

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla médica / FALLA MEDICA - Por no inclusión en programa para trasplante de órgano / TRASPLANTE DE HIGADO - Falla médica / FALLA MEDICA - Por error de diagnóstico / FALLA MEDICA - Descuido y negligencia asistencial / DAÑO ANTIJURIDICO - Paciente que ingresó por urgencias a Caja Nacional de Previsión Social, sin que se fuera incluida para trasplante de hígado, por posible error de diagnóstico, descuido y negligencia en atención médico asistencial

De acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en la no inclusión de la señora Ana Graciela Hernández Mora en el programa para trasplantes de hígado, como consecuencia de un posible error de diagnóstico de su enfermedad, y una atención descuidada y negligente por parte de la entidad demandada.

APELANTE UNICO - No puede el superior pronunciarse sobre lo que no fue objeto del recurso / PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS - Garantía para apelante único

Teniendo en cuenta que se trata de apelante único, se dará aplicación al artículo 328 del Código General del Proceso, donde se entiende que la apelación es interpuesta en lo que resulta desfavorable para el apelante; por lo tanto, no podrá el superior pronunciarse sobre lo que no fue objeto del recurso, con base en el principio de no reformatio in pejus.

FUENTE FORMAL: CODIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTICULO 328

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por falla médica / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FALLA MEDICA - Regímenes y su evolución / REGIMENES DE RESPONSABILIDAD POR FALLA MEDICA - Evolución jurisprudencial

La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.
NOTA DE RELATORIA: Referente a los regímenes de responsabilidad aplicables por falla médica, consultar, sentencias de 24 de octubre de 1990, Exp.5902, 30 de julio de 1992, Exp.6897, de 10 de febrero de 2000, Exp.11878 y 8 de febrero de 2001, Exp.12792

DAÑO - Definición / DAÑO ANTIJURIDICO - El sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Elementos

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse

la relación entre la conducta y el daño y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, consultar sentencia de 1 de febrero de 2012, Exp.21466

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FALLA MEDICA - Falla probada del servicio / FALLA PROBADA DEL SERVICIO – Posición jurisprudencial / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Debe demostrarse la existencia de un daño y su imputabilidad a la entidad que se demanda / DAÑO ANTIJURIDICO – Requiere su acreditación para imputar responsabilidad a la entidad demandada

Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda. Una vez acreditado el daño antijurídico, es necesario verificar que el mismo es imputable a la entidad demandada, ya que no es suficiente que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia e imputabilidad del mismo, toda vez que se hace necesario que ello se encuentre soportado en el expediente.

ERROR DE DIAGNOSTICO - No se acreditó / ERROR DE DIAGNOSTICO - No se probó la necesidad de trasplante de hígado / HISTORIA CLINICA - Prueba que acredita estudios y exámenes médicos para viabilidad de trasplante / HISTORIA CLINICA - Acreditan estudios previos sin que se establezca que trasplante fuera prioritario

Se presentó un error de diagnóstico por parte de los médicos tratantes de la señora Ana Graciela Hernández Mora, el cual se encuentra materializado en el hecho de que en principio se ordenó la realización de un trasplante de hígado, y posteriormente, se determinó que no era necesaria la realización del mismo. Al respecto, la Sala considera prudente precisar que dicha afirmación no tiene sustento probatorio, toda vez que del análisis de la historia clínica, y los informes, oficios y comunicaciones derivadas de la Clínica Valle del Lili, se desprende lo contrario. Está probado que a la paciente se le consideró como posible candidata a trasplante de hígado, y por tal razón fue remitida a la Clínica Valle del Lili, donde sería sometida a una serie de estudios y exámenes médicos, con el fin de determinar si en realidad era o no viable su trasplante. El 31 de julio del año 2000, se le informó a la paciente que el día 8 de agosto, se le realizarían exámenes pre trasplante y que el 15 de agosto se reuniría el comité, con el fin de estudiar los resultados, sin que a esa fecha se hubiese determinado categóricamente que la paciente necesitaba un trasplante prioritario.

PRUEBA DOCUMENTAL - Comunicación / PRUEBA DOCUMENTAL - Indica procedimientos a seguir con paciente / ERROR DE DIAGNOSTICO - No se probó contradicciones en procedimiento / FALLA MEDICA POR ERROR DE DIAGNOSTICO - No se configuró dado que se realizaron los exámenes de previos para establecer posible trasplante

En comunicación del 16 de agosto del año 2000, se le informa al Coronel Germán Gustavo Jaramillo, Jefe del DAS, entidad donde laboraba la demandante, que el día 17 del mismo mes y año, se discutiría el ingreso de la señora Ana Mercedes a la lista activa para trasplante de hígado, según estudio de los exámenes que le fueron realizados en días anteriores, y en caso de no encontrar contra indicación

para el procedimiento. La Sala estima pertinente hacer énfasis en el aparte anteriormente subrayado, toda vez que al referirse sobre este punto, los demandantes manifiestan que en dicha comunicación se hizo alusión a que no existía contraindicación para el procedimiento, y de acuerdo con lo transcrito en el acápite de pruebas, ha quedado demostrado que la intención de la oración era de orden condicional, y no una afirmación, como pretenden hacerlo ver los actores. Posteriormente, en comunicación del 22 de agosto del año 2000, se estableció que la paciente no presentaba complicaciones que implicaran la necesidad de realización de un trasplante urgente, pero no se descartaba la pertinencia del mismo en un futuro próximo.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO POR ERROR DE DIAGNOSTICO - Inexistente al establecerse que tratamiento y procedimientos realizados fueron acertados / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - No se configuró descuido ni negligencia en tratamiento seguido a paciente / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FALLA MEDICA - Por error de diagnóstico / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ERROR DE DIAGNOSTICO - Inexistente al acreditarse que la paciente padecía de cirrosis biliar / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - No acreditado / RESPONSABILIDAD POR FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Desvirtuado descuido y negligencia, por el contrario se probó tratamiento adecuado a la paciente para mejor calidad de vida

Es importante resaltar, que en el informe elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se establece que el diagnóstico de la paciente fue acertado, el tratamiento indicado fue idóneo, al igual que la atención médica recibida por la paciente, y que la evolución de la enfermedad había sido satisfactoria y positiva, sin que se presentaran complicaciones comunes a la patología -teniendo en cuenta la naturaleza de la misma-; todo gracias al tratamiento brindado a la señora Ana Graciela. Pues bien, a la luz de lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que lo alegado por los demandantes, no supone una falla en el servicio médico por un error de diagnóstico, dado que el diagnóstico de cirrosis biliar primaria padecido por la paciente siempre se mantuvo, y se realizaron todas las acciones tendientes a ofrecerle a la señora Ana Graciela un tratamiento adecuado, que permitiera mejorar su calidad de vida, y contrarrestar los efectos de su enfermedad, a tal punto que su evolución fue satisfactoria, y no se presentó el deterioro acostumbrado en pacientes con este tipo de patología. La anterior consideración tiene asidero en el informe de Medicina Legal, en donde se establece a lo largo del mismo, que el estado de salud de la paciente, se debía a que el diagnóstico y las indicaciones de tratamiento habían sido idóneos, desvirtuando por completo una falla en la prestación del servicio médico.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - No se probó / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FALLA MEDICA - No se acreditó negligencia en entrega de medicamentos a paciente

En cuanto al deterioro de salud que alegan los demandantes, la Sala colige que si bien, a la fecha de elaboración del informe de Medicina Legal, la enfermedad de la paciente se encontraba en estadio II, en el mismo se registró que la evolución de la enfermedad era normal y común en todos los pacientes, y para el caso concreto de la señora Ana Graciela, la evolución había sido menos dañina, en virtud del tratamiento médico que recibía. Finalmente, en lo que respecta a la supuesta negligencia por parte de la entidad para la entrega de los medicamentos, y la

necesidad de solicitarlos por vía de acción de tutela, de los medios probatorios se desprende que los demandantes faltan a la verdad, pues la acción de tutela impetrada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se circunscribió al hecho de que la paciente solicitó su inclusión en el programa de trasplantes de hígado, derecho que por demás le fue tutelado mediante el fallo de tutela fechado el 6 de junio del año 2000. Corolario de lo anterior, la Sala concluye que debido a que no se presentaron los elementos configuradores de la responsabilidad del Estado, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01792-01(30166)

Actor: ANA GRACIELA HERNANDEZ MORA Y OTROS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.P.S.

