consultado 28 de mayo de 2011).

¹⁵⁹ Informe DINTILHAC, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>]; (consultado 28 de mayo de 2011).

¹⁶⁰ Informe LAMBERT-FAIVRE, en [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>]; (consultado 28 de mayo de 2011).

¹⁶¹ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

¹⁶² Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los “sinsabores de la existencia humana”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, en Revista de derecho privado. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats. París, PUF, 2007, p.123.

¹⁶³ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los “intereses resarcibles”¹⁶⁴. En reciente precedente jurisprudencial italiano se dijo que:

“En la actual configuración del ordenamiento, en el cual asume posición preeminente la Constitución - cuyo, art.2, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre - , el daño no patrimonial debe ser entendido como categoría amplia, comprensiva de toda hipótesis en virtud de las cuales son lesionados derechos inviolables inherentes a la persona constitucionalmente garantizados así no tuvieren naturaleza económica, con subsumiéndose en el daño moral subjetivo”¹⁶⁵.

En el derecho comparado, no hay duda, no en nuestro sistema jurídico, que el daño a la salud vino a absorber las categorías que existían en materia de daños no patrimoniales, estableciéndose como modo de “valoración de las consecuencias negativas que una lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el ‘valor hombre, entendido en toda su complejidad”.

El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud¹⁶⁶, lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la “satisfacción”, o lo que otros denominan la “indemnización satisfactoria”¹⁶⁷, de manera que se “trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”¹⁶⁸. Esto lleva,

¹⁶⁴ “Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de daños... reparables y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del derecho a la integridad física sino del daño corporal), en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone en el “elenco” de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea a posteriori el daño)”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

¹⁶⁵ ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.

¹⁶⁶ El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el “concepto de esta clase de daños aparece indisolublemente unido con el problema de su reparación”. FISCHER, Hans A. Los daños civiles y su reparación. Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p.222.

¹⁶⁷ Lambert-Faivre señala: “¿Cuál es el valor monetario de una amputación?, ¿de una parálisis?, ¿de una ceguera?, ¿de un sufrimiento? [E]n materia de daños corporales, más allá de los perjuicios puramente económicos (gastos de cura, honorarios profesionales) es la esencia misma de la persona víctima, cuerpo y alma, la que es lesionada por los daños que se llaman morales o personales o extrapatrimoniales”. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “Droit du dommage corporel”, en VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français. París, 1985. “Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden <<indemnizarse>> en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio”. FISCHER, Hans A. Los daños civiles y su reparación., ob., cit., p.225.

¹⁶⁸ FISCHER, Hans A. Los daños civiles y su reparación., ob., cit., p.227.

indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente¹⁶⁹.

A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de “suma de las funciones naturales” como común denominador de este tipo de daño.

Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud: i) responde a la necesidad de proteger “una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica”, y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un “valor en sí mismo”, que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar beneficios económicos. Estos elementos han permitido a la doctrina formular la siguiente noción del daño a la salud:

“... cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos”¹⁷⁰.

Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo:

“... el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades,

¹⁶⁹ Según Lapoyade Dechamps: “toda vez que el hecho generador y el nexo causal pasan a segundo plano, el derecho de la responsabilidad civil ¿no está llamado a convertirse, insensiblemente, en un derecho de la reparación?”. LAPOYADE DECHAMPS, Ch. “Quelle (s) réparation(s)?”, citado en CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?, ob., cit., p.51.

¹⁷⁰ CORTÉS, Edgar. Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?, ob., cit., p.132.

las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”¹⁷¹.

En mi criterio, la búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en un *damnum maius*, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral.

La tercera cuestión tiene que con la cuantificación de los perjuicios, que por ahora se limita a su determinación en función de criterios económicos, periciales, de arbitrio iudicis y de “especulación presuntiva”, per que requiere la formulación de principios o de reglas.

En cuanto a los perjuicios materiales, se requiere la aplicación de reglas propias a la materialidad de los daños, cuyos límites máximos estaría constituido por los principios de proporcionalidad, igualdad y ponderación.

En tanto que para los perjuicios inmateriales debe considerarse la aplicación de los siguientes principios: i) la dignidad humana como premisa necesaria a su delimitación; ii) la proporcionalidad, como elemento esencial para la determinación de un *quantum* razonable y adecuado al perjuicio causado; iii) objetividad, como procedimiento para la determinación de dicho *quantum*, para lo que se puede acudir a las tablas de liquidación en materia de aseguramiento de riesgos profesionales, o de accidentes de tránsito [como se ha propuesto en la reforma del Código Civil Francés, o en la denominada “Tabla Milanese” que acoge la Corte de Casación italiana]; iv) igualdad, como fundamento constitucional que debe hacer propender por la aplicación de la uniformidad como regla.

9) Alcance del test de proporcionalidad en la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

47 Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

¹⁷¹ ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹⁷².

48 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, para fundado en el principio de equidad alcanzar una cuantificación y liquidación justa de su indemnización.

Lo anterior, significa que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

49 De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

proporcionalidad¹⁷³, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub - principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, **con mínimos criterios objetivos (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”¹⁷⁴) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones¹⁷⁵, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁷⁶ que sólo contribuyen a**

¹⁷³ “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional - unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución - , busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

¹⁷⁴ ALENIKOFF, T. Alexander. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

¹⁷⁵ **Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALENIKOFF, T. Alexander. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*., ob., cit., pp.66 y 67.**

¹⁷⁶ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

50 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹⁷⁷. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

“Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.

La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁷⁸ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

Lo anterior no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntalarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “*cierta discrecionalidad*”.

Así mismo, para la tasación y liquidación el juez 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 las relaciones familiares, afectivas, de 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 anterior, la Sala empleará como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos el test de proporcionalidad.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad¹⁷⁹ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁸⁰, y de la necesidad

¹⁷⁹ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la

ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción¹⁸¹, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁸²

proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo" (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸⁰ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

¹⁸¹ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales "es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto". SOBREVILLA, David: "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. "El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

¹⁸² "La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una

de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁸³ es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene:

“Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹⁸⁴ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁸⁵.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala:

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente¹⁸⁶, con base en criterios

regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

¹⁸³ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹⁸⁴ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

¹⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸⁶ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la

como el dolor infligido a las víctimas¹⁸⁷, el perjuicio estético causado¹⁸⁸ o el daño a la reputación¹⁸⁹. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro¹⁹⁰¹⁹¹.

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub - principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto¹⁹². 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 dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

¹⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁹² La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

En cuanto 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. Sin duda, este sub - principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. 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 dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada "presunción de aflicción" la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