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 30 de diciembre de 2004, que dispuso:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por lo (sic) motivos expuesto (sic) en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día 6 de agosto de 2001, las señoras Ana Graciela Hernández Mora, Johana Mercedes Casas Hernández y Bianca Fernanda Casas Hernández, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., contra la Nación – Caja Nacional de Previsión Social E.P.S., para lo cual elevaron las siguientes,

1.2. Pretensiones

*“1. Se declare civil y extracontractualmente responsable a **LA NACION (sic) COLOMBIANA – CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EPS**, de la totalidad de los perjuicios causados a las demandantes, con motivo de los errados diagnósticos, y por las secuelas dejadas a consecuencia de la negligencia y mala calidad en la prestación del servicio médico de que fue víctima la señora **ANA GRACIELA HERNÁNDEZ MORA**, que le han dejado consecuencias graves y posiblemente le puedan causar hasta su muerte.*

*2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a **LA NACION (sic) COLOMBIANA – CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EPS**, a pagar a cada una de mis mandantes a título (sic) de perjuicios morales y fisiológicos el equivalente en pesos, las siguientes cantidades de oro fino, según su precio de venta certificado por el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la Sentencia así:*

- a. Para **ANA GRACIELA HERNÁNDEZ MORA**, la suma de Dos Mil (2.000) gramos oro fino, en su calidad de víctima y afectada, por concepto de Perjuicios Morales y Fisiológicos.*
- b. Para **JHOANNA (sic) MERCEDES CASAS HERNANDEZ (sic)**, la suma de Un Mil (1.000) gramos oro fino, en su calidad de hija y afectada. (Perjuicios Morales)*
- c. Para **BIANCA FERNANDA CASAS HERNÁNDEZ** la suma de Un Mil (1.000) gramos oro fino, en su calidad de hija y afectada. (Perjuicios Morales)*

*3. Condenar a **LA NACION (sic) COLOMBIANA – CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EPS**, a pagar a **ANA GRACIELA HERNÁNDEZ MORA**, en calidad de víctima y afectada y a **JHOANNA (sic) MERCEDES CASAS HERNÁNDEZ** y **BIANCA FERNANDA CASAS HERNÁNDEZ**, en calidad de hijas y afectadas los perjuicios materiales sufridos con motivo de los errados diagnósticos y por las secuelas dejadas a consecuencia de la negligencia y mala calidad en la prestación el servicio médico, hechos por **CAJANAL**, lo que*

ocasionó que la víctima actualmente sufra de Cirrosis, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

- a. El salario devengado por la actora, como empleada del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" en el mes de agosto de 1999.
- b. La fecha de nacimiento de la víctima y el cálculo de su vida probable, según la tabla de supervivencia existente para los Colombianos (sic) y expedida por la Superintendencia Bancaria.
- c. El grado de invalidez que sea fijado por los médicos expertos del Ministerio de Trabajo, a **ANA GRACIELA HERNÁNDEZ MORA**.
- d. Actualizada dicha cantidad, según la variación porcentual del índice de precios del consumidor existente entre el mes de agosto de 1999 y el que exista cuando se produzca el fallo que ponga fin al proceso y que liquide los perjuicios materiales.
- e. Teniendo en cuenta las formulas (sic) de las matemáticas financieras aceptadas por el honorable Consejo de Estado, como son la indemnización debida o consolidada y la futura.

4. LA NACION (sic) COLOMBIANA – CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EPS, dictara (sic) dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de la Sentencia, la Resolución correspondiente para el pago de la misma y adoptara (sic) las medidas necesarias para su cumplimiento y pagara (sic) intereses moratorios, una vez ejecutoriada la Sentencia (Corte Constitucional Sentencia C – 188 de marzo 24 de 1999, M.P. Dr. JOSE (sic) GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO) y dando así cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5. Se condene en Costas y Gastos del proceso a la parte demandada."

1.3. Hechos

Las pretensiones tienen fundamento en los hechos que la Sala sintetiza de la siguiente forma:

El día 25 de marzo de 1999, la señora Ana Graciela Hernández Mora ingresó al servicio de urgencias de CAJANAL, presentando vómitos y otros trastornos, siendo diagnosticada de hepatitis en estudio, y se le concedió una incapacidad por 3 días.

Debido a que la actora continuó con las dolencias, acudió donde la doctora Yolanda Morán, médica asignada por Red Salud -entidad que había contratado con Cajanal los servicios de atención a pacientes-; y esta le ordenó exámenes de bilirrubina, diagnosticándole nuevamente hepatitis en estudio.

El 12 de agosto de 1999, luego de acudir a varias clínicas de Bogotá, sin lograr resultados positivos en el tratamiento, fue recibida en la clínica Federman, donde le ordenaron varios exámenes y una biopsia de hígado, arrojando estos como diagnóstico una cirrosis biliar primaria, y como tratamiento, se le ordenó un medicamento llamado Ursacol o Ácido Ursodesoxicólico y Colestiramina o Questran, pero estos no le fueron suministrados oportunamente a la paciente, por no encontrarse incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud –POS-.

La espera por los medicamentos se extendió a lo largo de 10 meses, y solo hasta abril de 2002, luego de llevarse a cabo una junta médica, se decidió oficiar a Red Salud, para que esta a su vez oficiara a Cajanal, y se ordenara la inscripción de la señora Hernández Mora en el programa de trasplante hepático.

Pese a las solicitudes elevadas por los médicos de Red Salud, Cajanal no incluyó a la señora Ana Graciela en el programa, razón por la cual debieron instaurar una acción de tutela, la cual culminó con providencia del 6 de junio del año 2000, en la que se tutelaron los derechos de la señora Hernández Mora.

El 6 de agosto del año 2000, en cumplimiento del fallo de tutela, la paciente fue remitida a la Clínica Valle del Lili de la ciudad de Cali, donde se le realizó protocolo de trasplante y se le comunicó al Director del DAS, que el 17 de agosto del año 2000 se discutiría el ingreso de la paciente a la lista activa para el trasplante de hígado.

El día 22 de agosto del año 2000, se le informó al Director del DAS, que la paciente no tenía ninguna complicación asociada a cirrosis, que no había deterioro en su estado general, y no había várices.

Posteriormente, la paciente solicitó ayuda en la Clínica Valle del Lili, por lo que dicha institución la citó para el día 4 de junio de 2001, con el fin de realizarle

nuevos exámenes para su inclusión a la lista de espera para el trasplante hepático.

Finalmente, el 27 de junio de 2001, el Director del DAS, remitió un oficio con destino al Director de Talento Humano, informándole que la Jefe encargada de la Unidad de Trasplantes de la Fundación Valle del Lili, determinó que la señora Ana Graciela Hernández Mora no tenía indicación para trasplantes, y debía someterse a un tratamiento psiquiátrico, por un lapso de tiempo aproximado de 6 meses.

1.4. La contestación de la demanda

La demanda fue presentada el 6 de agosto de 2001 y admitida mediante auto del 6 de septiembre de 2001.

En escrito con fecha 30 de octubre de 2001, el apoderado de la parte actora presentó adición y aclaración de la demanda, la cual fue admitida mediante auto del 8 de noviembre de 2001.

La Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerar que Cajanal como E.P.S. no atendía directamente a sus afiliados, y la llamada a responder en un eventual caso, sería la I.P.S.

Igualmente, sostuvo que el deterioro en el estado de salud de la demandante, fue producto del avance irreversible de la enfermedad que padecía, y no una consecuencia directa del tratamiento brindado por Cajanal.

En escrito separado, llamó en garantía a Red Salud I.P.S., en virtud del contrato suscrito con ellos, para la atención de los afiliados.

El llamamiento en garantía fue admitido mediante auto del 18 de julio de 2002, y por conducto de su apoderado judicial, manifestó que dentro del objeto del contrato suscrito con Cajanal, se establecían los servicios a prestar, de acuerdo con el nivel de complejidad de la institución, y que el tratamiento de la cirrosis biliar y trasplante de hígado, correspondían a una atención de IV nivel de complejidad, que excedía sus facultades.

En lo referente al error en el diagnóstico de la enfermedad, aseveró que este no se había presentado, toda vez que la cirrosis biliar era una patología con dificultades para ser diagnosticada, que por lo general su diagnóstico tardaba 10 o 12 años, y en el caso concreto, este se había obtenido en un período de tiempo más corto.

Como excepciones, propuso la inexistencia de la falla en el servicio y del daño antijurídico, y la inexistencia de la obligación contractual de atención de IV nivel de complejidad entre Red Salud y Cajanal.

1.5. Los alegatos de conclusión en primera instancia

Habiéndose dado traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión mediante proveído del 16 de septiembre de 2004, las partes reiteraron los argumentos expuestos con la presentación de la demanda y las contestaciones de la misma.

El Ministerio Público guardó silencio.

1.5. Sentencia de primera instancia

El 30 de diciembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, considerando que no se había presentado una falla en el servicio, endilgable a Cajanal E.P.S. o a Red Salud I.P.S., y así lo manifestó:

“Por lo analizado precedentemente, observa la Sala que por parte de la E.P.S., así como de la I.P.S. se agotaron todos los recursos que cada una, en la medida de su obligación, tuvo a la mano para dar a la paciente un tratamiento acorde con las necesidades que demandaba su enfermedad y entonces, mal podría predicarse que hubo error en el diagnóstico, que como consecuencia de este tratamiento médico adoptado haya sido equivocado y que corolario de ello, la salud e integridad física de la demandante se hubiese menoscabado al punto tal de causarle secuelas irreversibles, por presunta negligencia en el proceder de los médicos tratantes pertenecientes a las entidades responsables de la prestación del servicio de salud.”

1.6. El recurso de apelación y trámite en segunda instancia

Inconforme con la decisión, el 24 de enero de 2005, la parte actora presentó recurso de apelación, el cual fue concedido el 31 de enero de 2005 y admitido por esta Corporación el día 23 de septiembre de 2005.

Como fundamentos de su inconformismo, manifestaron que el recuento de los hechos, aunado a las demás pruebas, daban cuenta de que la atención de la paciente había sido negligente, descuidada, y que los diagnósticos habían sido errados. Igualmente, señalaron que el hecho de haber tenido que recurrir a la acción de tutela para la entrega de los medicamentos requeridos para su recuperación, constituía plena prueba de la negligencia en la atención, y además había influido en el deterioro de la salud de la paciente.

Sostuvieron además, que se encontraba debidamente probado que en una primera oportunidad, se informó al Director de DAS que se discutiría el ingreso de la paciente a la lista de espera para trasplante de hígado, y posteriormente, en una nueva comunicación se le informó al Director que la paciente no presentaba ninguna complicación asociada a cirrosis biliar, razón por la cual, había quedado evidenciado un error en el diagnóstico de la enfermedad y tratamiento a seguir.

En lo que respecta al concepto emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, planteó su inconformismo sobre la base de que si bien este había conceptuado que el tratamiento había sido idóneo, no había sido efectivo, pues no se le habían suministrado a la paciente los medicamentos prescritos para el mismo de forma oportuna, sino hasta después de un año, y luego de recurrir a la acción de tutela.

Finalmente, planteó que la responsabilidad del Estado se encontraba constituida de la siguiente forma:

“Primer Elemento: Es el hecho constitutivo de los diagnósticos contrarios, negligencia y descuido en la atención y el no suministro del medicamento para mitigar la enfermedad.

Segundo Elemento: Es el daño proveniente del hecho anterior que ha causado el desmejoramiento en la Salud (sic) de la paciente y que en la actualidad esta (sic) a punto de causarle su muerte.

Tercer Elemento: Es el nexo causal entre el hecho y el daño, ya que al haber tenido diagnósticos encontrados y el medicamento haber sido suministrado casi una año (1) después, fueron estos los factores determinantes que ocasionaron los perjuicios que mediante la presente acción se pretende cobrar.”

Por auto del 3 de febrero de 2006, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales y al Ministerio Público para rendir concepto.

El apoderado de Cajanal E.P.S., alegó de conclusión, y en su escrito solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, por cuanto no se había presentado en ningún momento un error de diagnóstico, y menos una negligencia en la atención, pues se había puesto a disposición de la paciente, todos los medios con los que contaba la institución para garantizar su atención, y lograr mejorías en su estado de salud.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

1.6 La competencia de la Sub – Sección

El Artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la ley 446 de 1998, referido a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, dice: “*El Consejo de Estado en la sala contenciosa administrativa conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales (...)*”. Así, la Corporación es competente para conocer del asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de diciembre de 2004, en proceso con vocación de segunda instancia.

A la fecha de presentación del recurso, 24 de enero de 2005, se encontraban vigentes las disposiciones contenidas en el Decreto 597 de 1988, según las cuales, para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año 2001 tuviera vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la cuantía exigida para el efecto, estimada en \$26'390.000. En este caso la cuantía se estima en \$200'000.000, por concepto de lucro cesante.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado ni caducidad¹, procede la Sub – Sección a resolver el asunto sometido a su consideración a través del siguiente esquema: 1) el daño; 2) las pruebas obrantes en el proceso; 3) la imputación; 4) los perjuicios y 5) la condena en costas.

En primer lugar, y teniendo en cuenta que se trata de apelante único, se dará aplicación al artículo 328 del Código General del Proceso, donde se entiende que la apelación es interpuesta en lo que resulta desfavorable para el apelante; por lo tanto, no podrá el superior pronunciarse sobre lo que no fue objeto del recurso, con base en el principio de *no reformatio in pejus*.

La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante sentencia del 31 de agosto,² volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.

Así lo expresó la Sala:

(...) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de

¹ La caducidad empieza a contarse desde el momento en que la señora Ana Graciela Hernández Mora recibió la última comunicación en la que se le informaba que no era considerada paciente prioritaria para trasplante de hígado con fecha del 22 de agosto del año 2000, y la demanda fue presentada el 6 de agosto de 2001, luego fue presentada en tiempo, razón por la cual no hay caducidad de la acción.

² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su "conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta", lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así por ejemplo, en los años ochentas había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una explicación posible de lo sucedido³. En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. "Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia"⁴.

³ Sobre este aspecto ver, por ejemplo, RICARDO LUIS LORENZETTI. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. Tomo II, pág. 218.

⁴ MAZEAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo I, Volumen II, pág. 405.

Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

“...no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁵.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en

⁵ Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792.

consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones

públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”⁶

2.1. Del Daño

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado.

Al respecto, la Sala en recientes pronunciamientos ha considerado que:

“(…)

“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

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

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 en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo deprecia, 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 antijuridicidad 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 contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.

“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.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.⁷

“En ese 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.

“De allí que, 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.”⁸

⁷ Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, Exp. 21.466

En este caso de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en la no inclusión de la señora Ana Graciela Hernández Mora en el programa para trasplantes de hígado, como consecuencia de un posible error de diagnóstico de su enfermedad, y una atención descuidada y negligente por parte de la entidad demandada.

2.2. De las pruebas

Regular y oportunamente se allegaron al proceso las siguientes pruebas:

1. Registros civiles de nacimiento de Ana Graciela Hernández Mora, Johana Mercedes Casas Hernández y Bianca Fernanda Casas Hernández (f. 3 a 5 cuad. 3).
2. Historia clínica número 1029 de la que se destaca (f. 7 a 8 cuad. 3):
"27/03/2005 5:10 PM, Apertura de Historia Clínica (sic)
Motivo de Consulta: Dx de cirrosis biliar primaria: Dr. Elder Otero.
Hallazgos clínicos: Prurito de junio/98. Ictericia de Marzo/98. Acolia julio/98.
Laboratorios: 1703/2000: Glicemia, creatinina normales (sic). BT: 3.11 mg%. T: 3.90 mg%. AST: 67 (elevado) ALT: 81. Fosfatasa alcalina (sic) 460 u/L. Cuadro hemático con anemia: HB: 11.2 g%. Hto: 32.8% VCM: 74. TSH: 5.78 4:4.53
Anticuerpos antimitocondria positivo: 1.160 Colesterol total: 395mg%. ANA: negativo.
ANTIHAVC: negativo.
Pacient (sic) valorada por el Dr. Rafael Cludino (sic) Botero.
Biopsia de hígado: Consistente en CBP.
Antecedentes Personales: Negativo.
Antecedentes Familiares: Negativo.
Exámen Físico: TA: 110/80 FC: 70/min FR: 16/min
Escleras ictericas Cuello normal. Abdomen blando depresible normal.
Análisis y/o Idx: CIRROSIS BILIAR PRIMARIA.
HIPOTIROIDISMO
Tratamiento: Acidoursodeoxicólico (sic) 900 mg al día Questran 3 sobres al día.

(...)

29/03/2000 9:29 PM, Cita de Control

JUNTA MEDICA (sic): Dr. Lizarazo, Alvarez (sic), Mejia (sic), Daza

Se considera que el Dx es correcto de Cirrosis Biliar primaria la cual debe continuar con igual medicación.

Se gestionará (sic) ante la EPS la subscripción (sic) al programa del Transplante (sic) de Hígado.

(...)

12/06/2000 2:38 PM, Cita de Control

Diagnóstico: CIRROSIS BILIAR PRIMARIA

Evolución: Paciente quien refiere que continua (sic) con el prurito corporal intenso.

Refiere mareos, adinamia. Emesis frecuentes. Niega otros síntomas digestivos.

Trae fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: que autoriza la realización del procedimiento: Transplante (sic) de Hígado.

Examen Físico: TA: 120/80 FC: 70/min FR: 15/min. Escleras ligeramente ictéricas.

Cuello normal. Abdomen blando depresible sin evidencia de masas o megalias.

Hay lesiones en la piel huellas de rascado.

Indicación de Trasnplante (sic) de Hígado: 1. Paciente con Cirrosis biliar primaria con prurito intratable.

Plan: REALIZAR TRAMITES (sic) PARA EL PROGRAMA DE TRANSPLANTE (sic): (Fundación Valle del Lyly (sic)). Recomiendo evaluación por el Dr. Rafael Claudino Botero (Centro Médico de los Andes: Hepatólogo)

ACIDO (sic) URSODEOXICOLICO (sic) 250 mg No. 3 tabletas en la noche.

COLESTIRAMINA 2 sobre (sic) al desayuno y un sobre al almuerzo

Nota: No puede suspender el medicamento sin orden médica.”

3. Acción de tutela interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 12 a 14 cuad. 3).
4. Fallo de tutela de fecha 6 de junio del año 2000, mediante el cual se resolvió tutelar los derechos de la accionante, ordenando a CAJANAL EPS, que en el término de 48 horas, hiciera lo pertinente para que la actora fuera inscrita en el programa de trasplante de hígado (f. 15 a 25 cuad. 3).
5. Comunicación remitida por el Jefe de División Salud de Cajanal EPS, Seccional Valle, a la señora Ana Graciela Hernández, el día 31 de julio del año 2000, (f. 26 cuad. 3) informándole que:

“(...)

Se acordó con la enfermera coordinadora de su transplante (sic), cita para el próximo 8 de agosto a las 8 AM en la FUNDACIÓN CLÍNICA VALLE DEL LILI (sic), en el segundo piso torre de consultorios.

Será hospitalizada para el protocolo pretransplante (sic) esa semana. El 15 de agosto se reúne (sic) el grupo de trasplantes (sic), analizan todos los resultados y le expiden un comunicado explicándole los pasos a seguir de acuerdo con todos los resultados obtenidos de su evaluación. Con esa información debe organizar lo concerniente a los servicios médicos y lo referente a su trabajo (...).

6. Oficio suscrito por el Jefe de Unidad de Trasplantes de la Fundación Clínica Valle del Lili y la Enfermera Coordinadora de la Unidad de Trasplantes, fechado el 16 de agosto del año 2000, con destino al señor coronel Germán Gustavo Jaramillo, (f. 27 cuad. 3) en los siguientes términos:

“(...)

*Tuvimos el gusto de evaluar al señor (a) **ANA GRACIELA HERNANDEZ (sic) DE MORA (sic)** de 47 años de edad identificada con c.c. 41'620.117 de Bogotá, quien tiene diagnóstico de cirrosis hepática y de acuerdo con la decisión de la junta de trasplantes el próximo jueves 17 de agosto se discutirá su ingreso en lista activa para trasplante de hígado, teniendo en cuenta que en la evaluación pre trasplante realizada entre los días 09 al 12 del mes en curso no exista contra indicación para el procedimiento (...).*

7. Oficio de fecha 22 de agosto del año 2000, remitido al señor coronel Germán Gustavo Jaramillo (f. 28 cuad. 3):

“(...)

*Tuvimos el gusto de evaluar al señor (a) **ANA GRACIELA HERNANDEZ (sic) DE MORA (sic)** de 47 años de edad, quien tiene diagnóstico de cirrosis hepática y de acuerdo con la decisión de la junta de trasplantes el pasado 17 de agosto, la paciente no tiene ninguna complicación asociada a cirrosis. No hay deterioro de su estado general, no hay várices.*

Teniendo en cuenta la evaluación pre trasplante consideramos que en un futuro próximo requerirá un trasplante de hígado, por el momento debe continuar en control permanente con el médico tratante (...)”.

8. Oficio de fecha 27 de junio de 2001, mediante el cual el Director Seccional DAS Valle, le comunica al Subdirector de Talento Humano del DAS que:

Atentamente remito fotocopia del oficio suscrito por la Doctora ANABEL VANIN A. Jefe encargada de la Unidad de Transplantes (sic) Fundación Valle del Lili (sic) de ésta ciudad relacionado con la valoración médica de la funcionaria ANA GRACIELA HERNÁNDEZ DE MORA (sic), y en el cual se expresa que en el momento no tiene indicación para transplantes (sic) y que debe someterse a un tratamiento psiquiátrico por espacio de seis (6) meses aproximadamente y que estos controles se los deben realizar el Médico tratante en la ciudad de Bogotá (...)”.

9. Historia clínica de la señora Ana Graciela Hernández Mora, remitida por Red Salud (f. 27 a 99 cuad. 3).
10. Historia clínica de la señora Ana Graciela Hernández Mora, remitida por la clínica Médicos Asociados S.A. (f. 102 a 114 cuad. 3).
11. Historia clínica remitida por la Fundación Clínica Valle del Lili (f. 116 a 123 cuad. 3).
12. Testimonios rendidos por Gina Janneth Hidalgo Santos, Carlos Augusto Joya Álvarez y el doctor Jaime Orlando Daza Carreño (f. 209 a 218 y 228 a 237 cuad. 3).
13. Contrato de prestación de servicios de salud número 165 de 1997, suscrito entre la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- E.P.S.- y la Unión Temporal, Red Salud Promoción y Prevención I.P.S., con sus correspondientes adiciones y anexos (f. 5 a 29 cuad. 2).
14. Historia clínica de la señora Ana Graciela Hernández Mora, remitida por Cajanal (cuad. 4).
15. Hoja de vida de la señora Ana Graciela Hernández Mora, remitida por el Subdirector de talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- (cuad. 5)
16. Informe elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, (f. 1 a 6 cuad. 6) del cual se destaca lo siguiente:

(...) se trata de una paciente de 50 años de edad con cuadro de 5 años de evolución, que inició con un prurito intenso por lo cual consultó en julio de 1.998 evolucionando con ictericia por lo que inicialmente se hizo una impresión diagnóstica de Hepatitis contando con el antecedente positivo de transfusión previa durante su primer parto, se procedió a estudiarla sin documentar una hepatitis crónica ya que la presencia del prurito y la edad de presentación de la enfermedad orientaron al Gastroenterólogo (sic) tratante a sospechar una cirrosis biliar primaria que confirmó mediante biopsia reportada el 12 de julio de 2000 por lo que se inició el único tratamiento específico disponible hasta la fecha, dirigido a garantizar la continuidad de las múltiples funciones bioquímicas y nutricionales realizadas por el hígado, bajando al máximo la circulación de sales biliares así (sic) como mejorando la absorción de grasas y vitaminas liposolubles. Actualmente es candidata para la realización de trasplante (sic) hepático, pero su afortunada y lenta evolución gracias al tratamiento, la han mantenido compensada al punto de tener uno de los puntajes más bajos dentro de la cuantificación de criterios para la realización del trasplante (sic).

Ello explica la conducta de observación, muy idónea, de parte de los médicos tratantes.. (sic) Por supuesto la agudización del cuadro cambiaría las conducta (sic) de seguimiento actual.

(...)

2) A expensas del idóneo tratamiento dado a la paciente esta se halla actualmente compensada de su patología, cursando un estadio II luego del inicio de su sintomatología hace 5 años, sin presentar signos que indiquen la progresión de su cuadro hacia una hepatopatía terminal y sin haber presentado complicaciones hasta la fecha.

3) Los diagnósticos fueron dados de acuerdo a la progresión del estudio del cuadro concluyendo como diagnóstico final CIRROSIS BILIAR PRIMARIA que como suele ocurrir en esta patología cursa además con hipotiroidismo que se le documentó a la paciente.

4) La paciente cursa una cirrosis biliar primaria, afortunadamente de evolución lenta, controlada gracias al acertado y único tratamiento médico disponible.

5) *Por tratarse de una enfermedad de naturaleza sistémica tienen dentro de su evolución natural repercusiones en diferentes áreas funcionales y corporales lo cual lo cual (sic) no se ha evidenciado en esta paciente gracias al tratamiento que recibe.*

6) *Con base en el estudio de las historias clínicas aportadas por su despacho se establece que la paciente tiene una personalidad de base con rasgos histriónicos y paranoides con un componente ansioso y trastornos del afecto expresados en eventos como su intento de suicidio ocurrido el 18 XII 95, su inestabilidad, inconformismo e ideación de persecución laboral. Dichas manifestaciones de su personalidad son previas al diagnóstico de Cirrosis biliar primaria que nos ocupa.*

7) *El grado de incapacidad laboral, si la hubiere, deberá ser determinado en el ministerio de trabajo a través del departamento de Salud Ocupacional de su EPS tratante.*

8) *La cirrosis biliar primaria si se deja abandonado (sic) a su curso natural conduce a una cirrosis terminal con encefalopatía y muerte de la paciente, dicha evolución no es inminente en el caso de Ana Graciela quien ha recibido atención médica adecuada.*

Es de anotar que puede ocurrir un fracaso primario del trasplante (sic) de hígado y que puede ocurrir recidiva la cirrosis biliar primaria tras trasplante (sic) hepático.

En aquellos pacientes a quienes se realiza el trasplante (sic) estando compensados lo normal es que la supervivencia al año sea del 85%. Actualmente la supervivencia a 5 años es del 60%. (...)

2.3. De la imputación

Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda.

Una vez acreditado el daño antijurídico, es necesario verificar que el mismo es imputable a la entidad demandada, ya que no es suficiente que en la demanda se

hagan afirmaciones sobre la existencia e imputabilidad del mismo, toda vez que se hace necesario que ello se encuentre soportado en el expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar el acervo probatorio, con el fin de determinar si el daño antijurídico alegado por la parte actora, es imputable a la entidad demandada.

Manifiestan los demandantes, que en primer lugar, se presentó un error de diagnóstico por parte de los médicos tratantes de la señora Ana Graciela Hernández Mora, el cual se encuentra materializado en el hecho de que en principio se ordenó la realización de un trasplante de hígado, y posteriormente, se determinó que no era necesaria la realización del mismo.

Al respecto, la Sala considera prudente precisar que dicha afirmación no tiene sustento probatorio, toda vez que del análisis de la historia clínica, y los informes, oficios y comunicaciones derivadas de la Clínica Valle del Lili, se desprende lo contrario.

Está probado que a la paciente se le consideró como posible candidata a trasplante de hígado, y por tal razón fue remitida a la Clínica Valle del Lili, donde sería sometida a una serie de estudios y exámenes médicos, con el fin de determinar si en realidad era o no viable su trasplante.

El 31 de julio del año 2000, se le informó a la paciente que el día 8 de agosto, se le realizarían exámenes pre trasplante y que el 15 de agosto se reuniría el comité, con el fin de estudiar los resultados, sin que a esa fecha se hubiese determinado categóricamente que la paciente necesitaba un trasplante prioritario.

En comunicación del 16 de agosto del año 2000, se le informa al Coronel Germán Gustavo Jaramillo, Jefe del DAS, entidad donde laboraba la demandante, que el día 17 del mismo mes y año, se discutiría el ingreso de la señora Ana Mercedes a la lista activa para trasplante de hígado, según estudio de los exámenes que le fueron realizados en días anteriores, y en caso de no encontrar contra indicación para el procedimiento.

La Sala estima pertinente hacer énfasis en el aparte anteriormente subrayado, toda vez que al referirse sobre este punto, los demandantes manifiestan que en

dicha comunicación se hizo alusión a que no existía contraindicación para el procedimiento, y de acuerdo con lo transcrito en el acápite de pruebas, ha quedado demostrado que la intención de la oración era de orden condicional, y no una afirmación, como pretenden hacerlo ver los actores.

Posteriormente, en comunicación del 22 de agosto del año 2000, se estableció que la paciente no presentaba complicaciones que implicaran la necesidad de realización de un trasplante urgente, pero no se descartaba la pertinencia del mismo en un futuro próximo.

De otra parte, es importante resaltar, que en el informe elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se establece que el diagnóstico de la paciente fue acertado, el tratamiento indicado fue idóneo, al igual que la atención médica recibida por la paciente, y que la evolución de la enfermedad había sido satisfactoria y positiva, sin que se presentaran complicaciones comunes a la patología -teniendo en cuenta la naturaleza de la misma-; todo gracias al tratamiento brindado a la señora Ana Graciela.

Pues bien, a la luz de lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que lo alegado por los demandantes, no supone una falla en el servicio médico por un error de diagnóstico, dado que el diagnóstico de cirrosis biliar primaria padecido por la paciente siempre se mantuvo, y se realizaron todas las acciones tendientes a ofrecerle a la señora Ana Graciela un tratamiento adecuado, que permitiera mejorar su calidad de vida, y contrarrestar los efectos de su enfermedad, a tal punto que su evolución fue satisfactoria, y no se presentó el deterioro acostumbrado en pacientes con este tipo de patología.

La anterior consideración tiene asidero en el informe de Medicina Legal, en donde se establece a lo largo del mismo, que el estado de salud de la paciente, se debía a que el diagnóstico y las indicaciones de tratamiento habían sido idóneos, desvirtuando por completo una falla en la prestación del servicio médico.

Ahora bien, en cuanto al deterioro de salud que alegan los demandantes, la Sala colige que si bien, a la fecha de elaboración del informe de Medicina Legal, la enfermedad de la paciente se encontraba en estadio II, en el mismo se registró que la evolución de la enfermedad era normal y común en todos los pacientes, y

para el caso concreto de la señora Ana Graciela, la evolución había sido menos dañina, en virtud del tratamiento médico que recibía.

Finalmente, en lo que respecta a la supuesta negligencia por parte de la entidad para la entrega de los medicamentos, y la necesidad de solicitarlos por vía de acción de tutela, de los medios probatorios se desprende que los demandantes faltan a la verdad, pues la acción de tutela impetrada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se circunscribió al hecho de que la paciente solicitó su inclusión en el programa de trasplantes de hígado, derecho que por demás le fue tutelado mediante el fallo de tutela fechado el 6 de junio del año 2000.

Corolario de lo anterior, la Sala concluye que debido a que no se presentaron los elementos configuradores de la responsabilidad del Estado, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

2.4. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 30 de diciembre de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia envíese al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

DAÑO ANTIJURIDICO - Concretado en lesiones padecidas por cirrosis de la paciente / DAÑO ANTIJURIDICO – Paciente no estaba llamada a soportar cirrosis / VIOLACION DERECHOS CONSTITUCIONALES – Salud, vida y trabajo de paciente

Considero que en el sub judice el daño antijurídico se concreta en las lesiones padecidas por la señora Ana Graciela Hernández Mora, esto es la cirrosis que actualmente sufre y la cual no estaba llamada a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de sus derechos constitucionales, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad y sobre la cual ha visto lesionado bienes jurídicamente tutelados como el derecho a la vida, la salud y al trabajo.

PERJUICIOS - Deben ser reconocidos a familiares por daños antijurídicos sufridos de paciente / REPARACION DE DAÑOS - A cargo de entidad estatal por responsabilidad patrimonial / IMPUTACION – Debió analizarse la negligencia y mala atención del servicio médico asistencial

Del daño antijurídico ocasionado a Ana Graciela Hernández Mora podían derivarse perjuicios en los demás demandantes, también antijurídicos por cuanto tampoco estaban llamados a soportar tales perjuicios. De modo que, incuestionablemente, correspondía a las entidades demandadas bajo los preceptos del Estado Social de Derecho la reparación de los demandantes en el evento de encontrarse probados los demás elementos de la responsabilidad y los perjuicios en sí mismos. En consecuencia, estimo que lo relacionado respecto a la negligencia y mala calidad del servicio prestado por la entidad demandada, dentro del que se incluye la no inclusión de la señora Ana Graciela Hernández en el programa de trasplantes de hígado, es un argumento que debe analizarse desde el punto de vista de la imputación.

DAÑO - Noción / DAÑO CIERTO – Su característica es la existencia

Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. (...) El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual. (...) La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual.

DAÑO - Carácter personal / CARACTER PERSONAL DEL DAÑO – Puede ser sufrido por toda persona a la que no puede impedírsele demandar y obtener indemnización

El carácter personal del daño se presenta en forma pura, por lo tanto solo hay que establecer que el hecho dañino causó un perjuicio a la persona que solicita la indemnización. (...) para significar que no puede demandar reparación del daño, la persona que pretende que se le repare lo que es fruto de una situación ilegal. No tendría derecho a recibir indemnización, no porque no haya sufrido un perjuicio, que en efecto puede haberlo sufrido, sino porque el ordenamiento jurídico no protege ese interés o derecho porque se deriva de una situación contraria a la ley. (...) se observa que el carácter personal del daño supone que este puede ser sufrido por toda persona, a la que no puede impedírsele la posibilidad de demandar y de obtener indemnización por el solo hecho de que el juez considere que su situación es reprochable. El único límite lo constituiría, se repite, la prohibición de indemnizaciones de daños a bienes o de pérdida de ingresos que tengan por origen recursos ilegales del demandante. Se trata pues de no rechazar genéricamente la pretensión de una persona por considerar que no está en una situación jurídicamente protegida, sino que se debe estudiar al otorgar una indemnización si aquella proviene o no de una causa ilegal, sin que tengan cabida las presunciones negativas y descalificadoras que más serian perjuicios. La persona que se encuentra al margen de la ley no está por ello, para todos los efectos, privada de tutela legal.

DAÑO ANTIJURIDICO.- Definición / DAÑO ANTIJURIDICO - Aquel que la persona no está llamada a soportar por no tener fundamento en una norma jurídica

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.(...) daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo. (...) daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento

determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social:

DAÑO ANTIJURIDICO - En el sub lite se concretó en las lesiones sufridas por la paciente no obligada a soportarlas

El daño antijurídico aquí alegado se concretó en las lesiones padecidas por la señora Ana Graciela Hernández las cuales no se encontraba en la obligación de padecer ella ni el resto de los demandantes en el sub judice y con las cuales vio la señora Ana Graciela Hernández, afectados los derechos a la salud y la vida. Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, se debe realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - En el moderno derecho administrativo lo relevante es la víctima no la actividad del Estado

La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva. (...) En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la "víctima" y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de "ius cogens".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 94 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Se constitucionalizó con la Carta Política de 1991 y se erigió como garantía de derechos de los administrados y su patrimonio

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”. (...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto de 2012.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Imperativo constitucional

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”. Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

IMPUTACION OBJETIVA - Procedencia / TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA - Construida bajo la posición de garante

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. (...) 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 una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”. (...) 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 universal, 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”, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho.

RESPONSABILIDAD EXTRACTRACTUAL DEL ESTADO - No puede reducirse solo a la reparación debe contribuir con efecto preventivo / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Debió considerarse por la negligencia y mala calidad del servicio prestado a la paciente / DAÑO ANTIJURIDICO - Debió considerarse como tal la no inclusión de la paciente en programa de trasplante de hígado

Debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada. (...) conforme a la distinción ya realizada de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es del daño antijurídico y la imputación, considero que la Sala erró al tener en cuenta como daño antijurídico, algo que es propio de determinar en el juicio de imputación, es así pues como la Sala debía determinar si en el sub judice, la cirrosis padecida por la señora Ana Graciela Hernández Mora se presentó como consecuencia de la negligencia y mala calidad del servicio prestado por la entidad demandada, dentro del que se incluye la no inclusión en el programa de trasplantes de hígado de la demandante, es decir, debía establecer si conforme a los medios probatorios que obran en el expediente era posible atribuir el daño antijurídico padecido por la parte actora a la Caja Nacional de Previsión Social E.P.S. y no tener como daño antijurídico la indebida prestación del servicio por parte de la Caja Nacional de Previsión Social E.P.S como erradamente lo hizo.

ACLARACION DE VOTO DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

1 Con el respeto y consideración acostumbrada, manifiesto que presenté aclaración a la decisión tomada por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2014, mediante la cual se resolvió confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 30 de diciembre de 2004.

2 Para exponer la postura aclaratoria se analizará: 1) alcance, contenido y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado [daño antijurídico e imputación]

3 La Sala considera que “de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en la inclusión de la señora Ana Graciela Hernández Mora en el programa de trasplantes de hígado, como consecuencia de un posible error de diagnóstico de su enfermedad, y una atención descuidada y negligente por parte de la entidad demandada [...]”.

4 No obstante lo anterior, considero que en el *sub judice* el daño antijurídico se concreta en las lesiones padecidas por la señora Ana Graciela Hernández Mora, esto es la cirrosis que actualmente sufre y la cual no estaba llamada a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de sus derechos constitucionales, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad⁹ y sobre la cual ha visto lesionado bienes jurídicamente tutelados como el derecho a la vida, la salud y al trabajo.

4.1 Asimismo, del daño antijurídico ocasionado a Ana Graciela Hernández Mora podían derivarse perjuicios en los demás demandantes, también antijurídicos por cuanto tampoco estaban llamados a soportar tales perjuicios. De modo que, incuestionablemente, correspondía a las entidades demandadas bajo los preceptos del Estado Social de Derecho¹⁰ la reparación de los demandantes en el

⁹ Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que “se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa *ex ante*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.

¹⁰ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y

evento de encontrarse probados¹¹ los demás elementos de la responsabilidad y los perjuicios en sí mismos.

5. En consecuencia, estimo que lo relacionado respecto a la negligencia y mala calidad del servicio prestado por la entidad demandada, dentro del que se incluye la no inclusión de la señora Ana Graciela Hernández en el programa de trasplantes de hígado, es un argumento que debe analizarse desde el punto de vista de la imputación.

6 Por lo anterior, considero necesario reiterar mi postura acerca del alcance, contenido y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es daño antijurídico e imputación.

1.1 Presupuestos del daño antijurídico

1.1.1 La noción de daño en su sentido general.

7 Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”.¹²

libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

¹¹ “Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos contenía un precepto, el artículo 25.1 en el que se reflejaba entre otros contenidos el derecho a la Protección de la Salud: <Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios>. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., p.589.

¹² MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

8 Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo.

8.1 El carácter cierto del daño.

9 El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual¹³. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹⁴⁻¹⁵, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia¹⁶”.

10 La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización¹⁷. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁸.

8.2. El carácter personal del daño.

¹³ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.507.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

¹⁶ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

¹⁷ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

¹⁸ HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

11 El carácter personal del daño tiene como principio elemental que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita la reparación¹⁹, no obstante dicha noción ha tenido una evolución histórica que merece reseñarse.

11.1 Así las cosas, para la jurisprudencia francesa una persona sufría personalmente un perjuicio cuando había sido víctima de la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima, radicados en su cabeza.

11.2 Al respecto, existen diversos fallos dentro de la jurisprudencia francesa que han sostenido que para demandar se requiere demostrar un derecho lesionado. Es así pues como el fallo Señorita Rucheton consideró que “para obtener en justicia la reparación de un perjuicio, no es suficiente un interés, sino que se ha de acreditar un derecho lesionado²⁰”; Asimismo, en el fallo Savelli, el juez francés negó la indemnización que se pretendía por cuanto “no se encontraba frente a una situación jurídicamente protegida”, toda vez que “es cierto que el demandante y la señora Caminatti vivían juntos para la época de la muerte de esta última, pero no eran casados²¹”.

11.3 De esta manera la jurisprudencia francesa convirtió en sinónimos situación legítima y derechos jurídicamente reclamados y en consecuencia solo se otorgaba indemnización cuando se lograba establecer que la víctima que la pedía habría tenido acción jurídica para pedir alimentos o para reclamar una prestación laboral del difunto. Por lo tanto si la víctima no se encontraba en la posibilidad de exigir algunos de tales derechos, su pretensión sería rechazada. Al respecto la doctrina ha manifestado:

“Se limitaban las personas con legitimación para intentar demandas, criterio que, por demás, expresaba el deseo de impedir “el exceso de demandas” ante la jurisdicción²². ¡Detrás de ello se encontraba la moral victoriana!

¹⁹ HENAO, Juan Carlos, *El Daño –Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, ob., cit., p.88. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la Responsabilidad Civil*, ob., cit., p.80. “[...] tradicionalmente doctrina y jurisprudencia enuncian que el perjuicio debe ser personal para que haya derecho a reparación. Ello significa que la víctima del daño o sus causahabientes pueden demandar reparación. De igual forma, en el derecho francés LAURENT RICHER “Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique”. Cit. No. 46 considera “el carácter personal del perjuicio como una condición de fondo de la existencia del derecho a reparación”.

²⁰ Consejo de Estado Fr., sentencia de 11 de mayo de 1928.

²¹ Consejo de Estado Fr., sentencia de 18 de noviembre de 1960.

²² Se puede observar en este sentido, por ejemplo: “El triunfo de las concepciones solidaristas del Estado, que exige esta evolución, exige al mismo tiempo que el perjuicio reparado sea, en todos los casos inmerecido. De allí la importancia que tiene la culpa de la víctima en tal evolución. Conviene por demás que la situación vulnerada sea legítima, puesto que si de otra manera fuera, no sería digna de la protección social que se concreta con el otorgamiento de una indemnización

Pero, por fortuna, podemos anotar que las exigencias que se hacían anteriormente respecto del carácter personal del perjuicio están hoy superadas. En efecto, el carácter personal del perjuicio se despojó de caracteres que antaño le eran muy preciados, para presentarse en adelante sin las exigencias artificiosas que se le atribuyeron. Es así como podemos afirmar, con M. Gest que los fallos que seguían la lógica descrita pertenecen a una jurisprudencia sobrepasada”²³.

11.4 Actualmente, el carácter personal del daño se presenta en forma pura, por lo tanto solo hay que establecer que el hecho dañino causó un perjuicio a la persona que solicita la indemnización²⁴. En efecto, en el derecho colombiano, frente al caso de la muerte de una persona, desde el fallo del 24 de junio de 1942 la Corte Suprema de justicia enunció claramente que tienen derecho a solicitar reparación “las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir perjudicadas”²⁵. Posteriormente el fallo de 15 de junio de 1949 reafirma la regla anterior partiendo del artículo 2341 del Código Civil que no limita la acción de responsabilidad únicamente a los parientes de la víctima, sino que da al contrario, derecho a indemnización “a todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño”²⁶. Asimismo, el fallo de 19 de junio de 1989 consideró que:

“[...] El derecho a la indemnización de quien sufre una “alteración material de una situación favorable” (que en esto consiste el daño) se deriva, no del hecho de que la víctima tena una situación jurídicamente protegida” en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del

compensatoria [...]. La teoría de la culpa de la víctima y de situación ilegítima muestran entonces una relación en el plano de la función que están llamadas a cumplir [...]. Deben, una y otra, servir de freno a una evolución que la justicia justifica, pero que podría conllevar incontestables abusos y a la merma del nivel cívico y moral [...]. Un texto de ley, un acto o una operación administrativa pueden atacar –de una u otra forma y según modalidades diferentes- una situación que, sin estar anteriormente prohibida por el derecho positiva, presentaría sin embargo un aspecto criticable desde el punto de vista económico, nacional, moral o social. En otros términos, la actividad cuyo ejercicio se encontraría más o menos desconocida por la acción de la administración se mostraría contraria a la solidaridad social [...]. No hay duda de que, invocando el juez la noción de situación ilegítima en su sentido amplio, trae a colación una concepción trascendental del derecho. Condena así, en nombre de un derecho superior conforme a las exigencias de la sociedad social, un derecho positivo anterior, que por su carencia, había permitido el desarrollo de actividades molestas a la sociedad” (GEORGES MORANGE. “La notion de situation ilégitime dans le contentieux de la responsabilite administrative”, Paris, Dalloz, 1953, Chron V.p.27). En el mismo sentido: “Se trata de que el juez precise la categoría de personas admitidas para obtener reparación en caso de muerte, lesiones, o de enfermedades de la víctima de un accidente y, más precisamente, de fijar límites que permitan canalizarla onda de demandas excesivas” (Guy Isaac. “Aprés l’Arret Letisserand: Dix Années de réparation de la douleur morale par le Conseil d’Etat, en *Melanges Paul Couzinet*. Pág. 398).

²³ HENAO, **Juan Carlos**, *El Daño –Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, ob., cit., pp.91-93.

²⁴ En este sentido la Nota del Consejo de Estado Fr en sentencia de 25 de enero de 1952, Lassalle-Barrère afirmó: “la nueva regla jurisprudencial se define simplemente: puede solicitarse indemnización por el hecho de la muerte o de la invalidez de un tercero, cuando el demandante pruebe que el deceso o la invalidez le causa un perjuicio personal, sin importar los nexos de parentesco con la víctima”.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de 24 de junio de 1942.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de 15 de julio de 1949.

autor, de su comisión por culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el hecho. En esto consistirá pues, “la lesión de un derecho suyo” de que habla el art. 67 del anterior Código Contencioso Administrativo, y que el 85 del actual (Decreto 01 de 1984) contempla los mismos términos, solo que este último agregó que la finalidad de su pretensión puede ser el restablecimiento en su derecho o que se le repare el daño”²⁷.

11.5 No se trata entonces de que la situación personal del demandante se encuentre justificada por la moral, sino de afirmar que la situación jurídicamente protegida es un derecho de toda persona que por el solo hecho de serlo puede demandar su reparación. En este sentido se ha considerado:

“No se trata de exigir al demandante que pruebe que su situación está protegida por la ley, sino de presumir dicho extremo. No se trata de exigir que quien pida indemnización justifique en algunos títulos, restrictivamente interpretados – derecho de alimentos, derechos pensionales, etc.- en su derecho. En este aspecto, toda persona –aun delincuente, el contraventor y el inmoral- se encuentra jurídicamente protegida, pues ningún ordenamiento podría excluir genéricamente la posibilidad de demandar la reparación de daños, como hacía antaño. Por ello la regla que planteaba la posición antigua de la jurisprudencia, ya vista, llevaba al desconocimiento, por categorías de personas –los concubenarios, los contraventores, los delincuentes, etc., de la posibilidad de reparación de los daños. 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”²⁸.

11.6 Lo anterior, para significar que no puede demandar reparación del daño, la persona que pretende que se le repare lo que es fruto de una situación ilegal. No tendría derecho a recibir indemnización, no porque no haya sufrido un perjuicio, que en efecto puede haberlo sufrido, sino porque el ordenamiento jurídico no protege ese interés o derecho porque se deriva de una situación contraria a la ley.

11.7 Así las cosas, se observa que el carácter personal del daño supone que este puede ser sufrido por toda persona, a la que no puede impedírsele la posibilidad de demandar y de obtener indemnización por el solo hecho de que el juez considere que su situación es reprochable. El único límite lo constituiría, se repite, la prohibición de indemnizaciones de daños a bienes o de pérdida de ingresos que tengan por origen recursos ilegales del demandante. Se trata pues de no rechazar genéricamente la pretensión de una persona por considerar que no está en una situación jurídicamente protegida, sino que se debe estudiar al otorgar una indemnización si aquella proviene o no de una causa ilegal, sin que tengan cabida

²⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1989.

²⁸ HENAO, Juan Carlos, *El Daño –Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, ob., cit., pp.94-95.

las presunciones negativas y descalificadoras que más serian perjuicios. La persona que se encuentra al margen de la ley no está por ello, para todos los efectos, privada de tutela legal. Al respecto se ha manifestado la doctrina:

“En este entendido se recuerda un concepto elemental del derecho de daño, claramente enunciado por De cupis cuando afirma “lo que el derecho tutela, el daño vulnera²⁹” y por ello el demandante en un proceso debe establecer que tenía el derecho que vulneró el daño, como requisito para lograr establecer que en efecto hubo lesión en su patrimonio. Es lógica del artículo 2342 del Código Civil colombiano cuando enuncia que “puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso”. Dentro de esta concepción se puede afirmar que en consecuencia es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, necesaria para que proceda la indemnización. La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable³⁰”.

8.3 El carácter directo del daño

12 El carácter directo del daño se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona, en consecuencia tal como lo señala Rougevin Baville, este elemento “plantea en realidad un problema de imputación”³¹ por lo tanto no es procedente estudiarlo desde esta óptica.

13 Así las cosas, una vez analizadas las condiciones de existencia del daño, es procedente estudiar si el daño alegado por el actor podría llegar a calificarse como antijurídico, para lo cual se procede a realizar la siguiente explicación:

1.1.2 La noción de daño antijurídico.

14 Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece

²⁹ CUPIS, Adriano, de, *El Daño –Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ob., cit., p.34 “Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela, un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción”.

³⁰ HENAO, Juan Carlos, *El Daño –Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, ob., cit., p.103.

³¹ BAVILLE, Rougevin Michel “*La responsabilité administrative*, Paris, Hachette, Collection Les Fondamentaux, 1992, Pág. 139.

bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

14.1 Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

14.2 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³² y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”³³; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”³⁴; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”³⁵, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos³⁶; y, iii) porque no encuentra sustento en la

³² “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

³³ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

³⁴ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

³⁵ “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

³⁶ “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y

prevalencia, respeto o consideración del interés general³⁷, o de la cooperación social³⁸.

14.3 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”³⁹. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁴⁰.

qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

³⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

³⁸ Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo

14.4 De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁴¹.

14.5 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁴². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴³, anormal⁴⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴⁵.

15 En consecuencia considero como ya lo manifesté que el daño antijurídico aquí alegado se concretó en las lesiones padecidas por la señora Ana Graciela Hernández las cuales no se encontraba en la obligación de padecer ella ni el resto de los demandantes en el *sub judice* y con las cuales vio la señora Ana Graciela Hernández, afectados los derechos a la salud y la vida.

supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

⁴² Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

⁴³ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁴⁴ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

⁴⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

16 Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, se debe realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

2. La imputación de la responsabilidad.

2.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

17 La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”⁴⁶.

17.1 Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”⁴⁷. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz,

⁴⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

⁴⁷ “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”. GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Revista de Administración Pública. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8.

efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

17.2 La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva⁴⁸.

17.3 En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos⁴⁹ y del

⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

⁴⁹ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están

derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.

17.4 Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”⁵⁰, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos⁵¹. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de

obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

⁵⁰ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

⁵¹ Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46.

responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación⁵².

17.5 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁵³ de la responsabilidad del Estado⁵⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁵⁵ y de su patrimonio⁵⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁵⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁵⁸. Como bien se sostiene en la doctrina, la

⁵² Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁵⁵ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

⁵⁷ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁵⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

“responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁵⁹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁶⁰.

17.6 De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁶¹. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

17.7 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁶² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶³ tanto por la acción, como por la omisión de

⁵⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

⁶⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁶¹ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Administratif. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

⁶² “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁶³ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea

un deber normativo⁶⁴, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁶⁵ y de 23 de agosto de 2012⁶⁶.

17.8 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁶⁷, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado⁶⁸ según la cláusula social así lo exigen”⁶⁹.

imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁶⁴ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁷ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁶⁸ “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social.

17.9 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷⁰, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷¹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁷².

17.10 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁷³. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción.

Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto]. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁷⁰ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷¹ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷² “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁷³ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁷⁴.

17.11 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”⁷⁵. 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 causalidad⁷⁶, donde será determinante la magnitud del riesgo⁷⁷ y su carácter permisible o no⁷⁸. 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

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁶ “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma” [subrayado fuera de texto]. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26.

⁷⁷ “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.103.

⁷⁸ 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”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

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”⁷⁹.

17.12 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 proporcionalidad⁸⁰ es 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 ponderación⁸¹ 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”⁸².

⁷⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁸⁰ “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.

⁸¹ “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.

⁸² 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.

17.13 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “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 protección⁸³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸⁴. 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 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”⁸⁵.

⁸³ 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.

⁸⁴ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁸⁵ 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 sociedad, 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 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

17.14 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 una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁸⁶.

17.15 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 universal⁸⁷, 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

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 riesgos (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). 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.

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁷ “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.

administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁸⁸, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁸⁹.

17.16 Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁹⁰, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁹¹, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo

⁸⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁸⁹ “[...] 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.

⁹⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁹¹ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“[...] en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁹².

17.17 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁹³ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

18 Así las cosas y conforme a la distinción ya realizada de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es del daño antijurídico y la imputación, considero que la Sala erró al tener en cuenta como daño antijurídico, algo que es propio de determinar en el juicio de imputación, es así pues como la Sala debía determinar si en el *sub judice*, la cirrosis padecida por la señora Ana Graciela Hernández Mora se presentó como consecuencia de la negligencia y mala calidad del servicio prestado por la entidad demandada, dentro del que se incluye la no inclusión en el programa de trasplantes de hígado de la demandante, es decir, debía establecer si conforme a los medios probatorios que obran en el

⁹² “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁹³ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

expediente era posible atribuir el daño antijurídico padecido por la parte actora a la Caja Nacional de Previsión Social E.P.S. y no tener como daño antijurídico la indebida prestación del servicio por parte de la Caja Nacional de Previsión Social E.P.S como erradamente lo hizo.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA