

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados

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, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, 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. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) 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 a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: La responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001; cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001; finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, exp. AG-2001-213; elementos de la responsabilidad, Consejo de Estado, sentencia de 21 de octubre de 1999, exps. 10948 y 11643.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de solidaridad. Principio de igualdad

En cuanto al daño antijurídico, 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. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a 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”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Daño antijurídico, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y sentencia C-832 de 2001.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación. Principio de imputabilidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Atribución jurídica / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación objetiva

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. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo 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”. 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”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.

NOTA DE RELATORIA: Principio de imputabilidad, Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

FALLA MEDICA - Falla probada del servicio / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Falla probada / RESPONSABILIDAD MEDICA - Falla probada del servicio

En el marco de la falla probada del servicio como título de imputación “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”. Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”.

NOTA DE RELATORIA: Falla probada del servicio médico, Consejo de Estado, sentencias de agosto 31 de 2006, exp. 15772; octubre 3 de 2007, exp. 16402; 23 de abril de 2008, exp. 15750; 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, exp. 16270; 28 de enero de 2009, exp. 16700; 19 de febrero de 2009, exp. 16080; 23 de septiembre de 2009, exp. 17.986; 7 de octubre de 2009, exp. 35656; 18 de febrero de 2010, exp. 20536; 9 de junio de 2010, exp. 18683.

FALLA MEDICA - Atención no oportuna. Atención ineficaz / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Atención no oportuna. Atención ineficaz / RESPONSABILIDAD MEDICA - Atención no oportuna. Atención ineficaz / FALLA MEDICA - Derecho a la salud / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Derecho a la salud

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe

observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio.

NOTA DE RELATORIA: Prestación oportuna, eficaz e integral del servicio de salud, Consejo de Estado, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17655 y Corte Constitucional, sentencias T-136 de 2004, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-1059 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007 y T-104 de 2010.

FALLA MEDICA - Flexibilización carga de la prueba / FALLA MEDICA - Historia clínica / FALLA MEDICA - Indicios. Conducta procesal de las partes / RESPONSABILIDAD MEDICA - Flexibilización carga de la prueba. Indicios

Cabe la posibilidad de considerar la flexibilización de la carga de la prueba en atención a las circunstancias especiales del caso y a la falta de cooperación de la entidad demandada que después de haber sido requerida en varias ocasiones no allegó al proceso copia de la historia clínica completa de la paciente, pese a lo cual la copia de la misma aportada por la parte actora obró durante todo el proceso, dándose la oportunidad de controvertir, sin olvidar que el precedente de la Sala indica que la renuencia a aportar la historia clínica constituye un indicio.

NOTA DE RELATORIA: Renuencia a aportar la historia clínica, Consejo de Estado, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772.

FALLA MEDICA - Procedimiento quirúrgico común con secuelas anormales / FALLA MEDICA - Secuela irrazonable. Amputación de pierna / FALLA MEDICA - Efectos anormales en procedimientos comunes / RESPONSABILIDAD MEDICA - Efectos anormales en procedimientos comunes

Teniendo en cuenta los anteriores extremos, si bien se trata de un normal procedimiento quirúrgico para reseca un tumor en un ovario, del mismo se derivaron consecuencias respecto de las cuales se infiere una suerte de anormalidad. La Sala al fundamentarse en esta teoría, aprecia que el daño causado a la paciente resulta de una denominada “secuela irrazonable” producto de una intervención quirúrgica, evento en el cual la falla probada de la entidad demandada radica en lo que alumbra el acervo probatorio, al permitir determinar que la amputación del miembro inferior derecho de Alba Inés Jaramillo de Libreros ha sido consecuencia directa, lo que se refleja como hecho indicado, de la prestación inadecuada del servicio de salud. La amputación del miembro inferior derecho de Alba Inés Jaramillo de Libreros no podía constituir una secuela razonable, una consecuencia natural o lógica de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, sino que por el contrario se trató de una situación extraña y poco frecuente que produjo como consecuencia graves secuelas físicas y psíquicas.

PERJUICIO MORAL - Amputación de extremidad. Reconocimiento a familiares / DAÑO MORAL - Amputación de extremidad. Reconocimiento a familiares / PERJUICIO MORAL - Reglas de la experiencia. Tasación. Intensidad del daño / DAÑO MORAL - Reglas de la experiencia. Tasación. Intensidad del daño / PERJUICIO MORAL - Prueba / DAÑO MORAL - Prueba

Es connatural que la pérdida del miembro inferior derecho afectó no sólo en la dimensión física a Alba Inés Jaramillo de Libreros, a su esposo e hijos, como se puede deducir también el dolor en su debida proporción que afectará a sus hermanos. Valorados los anteriores medios probatorios y, en aplicación de las

reglas de la experiencia, las cuales permiten que una vez este acreditado el parentesco, se presuma el dolor sufrido por los familiares de las víctimas de un daño la Sala decide dar aplicación a la presunción de que el dolor moral se presenta en su máxima intensidad entre padres e hijos y por tal razón ordenará conceder a los hijos la misma suma que le fue concedida al esposo. Para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

DAÑO EMERGENTE - Prueba / DOCUMENTO PRIVADO - Audiencia de reconocimiento / DOCUMENTO PRIVADO - Valoración. Autenticidad

Como se trata de un documento privado respecto del cual se convocó en dos ocasiones la audiencia de reconocimiento de documento sin haya sido posible realizarla, esto no es óbice para que se presuma su autenticidad y se le pueda dotar de valor probatorio al momento de determinar este tipo de gastos a título de daño emergente, en cumplimiento del artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que modificó el inciso 4º del artículo 252 del C. P. C. Dicha prueba, valorada conjuntamente con los testimonios que obran en el proceso permiten encontrar demostrados tales gastos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 INCISO 4 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11

PERJUICIO FISIOLÓGICO - Reconocimiento / ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Reconocimiento no afecta la causa petendi

Encuentra la Sala acreditado el perjuicio fisiológico reclamado por la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros derivado de la actuación de la entidad demandada que se lo causó, lo que afecta severamente su desarrollo personal, social, sentimental y la autonomía de locomoción, lo que lleva a condenar por este concepto a la entidad demandada a pagar 50 smlmv a la mencionada señora, precisándose que no se modifica la causa petendi al comprender que dicha indemnización comprende tanto el perjuicio fisiológico, como la grave alteración a las condiciones de existencia que vino a sufrir la paciente.

NOTA DE RELATORIA: Perjuicio fisiológico, Consejo de Estado, sentencia de 6 de mayo de 1993, exp. 7428; perjuicio fisiológico y perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, Consejo de Estado, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp.17050.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., trece (13) de Abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-24-000-1997-03977-01(20480)

Actor: ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, del 22 de agosto de 2000, mediante la que se dispuso:

“NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

1 Fue presentada el 4 de septiembre de 1997 por Alba Inés Jaramillo de Libreros, Leonel Libreros, Héctor Fabio, Gloria, Matilde, Alba Nelly Libreros Jaramillo, Fabio Arturo, Hernán, Luis Alberto, Honorio, María del Rosario y Myriam Oliva Jaramillo Arce, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Declárase (sic) a la NACION, MINISTERIO DE SALUD, INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S.solidaria (sic) y civilmente responsables de las lesiones causadas a ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS, con ocasión de la intervención médico quirúrgica a la cual fue sometida el 5 de septiembre de 1995, en la Clínica Nuestra Señora del Carmen de los Seguros sociales (sic) Seccional Valle, Buga y por consiguiente de la totalidad de los daño y perjuicios morales, materiales y fisiológicos ocasionados a ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS (lesionada), LEONEL LIBREROS (esposo), HECTOR FABIO, GLORIA, MATILDE, ALBA NELLY LIBREROS JARAMILLO (hijos), FABIO, HERNAN, LUIS ALBERTO, HONORIO, MARIA DEL ROSARIO Y MYRIAM OLIVA JARAMILLO ARCE...

A) POR PERJUICIOS MORALES

Se debe a cada uno de los demandantes o a quienes sus derechos representen al momento del fallo, el equivalente en moneda colombiana a un mil setecientos (1.700) gramos oro fino...

B) POR PERJUICIOS MATERIALES:

Reclaman: ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS (lesionada) y LEONEL LIBREROS (esposo), indemnización por daños y perjuicios materiales, en la modalidad de DAÑO EMERGENTE y LUCRO CESANTE.

DAÑO EMERGENTE, consistente en las sumas de dinero que tuvo que pagar para ser atendida por dos enfermeras profesionales que la atendieron desde el 14 de septiembre al 2 de noviembre de 1995 a quienes se le canceló el 2 de noviembre de 1995 la suma total de \$1.330.000 suma que deberá actualizarse y a la que se liquidarán los intereses bancarios corrientes desde el día 2 de noviembre de 1995, hasta que se verifique el pago total de la obligación.

LUCRO CESANTE: Debido a LEONEL LIBREROS (esposo) por las sumas de dinero que éste, mensualmente se ha visto obligado a pagar a la persona que realiza las labores domésticas que la lesionada, por la incapacidad permanente que le produjo la ameritada lesión, no pudo volver a desempeñar desde el momento mismo en que ocurrió la lesión, septiembre 5 de 1995. la (sic) cual se liquidará con fundamento en el salario mínimo legal vigente...

SUBSIDIARIAMENTE:

A falta de bases suficientes para la fijación o liquidación matemático-actuarial de los perjuicios materiales el H. Tribunal los determinará por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos (4.000) oro...

PERJUICIOS FISIOLÓGICOS:

Reclama ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS... Se reclaman por este concepto la suma equivalente a 4.000 gramos oro al precio que tenga el metal al momento de la sentencia" (fls 104 a 107 c1).

2 Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por los demandantes:

"2o.) En el año 1993 consulta en diferentes oportunidades y ante diferentes médicos del instituto (sic) de Seguros Sociales, en Buga, entre otras dolencias, por un repetido dolor abdominal hacia la ingle izquierda, y en esas oportunidades se le diagnosticó que dicho dolor provenía de una posible inflamación de ganglios, pero nunca fue sometida a un examen riguroso.

3o.) A finales de 1994 hacia el mes de septiembre, acosada por un (sic) alergia consulta ante (sic) un médico particular, de Buga Doctor, (sic) JAVIER VALENCIA. Este médico al realizar el chequeo de rigor, con un simple tacto, detecta una masa tumoral hacia la ingle izquierda que con un examen detallado, diagnostica como una posible neoplasia de ovario izquierdo, y para confirmar su diagnóstico clínico solicita una ecografía de pelvis y una citología.

3o.) En vista de la anterior la paciente solicita consulta ante el ISS seccional Valle, Buga, y es atendida en esta oportunidad, nuevamente por el Dr. FREDDY HERNAN PAYAN, quien ya la había tratado anteriormente, a quien le comenta los hallazgos encontrados por el médico particular Dr. Valencia, y pide le sean ordenados por el Instituto, los exámenes que le había ordenado el médico particular. El Dr. payan (sic) ahora sí, con un

examen de palpación confirma el diagnóstico del Dr. Valencia y solicita interconsulta con el Dr. CARLOS ALFREDO LLANOS, quien le ordena una ecografía pélvica, orografía y colón por enema. Estos exámenes fueron realizados en Tuluá, porque en Buga no existía el laboratorio competente para realizarlos. El Dr. LLANOS, opina que la paciente hay que intervenirla quirúrgicamente.

4o.) Los exámenes ordenados se le practican a la paciente 9 meses después de detectada la masa tumoral, en las siguientes fechas: mayo 10 de 1995, el colon (sic) por enema, la ecografía pélvica y la urografía excretora, y en junio 6 de 1995 se le practica un tac abdominal con los siguientes resultados:

- UROGRAFIA EXCRETORA Y COLON POR ENEMA: (mayo 10 de 1995)
UROGRAFIA EXCRETORA: OPINION: RIÑON EXCLUIDO POR COMPRESION DE MASA A NIVEL PELVICO

- ECOGRAFIA PELVICA: (mayo 10 de 1995)
OPINION: EXISTE UNA MASA PELVICA QUE LESIONA RIÑON DERECHO PRODUCIENDOLE IMPORTANTE HIDRONEFROSIS Y FALTA DE FUNCIONALIDAD CON UNA MASA HETEROGENEA PROBABLEMENTE PROCEDENTE EL OVARIO QUE POR SUS CARACTERISTICAS PUEDE TRATARSE DE UN CISTOADENOMA

- T.A.C. ABDOMINAL (junio 6 de 1995)
OPINION:MASA (sic) SOLIDA PELVICA DERECHA DE GRAN TAMAÑO CON DIAMETROS MAYORES ANTEROPOSTERIOR 82 MM, TRANSVERSAL 91MM, Y EN LONGITUDINAL 110MM QUE APARENTAMENTE DEPENDE DEL OVARIO
HIDRONEFROSIS DERECHA CON RIÑON TERMINAL. RIÑON IZQUIERDO COMPENSADOR. ATEROMATOSIS DE LA AORTA ABDOMINAL. NEGATIVO PARA METASTASIS HEPATICAS, RETROPERITONEALES O PELVICAS.

4o.)Con (sic) el resultado de estos exámenes el Doctor Llanos opina que debe intervenirse quirúrgicamente a la paciente y consulta con el cardiólogo Dr. OSCAR ORTIZ, quien al hacer la correspondiente valoración opina que la intervención quirúrgica propuesta por el Dr. LLANOS, no se podía realizar por el daño que presentaba en el riñón derecho, pero deja en manos del Dr. LLANOS la decisión final de operarla. Este opina que la intervención es viable, pero decide solicitar una interconsulta con el Urólogo DR. HAROLD ROMAN, quien sostenía que el riñón (sic) y el tumor del ovario se podían operar, en una sola operación.

5o.) Finalmente y después de transcurrido un año desde el diagnóstico inicial de neoplasia dado por parte del médico particular, Dr Valencia, después de que ese tumor ha crecido demasiado, el Dr. LLANOS decide finalmente que hay que operar a la paciente, primero del tumor en el ovario y luego del riñón, operación la del ovario, que fue programada para el día 5 de septiembre de 1995.a (sic) las 8 de la mañana.

6o.) Antes de la cirugía los hijos de la paciente... ALBA NELLY y... HECTOR FABIO LIBREROS JARAMILLO, teniendo en cuenta, la edad la paciente, su pasado hipertensivo la gravedad de la operación... y la deficiencia que se había demostrado en la atención médica prestada a la paciente en el ISS, seccional Valle, Buga, hablaron con los médicos LLANOS Y ORTIZ, sobre el pronóstico que ellos consideraban tenía la cirugía, y pidieron que esa operación se realizara en Bogotá o Cali... pero la respuesta que se recibió fue que la operación tenía sus riesgos como toda cirugía, pero que ellos consideraban que el centro médico de Buga tenía los medios y recursos necesarios para atenderla.

5o.) La (sic) cirugía fue realizada el día 5 de septiembre de 1995, hacia el medio día y no a las 8 de la mañana como estaba previsto... Solamente hacia las 3 de la tarde la familia fue informada que la paciente se estaba recuperando de una cirugía que había sido muy complicada. Interrogado el Dr. LLANOS, (médico que la operó), sobre el resultado de la operación, (sic) este manifestó que se había complicado porque la masa tumoral era muy grande y porque estaba adherida a planos profundos, afectando riñón (sic), vejiga, apéndice y lo mas (sic) grave la arteria ilíaca (sic). Gráficamente les explicó que había tenido que hacer ligadura de vena y arteria ilíaca interna, e interrogado sobre la gravedad de los anterior manifestó que a la paciente se le iba a quedar durmiendo la pierna derecha pero que todo iba bien.

6o.) Ya (sic) en la tarde, hacia las 6 de la tarde del día de la operación, ante la incomodidad que sentía la paciente en su pierna derecha y ante la solicitud de los familiares, el Dr. LLANOS la examina y considera que hay que remitirla a Cali, pues la pierna se estaba enfriando y poniéndose cianótica. La orden de traslado se dió (sic) hacia las seis y media de la tarde pero aparentemente sin una mayor urgencia, pues se permitió que la ambulancia trasladara a otra paciente materna, e incluso que arrimara a Guacarí por los papeles que había olvidado la materna. A los familiares no se les informó de la gravedad de la situación, ni tampoco se aviso (sic) a Cali, para que tuviesen lista la atención a la paciente como suele ocurrir en casos de gravedad como lo era éste.

7o.) Una vez en Cali, la paciente fue llevada al área de ginecología donde fue recibida por un Dr. de apellido Díaz, quien manifestó por la nota remisoría, dada por el Dr. LLANOS de Buga, esta paciente debería ser trasladada al área vascular. Incluso hizo ver a los familiares que la acompañaban, que si no se recibía atención rápida podía perder pierna. El Dr. DIAZ solicita inter consulta urgente con un especialista vascular pero este no apareció por ningún lado. La información que dieron las enfermeras era que al médico vascular no lo habían podido localizar e indicaron que había un problema en esa área debido a que los médicos habían renunciado por (sic) el ISS les pagaba muy poco.

8o.) Hacia la una de la mañana localizaron por teléfono a un médico vascular, quien después de leerle la nota remisoría del Dr. LLANOS, consideró que la lesión daba espera para examinarla bien, en horas de la mañana del día siguiente o sea del 6 de octubre de 1995. Inclusive se supo por los familiares que en la mañana del 6 de septiembre llegó un médico vascular y se negó a atender a la paciente porque recién había renunciado al ISS.

9o.) Solamente hacia las 11 de la mañana del 6 de septiembre del año en cita, llegó el Dr. WILSON CARO especialista en cirugía vascular, quien luego de examinar a la paciente manifestó que no creía conveniente una operación vascular tan inmediata a la operación realizada en Buga, y que iba a seguir observándola. Dió (sic) a los familiares confianza en que no había una lesión tan grave como para someterla a una nueva cirugía. Recomendó estar friccionando la pierna que esta recuperara el calor perdido.

10o.) Por la tarde, del 6 de septiembre, transcurridas mas (sic) de 24 horas de ocurrida la lesión, (sic) inferida a ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS, en la intervención quirúrgica a que fue sometida la paciente en Buga, Se (sic) solicita por los familiares la presencia del Dr. Caro, quien considera que la operación vascular era impostergable. La operación se realiza ese día a las 7 de la tarde e intervienen como médicos, el cirujano vascular dr. (sic) Caro y el urólogo Dr. Murillo. La operación consistió en

LAPARATOMIA, BYE PASS ILIACO-FEMORAL, EMBOLECTOMIA,, (sic) RESECCION URETER DERECHO, REIMPLANTE URETER DERECHO. El diagnóstico preoperatorio fue el de TROMBOSIS VS LIGADURA ART. ILIACA COMUN, POR ANEXO HISTERECTOMIA, los hallazgos encontrados en dicha cirugía fueron: LIGADURA Y TROMBOSIS ART. ILIACA COMUN DER. - LIGADURA DE VENA ILIACA DERECHA COMUN Y VENA ILIACA IZQUIERDA. - DESGARRO EN LA UNION DE ILIACAS CON HEMATOMA. - NECROSIS POR DESVASCULARIZACION DE 1/3 DISTAL URETER - NECROSIS DE PARED POST. DE VEJIGA (lat. der).

11o.) Esta cirugía dura cerca de 4 horas, después de las cuales el Dr. Caro manifestó que había encontrado la arteria ilíaca seccionada por lo que se había visto obligado a hacer un bye pass, su pronóstico fue poco alentador, dado el tiempo transcurrido y a la gravedad de la lesión. La paciente manifiesta haber escuchado cuando un médico que acompañaba al Dr. CARO, en tono contrariado había preguntado que quien (sic) era el médico que había hecho esa operación tan mal hecha. En esa ocasión el Dr. WILSON CARO también había manifestado contrariedad por lo hecho en Buga, dejando entrever que algo mal había sido hecho en Buga, para llegar a esa situación. Sin embargo se esperó hasta el día siguiente para concluir que se debía amputar la pierna, ya que la pierna no respondió al BYE PASS.

12o.) Con diagnóstico preoperatorio de ISQUEMIA IRREVERSIBLE DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO, (sic) se procede a realizar la primera operación de amputación de la pierna derecha a ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS Esta amputación fue realizada por el Dr. WILLIAM FERNANDO LENNIS, el 8 de septiembre de 1995 en la clínica Rafael Uribe de los Seguros Sociales Seccional Valle, Cali.

13o.) DE (sic) ahí en adelante, la gravedad de la lesión sufrida por la paciente obligó a repetidas cirugías de cercenación de su pierna derecha. Primero se hizo amputación por encima de la rodilla, después un poco mas (sic) arriba y por último se procedió a la desmembración total del miembro (sic) inferior derecho, para evitar que la infección aguda se regara por todo el cuerpo y terminada con la vida de la paciente. La desmembración total del miembro inferior derecho o desarticulación, se realizó en la Clínica Rafael Uribe de los Seguros Sociales Seccional Valle, Cali, el día 6 de octubre de 1995, donde intervinieron el Dr. GERMAN SALCEDO y el Doctor LENIS" (fls.109 a 113 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia

1 El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda mediante providencia del 22 de septiembre de 1997, la cual fue notificada al Gerente Regional del Instituto de los Seguros Sociales, por conducto de la señora Amanda Acosta, el 9 de diciembre de 1997 (fl.129 c1).

2 El Instituto de los Seguros Sociales contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó atenerse a lo probado dentro del proceso. En la misma, la demandada afirmó:

La paciente fue atendida “en forma permanente y continua por el personal de la Institución, y por sus mejores médicos” (fl.144 c1).

Así mismo, una vez determinado que la paciente “presentaba una masa tumoral en la parte inferior del abdomen” se procedió por el cuerpo médico de Buga a “realizar una laparotomía explorativa” (fl.145 c1).

Al encontrarse en la intervención un tumor de “grandes proporciones” el médico Carlos Alfredo Llanos encontró necesario no sólo retirar la masa, sino también “retirar varios órganos mas (sic) como son: la apéndice, el omento que es la capa que recubre a los intestinos para protegerlos y permitirles su propio movimiento, ovario derecho, etc” (fl.145 c1).

Se manifestó que de “no haberse retirado este tumor en ese momento, la paciente habría muerto en un corto lapso de tiempo debido al cáncer que se estaba propagando rápidamente en su cuerpo” (fl.145 c1).

Se señaló, además, que durante la intervención al “procurar el retiro de dicho tumor de la arteria, procede entonces el cuerpo médico a cortar por encima y por debajo de donde se encontraba los tentáculos del tumor y posteriormente se liga la arteria”. En atención a esto se manifestó que al ligar la arteria iliaca interna “queda en funcionamiento y en buen estado la arteria iliaca externa, con la cual, en circunstancias normales debería continuar siendo irrigada con sangre la pierna”, lo que motivó a que el médico Llanos haya informado a los familiares que se le quedaría durmiendo la pierna. Pese a lo anterior, se sostuvo que la edad de la señora Jaramillo de Libreros (69 años) y su tendencia a la hipertensión y a la arteriosclerosis “complicaron inesperadamente a la paciente, lo que llevó a que después de la intervención un trombo obstruyera “la arteria iliaca externa que era la que debía irrigar con sangre la pierna y de ahí el necrosamiento y posterior pérdida de la pierna”. (fls.145 y 146 c1).

Como consecuencia de la complicación señalada, se ordenó la remisión de la paciente a la ciudad de Cali, en donde fue valorada, considerándose que no procedía la intervención inmediata “por cuanto, **en principio se encontraba muy delicada de salud por la larga intervención que se le había practicado y la anestesia que se le había aplicado, además por cuanto hasta este momento**

la pierna lentamente se estaba irrigando de sangre por medio de la iliaca externa” (fl.146 c1).

La demandada propuso como excepciones: inexistencia de la obligación de indemnizar y culpa de la víctima.

3 Agotado el período probatorio, el cual se inició mediante auto del 20 de marzo de 1998 (fls.168 a 171 c1) y, habiéndose citado por auto de 4 de noviembre de 1999 a audiencia de conciliación (fls.225 y 226 c1) sin prosperar la misma, el Tribunal mediante auto del 8 de marzo de 2000 (fl.233 c1) corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y si fuera del caso se ordenaba el traslado especial al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

4 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

5 El 29 de marzo de 2000 el médico forense asignado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Distrito Judicial de Buga, rindió el Dictamen ordenado número BU-CF-2000-0374, en el que se recogió el primer reconocimiento médico legal realizado a la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda. El fallo del *a quo* se fundamentó en los testimonios técnicos rendidos por los médicos William Fernando Lenis Rengifo y Oscar Ortiz Montoya, y la historia clínica (a la que reconoció valor probatorio) con base en los cuales afirmó que la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros fue “atendida de forma permanente y continua por los médicos de la institución” (fl.256 cp).

Así mismo, que la paciente “al momento de la intervención quirúrgica tenía 69 años de edad, con tendencia a la hipertensión y a la arteriosclerosis (sic), según los galenos fueron estas circunstancias las que complicaron a la dama, con posterioridad a la operación, un trombo obstruyó la arteria ilíaca externa, que era la que debía irrigar con sangre la pierna, razón por la cual se produjo el necrosamiento y perdida (sic) de esta. Hay que anotar que a doña Alba Inés con

anterioridad se le había retirado la matriz, el ovario izquierdo y una trompa por las mismas causas” (fls.256 y 257 cp).

Luego de su análisis, el *a quo* concluyó que la “explicación sencilla y didáctica de los profesionales de la medicina señalan a este Tribunal, que los actos médicos fueron idóneos e indicados para la patología que presentaba la paciente, si al final se dió (sic) la pérdida (sic) por amputación del miembro inferior, esto no puede atribuirse a impericia o descuido del cuerpo médico sino a las condiciones personales de salud preexistentes de la señora Alba Inés” (fl.257 cp).

4. El recurso de apelación.

El 14 de marzo de 2001 la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 22 de agosto de 2000 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual fue concedido por el *a quo* mediante providencia del 2 de abril de 2001 (fl.261 cp).

5. Actuación en segunda instancia

1 Mediante auto del 22 de junio de 2001 el despacho corrió traslado a la parte actora para que sustentara el recurso de apelación (fl.266 cp).

2 La parte actora en la oportunidad legal presentó por escrito la sustentación del recurso en el que reiteró lo manifestado en otras instancias procesales, agregando:

En primer lugar, que el Tribunal debió aplicar el régimen de la falla presunta al caso, lo que no hizo, puesto que la “correspondía entonces a la entidad demandada demostrar en que (sic) forma fue cumplida su obligación, que se entiende es de medio, y si el tratamiento médico quirúrgico dado, se hizo acorde con todas las exigencias exigidas (sic) por el buen servicio y la *lex artis*” (fl.269 cp).

En segundo lugar, afirmó que la “cirugía que requería la señora **ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS**, era una cirugía de alto riesgo, que requería ser practicada en una institución de mayor nivel y con el concurso de un cirujano

vascular a quien efectivamente se recurrió, pero después de causado el daño” (fl.270 cp).

En tercer lugar, manifestó que había sido necesaria la presencia del cirujano vascular en la intervención en la que le extirparon el tumor del ovario “máxime si los exámenes de laboratorio estaban indicando la presencia de una **“ateromatosis de la aorta abdominal”** y para un médico prudente, había podido prever que en casos de masas del tamaño de la que presentaba la paciente, era seguro que esa masa estuviera adherida a venas y arterias, que en su especialidad de ginecólogo no podía manejar fehacientemente como en realidad ocurrió, ya que el manejo de las mismas corresponde a un cirujano vascular. La sola presencia de la masa constituía un factor de riesgo de producirse un embolismo arterial, así lo declaró el médico OSCAR ORTIZ MONTOYA”. De este modo, concluyó que se “sometió a la paciente a un riesgo injustificado que le causó daño (sic) irreparables violando el artículo 15 de la ley 23 de 1981 (fls.270y 271 cp).

A lo anterior, agregó, que el médico ginecólogo que la operó “procedió imprudentemente a operarla y erró en cuanto al procedimiento que debió realizarse con el desgarre y rompimiento de las arterias y venas, escogiendo la LIGADURA de las mismas” (fl.272 cp).

En cuarto lugar, se afirmó que no hubo “un consentimiento realmente informado” al no explicarse a la paciente y a sus familiares “los riesgos que la intervención podría acarrear” (fl.271 cp).

Finalmente, para la parte actora no es cierto que la paciente estuviera en riesgo de muerte, porque no “se encuentra comprobado que el tumor fuera canceroso (fl.271 cp).

3 Por providencia del 9 de agosto de 2001 el despacho admitió el recurso (fl.276 cp) y por auto del 20 de septiembre de 2001 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y ordenó que en caso de solicitarse por Ministerio Público se surtiera el traslado especial para que emitiera su concepto (fl.291 cp).

4 La parte actora mediante escritos de 10 de septiembre y de octubre de 2001 presentó sus alegatos de conclusión reiterando lo manifestado en otras instancias procesales y agregando:

“Queda demostrado que la causa eficiente inmediata de la pérdida del miembro inferior derecho, fue la ligadura de las arterias que el médico LLANOS, que no era experto en la materia realizó en Buga, si la pierna estaba irrigada por un vaso como el (sic) lo dice y si hay obstrucción por la ligadura, se produce la necrosis o sea la muerte del tejido que fue progresando hasta llegar a la pérdida total de ese órgano de locomoción. Situación que no pudo ser remediada en Cali, en la Clínica de los Seguros Sociales, porque la atención que se le dio fue tardía, cuando ya la necrosis había hecho su daño, impidiendo que funcionara el BY PASS” (fl.296 cp).

5 La demandada Ministerio de Salud presentó sus alegatos de conclusión el 8 de octubre de 2001, en los que señaló que en lo respecta al Ministerio para endilgarle responsabilidad por fallas o faltas del servicio “se requiere que el hecho que ocasione el daño, se realice en función directa con la prestación del mismo, que constitucional o legalmente se le ha asignado o que lo haya asumido por su cuenta y riesgo, si tales presupuestos no se dan no puede deducirse responsabilidad alguna en su contra”. Para sustentar lo anterior, manifestó que desde 1975 en materia de prestación de los servicios de salud se produjo su descentralización, de tal manera que el Ministerio de Salud sólo era el rector de las políticas de salud **“pero no ejecuta ni presta servicios de salud”**. Así mismo, sostuvo que la ley 10 de 1990 le daba respaldo para afirmar que no es una entidad que preste directa o indirectamente los servicios de salud (fl.308 cp).

Adicionalmente, expresó que los médicos y personal auxiliar que atendió a Alba Inés Jaramillo de Libreros para la época de los hechos eran funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales “y por tanto agentes sin ninguna relación laboral, de subordinación o dependencia con el Ministerio de Salud” (fl.309 cp).

6 El Instituto de los Seguros Sociales mediante escrito de 9 de octubre de 2001 presentó sus alegatos reiterando lo manifestando en otras instancias procesales y agregando que en el expediente no obra “prueba alguna de la deficiencia, irregularidad o tardío funcionamiento del servicio o de la indebida atención médica brindada a la paciente, que sería el factor de imputación sobre el cual la parte actora pretende sustentar las pretensiones de la demanda” (fl.316 cp).

El Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1 Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 22 de agosto de 2000, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por los demandantes en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicado, la consideración como de alto riesgo de la intervención quirúrgica, la falta de atención especializada durante la intervención, la decisión de practicar un procedimiento quirúrgico errado, la existencia o no de consentimiento y la determinación de la prueba o no según la cual la paciente se encontraba en riesgo de muerte.

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

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 administrados¹, sin distinguir su condición, situación e interés². Como bien se sostiene en la doctrina,

¹ 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”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. 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.

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³; 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”⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, 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 pública⁵ tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) 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 a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, 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. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“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 libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁶.

² 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”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. 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.

³ “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”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁵ 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

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a 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”⁷.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁰.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹¹. 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”¹².

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁸ 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.

⁹ 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 25 de marzo de 2003.

¹⁰ “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/recpcj>], pp.6 y 7.

¹¹ “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 condicionados 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.

¹² MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluire del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”¹³. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹⁴.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial 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 proporcionalidad 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.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁵. 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”¹⁶.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

¹³ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁴ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

¹⁵ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

“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 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^{17”18}.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo

¹⁷ 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.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

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.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión¹⁹. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella”²⁰.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

4. El régimen de la responsabilidad por actividad médica

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación²¹,

¹⁹ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

²¹ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”²².

Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende

“... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”²³.

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”²⁴.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento,

²² Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

²³ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”²⁵.

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente²⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”²⁷.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

²⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

²⁷ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

(actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)²⁸ (subrayado fuera de texto).

5. Hechos probados.

- Certificado del matrimonio celebrado entre el señor Leonel Libreros y la señora Alba Inés Jaramillo (fl.5 c1)
- Registros civiles de nacimiento de: Héctor Fabio, Gloria Matilde y Alba Nelly Libreros Jaramillo (fls.6,7 y 8 c1).
- Resolución 03234 de 29 de septiembre de 1987 donde el señor Leonel Libreros presentó el 17 de octubre de 1986 en la seccional Tolima solicitud de prestaciones económicas por vejez (fls.9 a 11 c1).
- Tarjeta de comprobación de derechos para pensionados (fl.12 c1).
- Copia auténtica de la partida de bautismo de Alba Inés Jaramillo, de la Diócesis de Cartago expedida el 6 de octubre de 1986, hija legítima de Efraín Jaramillo y Trinidad Arce (fl.13 c1).
- Copia auténtica de la partida de bautismo de Fabio Arturo Jaramillo Arce, de la Diócesis de Cartago expedida el 29 de agosto de 1997, hijo legítimo de Efraín Jaramillo y Trinidad Arce (fl.14 c1).
- Copia auténtica de la partida de bautismo de Hernán Jaramillo Arce, de la Diócesis de Cartago expedida el 29 de agosto de 1997, hijo legítimo de Efraín Jaramillo y Trinidad Arce (fl.15 c1).
- Copia auténtica de la partida de bautismo de Luis Alberto Jaramillo Arce, de la Diócesis de Cartago expedida el 29 de agosto de 1997, hijo legítimo de Efraín Jaramillo y Trinidad Arce (fl.16 c1).
- Copia auténtica de la partida de bautismo de Honorio Jaramillo Arce, de la Diócesis de Cartago expedida el 29 de agosto de 1997, hijo legítimo de Efraín Jaramillo y Trinidad Arce (fl.17 c1).
- Copia auténtica de la partida de bautismo de María del Rosario Jaramillo Arce, de la Diócesis de Cartago expedida el 29 de agosto de 1997, hija legítima de Efraín Jaramillo y Trinidad Arce (fl.18 c1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Miriam Oliva Jaramillo Arce (fls. 1 y 2 c2).
- Servicios hospitalarios prestados por las enfermeras Rosmira Cuesta y Ofelia Rivas, a Alba Inés Jaramillo de Libreros (fl.19 c1).

²⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

- Autorización para intervención quirúrgica y otros procedimientos especiales del Instituto de Seguros Sociales, suscrita por Alba Inés Jaramillo de Libreros (fl.20 c1).

- Copia de la historia clínica en la que se consignó:

i) Hoja de resultado de la urografía excretora y colón por enma (sic) doble contraste, suscrito por el médico radiólogo Amanda Gárces N (fls.95 y 96 c1).

ii) Hoja de resultado examen de laboratorio, suscrito por el médico radiólogo Amanda Gárces en el que se opinó:

*“MASA SOLIDA PELVICA DERECHA DE GRAN TAMAÑO CON DIAMETROS MAYORES ANTEROPOSTERIOR 82 MM, TRANSVERSAL 91MM, Y EN LONGITUDINAL 110MM QUE APARENTAMENTE DEPENDE DEL OVARIO
HIDRONEFROSIS DERECHA CON RIÑÓN TERMINAL.
RIÑÓN IZQUIERDO COMPENSADOR.
ATEROMATOSIS DE LA AORTA ABDOMINAL.
NEGATIVO PARA METASTASIS HEPATICAS, RETROPERITONEALES O PELVICAS”* (fls.99 y 100 c1).

iii) Hoja de evolución de 5 de septiembre de 1995:

“Nota operatoria

Laparotomía clasificatoria Indicación T de ovario resección de tumor adherido a planos - ligadura incidental de V. Iliaca común e iliaca interna y de arteria iliaca interna y obturatriz Se deja area (sic) a retroperitoneo El cual se debe retirar cuando este (sic) produciendo < de 50 cc./día (sic)- y despues (sic) de 48 h [firmó el doctor Llanos].

5-09-95 16:00 Pte estable... presenta cianosis en pierna derecha, frialdad y disminución del pulso femoral. No tiene pulso medio, Se le informa al Dr Vallejo para valoración y al Dr. Llanos

5.09.95 Pte que presenta aumento del diametro (sic) del muslo... cianosis distal frialdad del MInf (sic) derecho Se remite a Cali [firmó el doctor Llanos]” (fl.24 c1).

iv) Hoja operatoria de 6 de septiembre de 1995 en la que se consignó:

*“Operación Practicada Laparotomía - Bypass iliaco-femoral Embolectomía (ilegible) Resección (sic) uréter Der (sic) Reimplante uréter Der (sic)”
Cirujano Dr. Caro (vasc.) - Murillo urologo (sic) Anestesista Dr. Camacho
Diagnóstico pre-operatorio trombosis vs ligadura art. Iliaca comun (sic) pop anexo Histerectomía (sic)... DESCRIPCION DE LA OPERACION
Hallazgos: - ligadura y trombosis Art. Iliaca comun (sic) Der - ligadura de vena iliaca Der comun (sic) y vena iliaca izqu - Desgarro en la union (sic) de iliacas con hematoma (ilegible) - Necrosis x Desvascularización de 1/3 distal uréter - Necrosis de Pared post. De vejiga (laterla-der) - todo el trayecto de iliacos-femorales poplíteo lleno de coagulos (sic) fromados. No se logra reflujo con Embolectomía (sic)*

Se retiran suturas previas

Identificación (sic) hallazgos

al (sic) explorar gran hematoma se evidencia desgarro de las venas iliacas de difícil (sic) control y produce abundante sangrado por lo cual se ligan proximal y distal con seda
Se disecciona Art iliaca comun (sic) con trombosis en segmento +- 5 cms
Se explora y repara Art femoral comun (sic)
Se realiza Anastomosis lat-term proximal con (ilegible) 4/0
Se realiza túnel x debajo liq. Inguinal
Anastomosis Tem-lat de injerto (ilegible) 4/0
Se realiza Embolectomia (sic) femoral prox y distal Extrayendose (sic) el MOLDE (ilegible) coagulos (sic) formados
No se obtiene reflujo
El injerto queda con buen flujo y peso por las 2 anastomosis
Cierre Hda femoral
Urología: Decide Reseccionar uréter distal - se reimplanta (ilegible) Se espátula cara posterior y se realiza anastomosis con catgun 3/0
Se CANULA con sonda nelatan 6/0 que se deja intravesical
Cierre vejiga catgun 2/0 2 planos...
NOTA AL FINAL DE Qx la Extremidad Der tiene cianosis Distal MOTEANO isquemico Desde los Maleolos a los dedos - Se espera q' (sic) se limite isquemia" (fl.22 ambas caras c1).

v) Hoja operatoria de 8 de septiembre de 1995 en la que se consignó:

"Operación Practicada amputación supracondilea Alta Cirujano Dr. W F Lenis R... Diagnóstico pre-operatorio ISQUEMIA IRREVERSIBLE M inf derecho Diagnóstico post-operatorio idem Piezas que se envían a examen patológico M inferior derecho... DESCRIPCION DE LA OPERACION 01- insicion (sic) circular (sic) supra-condilea alta 02 - Sección de tejidos blandos. Aspecto isquemico (sic) en tejidos profundos. Procedo a desbridar hasta encontrar musculos (sic) viables 03 - Disección de paquete vascular nervioso. Reparo seccion (sic) Ligadura. Vena y arteria totalmente trombosada... 04- Hay salida abundante liquido (sic) del intersticio por edema pero sin secrecion (sic) 05 - Seccion (sic) ósea del femur (sic) con sierra de Gigle 06 - Lavado exhaustivo (sic) con SSN y IVP 07 - Revision (sic) de hemostasia Sangrado escaso 08 - sutura de plano muscular y (ilegible) 09 - cierre de piel" (fl.23 c1).

vi) Hoja control post-anestésico de 8 de agosto (sic) de 1995, en la que se registró como hora de llegada las 13 pm y la clase de cirugía "Amputación supracondilea". El anestesiólogo fue el doctor Alzate (fl.21 c1).

- Oficio CB-1-527-98, de 23 de julio de 1998, suscrito por el Gerente IPS-Buga, en el que se consignó:

"1. La historia clínica de la Señor (sic) Alba Inés Jaramillo de Libreros, beneficiaria con numero (sic) de afiliación 040221482, se remitió a la clínica Rafael Uribe Uribe de Cali el 5 de septiembre de 1995, posterior a la intervención quirúrgica, extirpación de tumor ovario derecho, realizada por los especialistas gineco-obstetra doctor Carlos Alfredo Llanos; c) Cirujano (sic) general, doctor Alexander Vallejo; Anestesiólogo doctor Manuel

Delgado; Instrumentadora, técnica María Cristina Torres de García (ya jubilada), Auxiliares (sic) ayudantes, señora María Elena Martínez.

La paciente presentó complicaciones de índole vascular y fue remitida junto con la historia clínica, al nivel III para su valoración y manejo por especialista de cirugía vascular...

2. La intervención quirúrgica, tal como lo manifesté al inicio del presente oficio, fue practicada por los siguientes especialistas:

Cirujano Gineco-Obstetra Doctor Carlos Alf4redo (sic) Llanos

Cirujano General Doctor Alexander Vallejo

Anestesiólogo Doctor Manuel Delgado

Doctor Luis Arturo Bedoya Caviedes

3. La clínica Nuestra Señora del Carmen de Guadalajara de Buga, es una Institución Nivel II de Especialización

La intervención quirúrgica efectuada a la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros es de frecuente programación en la clínica Nuestra Señora del Carmen, en donde las posibles complicaciones se manejan adecuadamente en este nivel de prestación de servicios de salud.

A la complicación grave, surgida en este caso, se le dio el debido manejo remitiéndola al nivel de especialización que la misma requería, la clínica de referencia de Buga es la clínica Rafael Uribe Uribe, Nivel III, para valoración y definición de las conductas a seguir" (fls.11 y 12 c2).

- Copia del oficio CB-DRH-180 de 19 de junio de 1998, del Coordinador de Recursos Humanos del Seguro Social, en el que se relacionó los médicos que se encontraban en turno el 5 de septiembre de 1995:

"CLASE	NOMBRE DEL MEDICO	HORARIO DE TURNO	
PEDIATRA	EDGAR E PAZMIN	7 A.M	1 P.M
PEDIATRA	ALIRIO ZAFRA	1 P.M	4 P.M
PEDIATRA	ALIRIO ZAFRA	7 PM	10 P.M
CIRUJANO	ALEXANDER VALLEJO	7 A.M	7 P.M
CIRUJANO	JOSE LUIS LOPEZ	7 P.M	7 A.M
ANESTESIOLOGO P.M	MANUEL DELGADO	7 A.M	7
ANESTESIOLOGO A.M	MANUEL DELGADO	7 P.M	7
GINECOLOGO P.M	CARLOS A LLANOS	7 A.M	7
GINECOLOGO A.M	CARLOS A LLANOS	7 P.M	7
URGENCIAS P.M	MARIA T GONZALEZ	7 A.M	1
URGENCIAS P.M	NANCY ZUÑIGA	1 P.M	7
URGENCIAS 7A.M'	JOSE QUERUBIN	7 P.M	

- Copia de los turnos de los médicos cirujanos de agosto 11 a septiembre 10 de 1995 (fl.21 c2).

- Copia de los turnos de los médicos anestesiólogos de agosto 11 a septiembre 10 de 1995 (fl.22 c2).

- Copia de los turnos de los médicos ginecobstetricia de agosto 11 a septiembre 10 de 1995 (fl.23 c2).
- Copia de los turnos de los médicos urgencias de agosto 11 a septiembre 10 de 1995 [está enmendado] (fl.21 c2).
- Testimonio del doctor Carlos Alfredo Llanos Arciniégas, quien manifestó:

“La señora fue presentada a mi consulta en el seguro social por el doctor OSCAR ORTIZ por presentar un tumor de ovario, según un estudio ecografico (sic) que ya le habían realizado, dado que los tumores a esta edad deben descartarse que sean cancerosos, se procedió a realizar los estudios correspondientes, dentro de estos estudios se le realizó una escanografía (sic) que además de la masa tumoral (sic) mostraba acumulación de agua en el riñón del mismo lado pidiéndose (sic) la correspondiente interconsulta al urologo (sic) de la clínica del Seguro Social, al doctor CARLOS HERNANDEZ quien le realizó los estudios para determinar la función de dicho riñón encontrándose que estaba totalmente perdido. Se hizo la correspondiente valoración prequirurgica (sic) por medicina interna que realizo (sic) el doctor OSCAR ORTIZ. Posteriormente se valoró con un nuevo urologo (sic) el doctor ROMAN no recuerdo su nombre, para determinar el día en que se operaria (sic) (recepción (sic) del tumor [enmendado] y recepción (sic) del riñón), pero él consideró que solamente se sacara [enmendado] el tumor porque si este era maligno el tratamiento posterior era innecesario ya que se consideraba en este estado una paciente terminal, por lo cual la programe para una laparatomía (sic) clasificatoria (estado de compromiso a que ha llegado un tumor), la cual se realizó, dentro de esta cirugía se encontró ausencia quirúrgica del utero (sic) y una masa que ocupaba toda la pelvis derecha, se hizo recepción (sic) de esta masa, se ligo (sic) la parte terminal del uréter derecho y los vasos que nutrian (sic) dicha masa desde los vasos pelvicos (sic), con la colaboración del cirujano general doctor VALLEJO, con lo cual se encontró que la paciente presentaba disminución de la irrigación o de la circulación sanguínea (sic) hacia la pierna derecha, por lo cual se consideró que estaría iniciándose (sic) un proceso de coagulación intravascular [enmendado] lo cual ameritaba el concurso de un cirujano vascular en vista de que en la ciudad no existe tal especialista se decide remitir a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali. Esta fue la última vez que vi la paciente y oficialmente la última noticia que tuve de ella, nunca volvió a un control ni me llevo (sic) el resultado de la patología... PREGUNTADO: Cuando usted interviene quirúrgicamente a la señora ALBA INES JARAMILLO y retira una masa tumoral (sic) de su cuerpo, que (sic) otras falencias organicas (sic) detecto en dicha paciente? CONTESTO: Además de lo anotado de la lesión de riñón, habia (sic) un proceso aterosclerotico (sic) [enmendado] de los vasos pelvicos (sic) (acumulación de grasa o calcio dentro de las arterias) el compromiso de and se corrige adherencias, uniones anormales en este caso a los vasos pelvicos (sic) nos hicieron prever las complicaciones que podía presentar la paciente y buscar los recursos para solucionarlos (remitirla a la clínica Rafael Uribe Uribe, donde le podrían solucionarselos (sic)). PREGUNTADO: Teniendo en cuenta su experiencia (sic) como médico especialista y todas las circunstancias o afecciones que padecía (sic) la paciente, según su respuesta anterior, díganos (sic) si es posible que estas fallas organicas (sic) puedan producir en un paciente la pérdida de uno de sus órganos, más exactamente una de sus extremidades

inferiores? CONTESTO: Si, y no solamente de una extremidad si no (sic) que pueden llevar a la muerte, porque cuando hay una cirugía el cuerpo ayuda a detener la sangre formando un coagulo y el cual puede obstruir hacia adelante del flujo circulatorio ocasionando falta de circulación hacia la pierna o contra el flujo circulatorio llegando a (sic) corazón o a pulmones (tromboembolismo [enmendado]) que puede ocasionar la muerte, especialmente cuando se afectan las venas... PREGUNTADO: Cuando usted intervino quirúrgicamente a la señora ALBA INES JARAMILLO, observó en la paciente alguna disminución de la irrigación o circulación sanguínea (sic) que afectará (sic) alguna de sus piernas? CONTESTO: Se sospechaba esta lesión por lo cual se hizo la correspondiente remisión a la Clínica Rafael Uribe Uribe. PREGUNTADO: Diga qué atención médica con posterioridad a su cirugía podía impartirle un cirujano vascular a doña ALBA INES? CONTESTO: Sin ser mi especialidad (yo soy ginecoobstetra, no cirujano vascular) los principios generales de manejo son: determinar si hay o no obstrucción vascular y en caso de que (sic) lo haya hacer (sic) el reemplazo vascular si él lo considera como indicado. PREGUNTADO: Sabe usted si el tumor que extrajo (sic) a la señora ALBA INES estaba enraizado en la arteria iliaca interna de la paciente? CONTESTO: Este tumor tenía adherencias o enraizados desde la iliaca común que se divide en interna y externa, la interna es que irriga los organos (sic) de la pelvis y la externa es la que irriga el miembro inferior, todos estos vasos en mayor o menor grado tenían compromisos. PREGUNTADO: Diga doctor LLANOS si una vez culminado el procedimiento médico por usted frente a esta paciente, usted le suministro (sic) alguna información a los familiares de la misma y las consecuencias o condiciones de la paciente? CONTESTO: Al terminar la cirugía (sic) y al salir del quirófano (sic), habían unos familiares que no recuerdo que relación de parentesco tenían con la señora y les explique lo complicado que había sido la cirugía y la necesidad que había de remitirla a otro centro, específicamente (sic) a la Clínica Rafael Uribe Uribe, ya que la atención que podíamos (sic) brindarle en la clínica ISS de Buga, era la pertinente al nivel que nos corresponde y que el resto del manejo correspondía a la Clínica Uribe Uribe. PREGUNTADO: Se dice en el proceso que la señora ALBA INES JARAMILLO al momento de la cirugía (sic) contaba con 69 años de edad y que además tenía tendencias a la hipertensión y a la arteriosclerosis, diga si según su conocimiento esto pudo (sic) incidir en la pérdida de la pierna de la paciente? CONTESTO: Si tenemos en cuenta que la hipertensión es una de las complicaciones a las que puede llevar la arteriosclerosis diríamos (sic) que esta es una lesión que puede presentarse concomitantemente o a la vez. PREGUNTADO: Podiéndole (sic) de presente una evolución médica relacionada con la señora ALBA JARAMILLO diga si esta fue efectuada por usted y que (si) se informaba en la misma? CONTESTO: Hay una evolución fechada 5 de septiembre de 1995, nota operatoria aquí en esta nota esta resumido lo que se le hizo en el quirófano (sic) el tipo de cirugía laparotomía (sic) clasificatoria, la indicación que tenía, tumor de ovario, los detalles de la cirugía la recepción (sic) del tumor, las circunstancias de adherencia especiales a los planos adyacentes que nos llevan a realizar ligadura incidental de las venas iliaca común e iliaca interna y de las arterias iliaca interna y obturatriz y las medidas que se tomaron por la complicación que habíamos (sic) tenido que era el sangrado (2.000 cms de hemorragia), aparece además dos evoluciones por el anestesiólogo (sic) doctor DELGADO y otra por mi (sic) en el cual se determina que había compromisos en la circulación del miembro inferior derecho y que se remitía (sic) a Cali... PREGUNTADO: En hoja operatoria de fecha 6 de septiembre

de 1995, se lee el siguiente diagnóstico (sic) preoperatorio TROMBOSIS CONTRA LIGADURA ARTERIA ILIACA COMUN, sirvase (sic) doctor explicar el significado de este diagnóstico? CONTESTO: En ambos casos lo que se quiere determinar es la obstrucción de dicho vaso, sea por un trombo en el caso de la trombosis o de material de sutura en la ligadura, en el caso de la paciente tenía los dos procesos ya que se había (sic) hecho ligadura que posiblemente estaba llevando a una coagulación. PREGUNTADO: Quiere decir lo anterior que la ligadura de la arteria iliaca pudo ser la causa de la necrosis que presentó la paciente en su pierna derecha? CONTESTO: Es absolutamente claro que si (sic), la pierna ha sido ligada se corrige irrigada por un vaso y si hay obstrucción en ese vaso tiene que producirse la necrosis que es la pérdida de un tejido cuando no hay irrigación... PREGUNTADO: Esa lesión en las arterias a las que usted se refiere en respuesta anterior se produjo dentro del procedimiento quirúrgico practicado a la señora ALBA INES JARAMILLO por usted? CONTESTO: Según aparece en la hoja operatoria descrita anteriormente y en la hoja operatoria de lo que se realizó en Cali, dicen lo mismo en la cirugía hubo manipulación de los vasos y estos presentaron trombosis... PREGUNTADO: Ha manifestado usted que la señora ALBA INES JARAMILLO antes de la operación presentaba problemas de hipertensión, arteriosclerosis, todo esto unido a la edad de la paciente y al gran tamaño que mostraba el tumor y la ubicación del mismo, tal como lo indicaban los exámenes (sic) del laboratorio examinados (sic) por usted, no hacían (sic) previsible que la señora JARAMILLO pudiera presentar dentro del procedimiento quirúrgico complicaciones como las que efectivamente presentó? CONTESTO: Ninguno de los exámenes (sic) muestra se corrige mostraba que había (sic) compromiso vascular por lo cual se realizó la intervención y si había un compromiso tumoral (sic) que hacía necesaria la cirugía. PREGUNTADO: Ha dicho usted que previo a la operación la señora JARAMILLO presentaba problemas de arteriosclerosis que pueden llegar a producir trombo, dada esta situación, su edad, no hubiera sido mejor remitirla para su operación a un centro asistencial médico (sic) donde se contara con todos los recursos médicos (sic) y humanos para atender situaciones graves como la que efectivamente se le presentó (sic) a esta paciente? CONTESTO: Como conteste en la pregunta anterior el compromiso vascular se determinó dentro de la cirugía no antes, por lo cual era imposible remitir con la paciente abierta para encontrar el recurso humano para solucionar la complicación que presentó esta paciente, pacientes con diagnósticos similares y exámenes (sic) de laboratorio similares (sic) se han operado en esta Clínica sin el compromiso vascular que presentó esta paciente, el cual fue un hallazgo intraoperatorio por lo cual no se remitió (sic) antes de la cirugía a otro centro de mayor complejidad humana y técnica (sic). PREGUNTADO: Existía (sic) otro procedimiento diferente a la ligadura de arterias para hacer el reemplazo vascular o para remediar el rompimiento de la arteria, en caso afirmativo cual (sic) es el procedimiento y si ustedes estaban en capacidad de realizarlo? CONTESTO: Cuando un vaso sanguíneo (sic) está sangrando el evitar que sangre se llama ligadura o sea que si está abierto hay que cerrarlo, no existe ningún otro medio; cuando hay obstrucción si hay muchas técnicas algunas se pueden realizar aquí en Buga y otras no. PREGUNTADO: Sirvase (sic) manifestar al Despacho si los parientes o sea los hijos de la señora ALBA INES JARAMILLO le pidieron a usted antes de la operación que la paciente fuera remitida a Bogotá o a Cali, para que fuera operada habida cuenta de los quebrantos de salud que ella presentaba? CONTESTO: No que yo sepa... PREGUNTADO: La señora

ALBA INES JARAMILLO sale de la operación en la cual usted encontró graves problemas vasculares, hacia el medio día, pero solo es remitida a Cali en horas de la (sic) noche, no cree usted que hubo mora por parte de la Institución en la remisión (sic) de esta paciente dado su estado de gravedad? CONTESTO: La paciente se le inició la cirugía hacia el medio día y se terminó hacia las cuatro o cinco de la tarde y la anestesia duró más o menos dos horas después de la misma y hacia las seis de la tarde se realizó la remisión correspondiente y se informó a la Jefe de enfermería (sic) para que coordinara el transporte de dicha paciente, la parte urgente de una lesión vascular es la hemorragia la cual ya se había detenido dentro de la operación, la solución de la obstrucción si era que la había (sic), por que (sic) en ese instante presumíamos (sic) que iba a ver esa complicación no que la hubiera” (fls.255 a 259 c2).

- Testimonio rendido por el doctor Oscar Ortiz Montoya, quien afirmó:

“... La conocí en el año 95 debido a que un familiar de ella, un hijo de ella que vive en Ibagué (sic) y que fué (sic) compañero de estudio mio (sic) en el Académico, me solicitó (sic) el favor de que la valorara para una cirugía y le ayudara para que el procedimiento quirúrgico planeado se le hiciera lo mas (sic) pronto posible ya que como yo era subgerente de Salud en esa época tenía ingerencia (sic) en la programación quirúrgica. PREGUNTADO: Informe al despacho que tratamiento se le realizó a la señora ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS SI HUBO (sic) necesidad de operarla y como evolucionó la operación? CONTESTO: Me dí cuenta que a la paciente se le planeó (sic) una cirugía para extirparle masa pélvica (sic) y la cual se efectuó en el día programado, la paciente debido a su gran compromiso con la o por la masa tuvo complicaciones vascular (sic) y fué (sic) remitida a Cali... PREGUNTADO: Diga si usted tiene conocimiento si a la señora ALBA INES JARAMILLO cuando ingreso (sic) al Instituto de los SEGUROS SOCIALES de Buga a solicitar servicios médicos se le prestó atención medica (sic), oportuno (sic), idonea (sic), permanente y continua? CONTESTO: Si a la señora se le prestó todos los servicios que requirió tanto para su valoración prequirúrgica como para su procedimiento quirúrgico, y se le dió (sic) un trato preferencial debido que (sic) su patología lo requería, y personalmente hable (sic) con el doctor LLANOS para que se le hiciera el procedimiento lo más pronto posible y así se hizo. PREGUNTADO: Diga (sic) su (sic) usted intervino en el procedimiento prequirúrgico y en caso afirmativo que evidencio (sic) en la salud de la paciente? CONTESTO: Si (sic) yo hice la valoración prequirúrgica y la paciente tenía hipertensión arterial y una masa pélvica (sic). PREGUNTADO: Tuvo usted conocimiento de los resultados de la cirugía efectuada por el ginecoobstetra doctor CARLOS A LLANOS? CONTESTO: Al día siguiente de la cirugía se me informó que la paciente había tenido una complicación intraoperatoria y había sido remitida a la ciudad de Cali para ser valorada por el cirujano vascular” (fl.262 ambas caras c2).

- Testimonio rendido por el urólogo doctor Carlos Alberto Hernández, quien manifestó:

“PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la historia clínica que se le pone de presente que pertenece al proceso y corresponde a la señora ALBA INES JARAMILLO, diga si allí existe alguna nota suya que indique que usted tuvo

alguna participación como galeno en el procedimiento impartido a esa paciente en esta ciudad de Buga? CONTESTO: Si hay una interconsulta fechada julio 12 de 1995 en la cual se conceptúa que la señora tiene una masa pelvica (sic) la cual ha causado daño severo en el riñon (sic) derecho, procede de larga data ya que se encuentra un riñon (sic) terminal; Urología (sic) sirve como servicio (sic) de apoyo por su problema renal que es consecuencia de su patología primaria la cual es la masa o tumor pelvico (sic). PREGUNTADO: teniendo en cuenta la historia clínica que se le pone presente (sic), correspondiente a ALBA INES JARAMILLO, díganos si allí consta algún antecedente que después de efectuada su cirugía en Buga pudiera ocasionar la perdida (sic) de una de sus extremidades inferiores? CONTESTO: Aunque yo solo manejo la parte urológica opino primero si el riñon (sic) derecho estaba practicamente (sic) acabado el proceso tumoral causaba gran daño a las estructuras anatómicas al rededor (sic) de dicha masa, segundo leyendo la historia y apoyado en la escanografía se concluye que dicha masa es de gran tamaño lo cual hace más agresivo su comportamiento no pudiendose (sic) descartar que halla (sic) compromiso de las estructuras vasculares (posible trombo tumoral), tercero se vé (sic) también en el informe la presencia de ateromas de la aorta abdominal, o sea cumulos (sic) de grasa y tritus en la luz de dicha arteria. PREGUNTADO: Díganos de manera concreta si teniendo en cuenta los antecedentes o afecciones del organismo de esa paciente que usted menciona en respuesta anterior, si ello pudo ocasionar después de la cirugía en Buga la perdida (sic) de la pierna de la señora ALBA INES JARAMILLO? CONTESTO: La embolia de los ateromas es algo impredecible pero si puede ser causa de inqwenia (sic) y posterior necrosis de un órgano lo que o miembro (sic) lo que obliga ya sea a extirpación o amputación” (fls.263 y 254 c2).

- Testimonio rendido por el médico cirujano Héctor Fabio Arango Piedrahita, quien afirmó:

“PREGUNTADO: Informe al Despacho, si usted tuvo conocimiento de que (sic) a la señora ALBA INES JARAMILLO fuera intervenida quirúrgicamente en el Seguro Social de esta ciudad, en caso positivo que (sic) clase de intervención se le realizó y como (sic) evolucionó la misma? CONTESTO: Si a ella se le intervino en la Clínica en septiembre de 1995, por un tumor de ovario y ella se complicó en el posquirúrgico inmediato y fue remitida a la Clínica Rafael Uribe Uribe, yo con la señora no tuve ningún trato de médico-paciente, pero si tuve acceso a la historia clínica de la señora y por lo que quedo (sic) consignado allí durante el acto quirúrgico de estirpación (sic) del tumor este se encontraba adherido a la arteria iliaca y al ser estirpado (sic) se rasgo (sic) la arteria teniendo un sangrado de más o menos 1.500 centímetros cúbicos, para evitar que se desangrara esta arteria fue ligada y se procedió con la intervención quirúrgica, ya en la base de recuperación posquirúrgica inmediata la paciente refirió mucho dolor en la pierna derecha, se le colocó calor local y al continuar con el dolor se remitió a la Clínica Rafael Uribe Uribe. Al ligarse el sistema profundo a ella le quedaba el sistema superficial para la irrigación del miembro inferior, el cual por lo que leía en la historia clínica se tromboso (sic) y a la paciente hubo que amputarle la pierna desde la articulación... PREGUNTADO: Siendo que a la paciente ALBA INES JARAMILLO previa su intervención quirúrgica se le practicaron diversos exámenes que daban cuenta del gran tamaño del

tumor, de la ubicación del mismo hacia la ingle derecha, que presentaba problemas de ateromatosis de la aorta abdominal, todas estas circunstancias no hacían posible prever que durante el acto quirúrgico se presentarían complicaciones de origen vascular como las que efectivamente se presentaron (sic)? CONTESTO: No es posible prever (sic), o sea la paciente fue evaluada por el cardiólogo, quien diagnóstico que el riesgo anestésico (sic) y quirúrgico se podía manejar aquí en la Clínica ya que en todo acto quirúrgico el riesgo (sic) que corre el paciente es la muerte puesto que está sometido a una anestesia y no sabe como (sic) va a responder este paciente en el momento de la reanimación, pero los especialistas siempre manejan la situación riesgo-beneficio, ante la evaluación hecha por el cardiólogo (sic) quien definía la posibilidad de operar aquí, el beneficio era salvarle la vida a esta paciente como en realidad se hizo, porque el 90% de los tumores de ovario en mujeres posmenopausicas (sic) son malignos y posteriormente tienen una sobrevivida (sic) del 50% a 5 años, en el caso de esta paciente se opero (sic) en la Clínica cumpliendo con todos los requisitos que exige el protocolo de manejo de estos pacientes y en este momento esta paciente está viva. PREGUNTADO: Según lo contestado por Ud. anteriormente, con el cuadro tan grave que presentaba la paciente no hubiera sido mejor para ella remitirla a un centro hospitalario de nivel de más alta especialización donde se le pudiera brindar una mejor asistencia médica con el concurso de médicos especializados en otras áreas como la vascular que efectivamente necesito (sic) ella? CONTESTO: No, porque a ella se le evaluó el riesgo quirúrgico aquí... además al tratar de ver las cosas de manera retrospectiva si la paciente presentaba una ateromatosis importante en la aorta abdominal esta misma ateromatosis la tenía en el resto del organismo o sea en las arterias del miembro inferior derecho y si se hubiera operado en la Clínica Rafael Uribe Uribe posiblemente el desenlace hubiera sido el mismo, porque el cirujano vascular puede corregir un daño en un sitio determinado pero un daño vascular generalizado como el que presentaba esta paciente no lo puede corregir, entonces posiblemente el desenlace hubiera sido el mismo, ya que por la localización del tumor el riesgo sino (sic) se operaba era que la paciente falleciera y si se operaba posiblemente era la complicación vascular. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si era tan inminente el riesgo de muerte que la señora ALBA INES JARAMILLO presentaba antes de la operación que no diera lugar a realizar interconsulta con médicos particulares o que no diera lugar a remitirla a un centro verdaderamente especializado? CONTESTO: Precisamente porque el riesgo de muerte no era inminente fue que los especialistas se decidieron a operar aquí... PREGUNTADO: Sírvase manifestar si la ligadura de arteria era el único procedimiento viable para subsanar la ruptura de la arteria en ese momento o si existía otro procedimiento tal como el Bypass para remediar esta situación? CONTESTO: Es obvio que ligando la arteria que se rompió para evitar que la paciente falleciera por sangrado, el procedimiento de bypass se realiza en una intervención programada. Quiero aclarar que el bypass es para corregir una lesión, cualquier lesión como una obstrucción, un aneurisma o una malformación, la ruptura o el rasgado el método (sic) de lesión inmediato es la ligadura, porque para programar un bypass se debe conocer el sitio de la lesión y no todos los pacientes son candidatos a éste procedimiento, puesto que si tienen una ateromatosis importante esto impediría estos procedimientos, en el caso de la paciente fue una ruptura durante el acto quirúrgico que se remedio (sic) ligando la arteria... PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si la ligadura de la arteria iliaca fue la causa de la necrosis (sic) y posterior pérdida del miembro

inferior derecho de la señora ALBA INES JARAMILLO? CONTESTO: Normalmente los seres humanos en el organismo tenemos sistemas alternos de circulación, el ligarle la arteria iliaca derecha no fue una elección programada sino una urgencia vital porque de no haberlo hecho la paciente hubiera fallecido en la mesa de cirugía, los especialistas ligaron la arteria para evitar su fallecimiento sabiendo que el aporte sanguíneo al miembro inferior se podía dar por sistema arterial superficial y arterias perforantes pero al parecer este sistema no funcionó por el grado de ateromatosis que tenía la paciente, dicho de otra manera si a la paciente no se le liga esta arteria habría fallecido durante la intervención quirúrgica” (fls.267 a 269 c2).

- Testimonio rendido por el médico cirujano vascular William Fernando Lenis Rengifo quien expresó:

“Aclaro que he recordado en parte el caso de la señora Alba Inés Jaramillo, gracias a la rápida lectura realizada en este despacho de la historia clínica, el 8 de septiembre de 1995 me correspondió someter a amputación supracondilea alta del miembro inferior derecho a la paciente en mención, por encontrar signos clínicos claros de isquemía (sic) irreversible de la extremidad. Los hallazgos clínicos fueron confirmados en el acto operatorio, encontrando tejidos no viables (necróticos) y vasos arteriales y venosos totalmente tronbosados (obstrucción por coagulos –sic-). Según nota operatoria del 6 de septiembre, la paciente fue sometida a un by (sic) pass iliaco femoral mas embolectomía (sic) y reimplante del uréter derecho, encontrando que al final de este acto quirúrgico la paciente ya presentaba signos isquémicos a nivel de el (sic) pie, como consta en la nota en mención... Posteriormente la isquemía (sic) y la infección evolucionó, por lo cual recomendé desarticulación a cargo del ortopedista (sic) de turno por corresponder a su especialidad... PREGUNTADO Por qué razón la señora Alba Inés Jaramillo llegó a ese estado crítico por el cual hubo de amputarle la pierna, teniendo en cuenta (sic) que usted conoció su historia clínica y conoció a profundidad el caso. CONTESTO Por falta de riego sanguíneo a la extremidad... PREGUNTADO A la señora Alba Inés Jaramillo se le practicó una intervención quirúrgica en Buga para la recesión de un tumor adherido a planos y en dicha intervención quirúrgica se produjeron desgarres de la (sic) arterias y venas iliacas, procediendose (sic) por el personal médico de Buga a su ligadura. Cuando se presenta un desgarre de estos casos el procedimiento a seguir es necesariamente el de la ligadura de las arterias o existen otros procedimientos, aplicables en esos casos. CONTESTO El manejo de tumores adheridos a vasos es difícil (sic), pues los tejidos se involucran de tal manera que no permiten ser separados (en la mayoría de los casos) unos de otros. La ligadura pretende evitar un sangrado que a este nivel podría ser fatal, en cuanto con estudios de imagen se documenta mejor el caso para proceder a revascularizar (by pass). El otro procedimiento de contar con el especialista y las condiciones técnicas adecuadas, podría haber sido la revascularización o by pass. Las limitantes en estos casos no son solamente técnicas o de recurso humano, sino de la condición del paciente durante el acto quirúrgico... PREGUNTADO Quiere decir... que por falta de irrigación sanguínea en el miembro inferior derecho a causa de la ligadura de su arteria se produjo la trombosis en ese miembro inferior, según lo consignado en nota de historia clínica del 6 de septiembre de 1995 que finalmente llevó a la necrosis de dicho miembro. CONTESTO... Pero, la ligadura de un vaso arterial puede

conducir a trastornos circulatorios que dependiendo del nivel al cual se realiza lleven a una Isquemia (sic)... PREGUNTADO En el transcurso del tiempo, desde el momento mismo en que se le causó el desgarre en su arteria a la señora Alba Inés Jaramillo y la consiguiente ligadura de la misma hasta el momento en que le fue realizado el by pass, influyó en la gravedad de la paciente... CONTESTO... Me es imposible predecir en cuanto tiempo puede necrosarse un miembro, pues esto depende de las condiciones circulatorias en que pueda haber quedado la paciente después de la ligadura vascular. Hay casos que evolucionan rápidamente mientras que otros dan algún margen de espera. Los cambios Isquemicos (sic) se pueden comenzar a presentar inicialmente sin ser irreversibles y su evolución hacia la necrosis no siempre puede predecirse... En el momento en que asumí el caso ya existía (sic) necrosis irreversible, no supe antes como llegó, ni como (sic) evolucionó en el tiempo... PREGUNTADO En respuesta suya anterior, manifestó que la arteria que debía (sic) estar irrigando la extremidad se encontraba obstruida. Podría (sic) explicar a qué se debió ese fenómeno. CONTESTO Basado en las notas de la historia clínica es posible que la obstrucción se deba al no funcionamiento del by pass... PREGUNTADO Considera usted que la edad de la paciente influyó a la (sic) creación de coagulos (sic) y trombos que obstruyeran la arteria, además de la hipertensión que esta sufría (sic) CONTESTO Si (sic). La hipertensión arterial y la arterioesclerosis pueden predisponer una trombosis arterial... PREGUNTADO Considera usted entonces, que la paciente una vez llegada a la Clínica Rafael Uribe Uribe debía (sic) ser intervenida inmediatamente o debía (sic) esperar estar en mejor estado, después (sic) de la primera intervención. CONTESTO Cuando los médicos debemos escoger entre salvar una extremidad o salvar la vida del paciente, optamos por la segunda opción... pero habiendo (sic) sometida a una cirugía de una masa tumoral en pelvis su estado general podría (sic) estar comprometido y en ese caso es mas (sic) seguro compensar el estado general del paciente antes de otra intervención a no ser que exista un riesgo inminente de muerte. PREGUNTADO De acuerdo a su especialización, manifieste al despacho qué sucede cuando (sic) tumor involucra una arteria iliaca. Cómo debe proceder el médico ante esta eventualidad. CONTESTO El tumor puede comprimir externamente la arteria y dependiendo de su tamaño esta compresión puede ocasionar obstrucción de la misma, puede también producir solo signos inflamatorios en la pared de la arteria, puede englobarla sin comprometerla, pero este caso es raro. Entonces el médico debe estudiar el tipo de tumor y la naturaleza y riesgo del mismo y en que (sic) grado compromete la estructura vascular involucrada para así definir la conducta” (fls.197 a 203 c1).

- Testimonio rendido por Luis Felipe Echeverry Gallego, en el que manifestó:

“Yo conocí a doña ALBA JARAMILLO físicamente (sic) normal e inclusive ella practicaba deporte en la tercera edad, ella se le presentó de pronto (sic) un dolor en la ingle que el SEGURO no le pudo detectar que (sic) clase de enfermedad era lo cual (sic) un médico que visitaba el barrio en aquella época, particularmente, cuyo nombre no recuerdo y él fué (sic) el que le detectó (sic) que ella tenía un tumor ya que el SEGURO no lo había detectado en exámenes (sic) anteriores que era lo que ella tenía. Después de esto o sea que el dictamen que dió (sic) el médico particular el SEGURO (sic) como al año decidió operarla, de allí para acá las consecuencias que

se le vinieron de la pérdida (sic) del miembro o sea la pierna derecha, de allí para acá tanto ella como la familia han sufrido una depresión psicológica, también como consecuencia de esto se vinieron los gastos económicos de esta familia que desde el primer momento de que (sic) la operaron tuvieron que conseguir una enfermera continua para que le hiciera las curaciones y la atendiera permanentemente y como a doña ALBA la tenían en Cali después (sic) de la operación, como un año la tuvieron en Cali, don LEONEL el esposo tuvo que conseguir una persona para que atendiera los oficios domésticos aquí en la casa, a la enfermera la pagaban la suma de cinco mil pesos (\$5.000) por curación más el transporte, lo mismo sucedió a la persona que consiguieron acá en Buga o sea a la que atiende las labores domésticas le pagan el salario mínimo la que está hasta ahora; esto ha sido un problema económico y moral para la familia ya que la pensión que devenga el esposo de la señora ALBA es muy poco, pues de allí para acá la situación de esta familia es lamentable tanto económica como psicológica pues (sic) doña ALBA no pudo seguir ejerciendo actividades ni deportivas ni laborales, ella le [enmendado] dá (sic) mucha tristeza ver a sus compañeras que asisten a sus actividades gimnásticas (sic) y deportivas y ella no poder hacerlas; además ella participaba en todos los paseos que organizaba el grupo de la tercera edad" (fl.246 ambas caras c2).

- Testimonio de María Luisa Hernández de Morales, en el que afirmó:

"Hace doce años que los conozco a doña ALBA JARAMILLO, al esposo de ella don LEONEL a sus tres hijos... un año antes sufrió, antes de la operación sufrió un dolor en la ingle y entonces estuvo yendo a los SEGUROS le deban droga pero ella seguía mal, entonces acudió a un médico de allí de Palo Blanco que fué (sic) el que le descubrió la enfermedad, pues (sic) ella tenía un tumor, a partir de eso fué (sic) ella al SEGURO y le hicieron exámenes y ya después fué (sic) que la intervinieron dejándola en ese estado en que se encuentra actualmente, pues (sic) le cortaron la pierna, quedando inutilizada, antes de la operación ella era una persona muy activa, participaba en gimnasia, ya no pudo volver, era muy alegre y no pudo volver en vista de su enfermedad de la operación ya no pudo volver a nada. PREGUNTADA: Informe al despacho si sabe a que se dedica en la actualidad la señora ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS, que persona atendía las labores domésticas antes de la incapacidad y quién se dedica a ellas luego de la incapacidad de la señora JARAMILLO DE LIBREROS? CONTESTO: La señora ALBA no se dedica a nada ahora porque esta inutilizada, pues (sic) sufre mucho porque sufre depresiones, pues (sic) la (sic) labores que ella desempeñaba las estaba haciendo una señora a quién (sic) le pagan el mínimo pues (sic) cuando doña ALBA estuvo operada en Cali le tuvieron que pagar una enfermera para la (sic) curaciones, le pagaban cinco mil pesos (\$5.000) por cada curación, esto era tres veces al día, también tuvieron que dejar la casa de Buga para irse para Cali para estar pendientes de doña ALBA... PREGUNTADA: Dígame al despacho si usted vivía cerca de la residencia de la señora ALBA INES JARAMILLO y si la visitaba con frecuencia? CONTESTO: Si señor soy vecina de ellos y la visitaba con frecuencia, pues (sic) siempre la he visitado con frecuencia. PREGUNTADA: Diga si cuando la señora ALBA INES JARAMILLO fué (sic) operada en Cali usted fue a visitarla en alguna oportunidad, en caso afirmativo en qué sitio si lo recuerda? CONTESTO: Yo fui al Seguro Social TOMAS URIBE dos veces (sic). PREGUNTADA: Dígame al despacho como tuvo usted conocimiento que a la señora ALBA INES

JARAMILLO le contrataran una enfermera para atenderla y que le pagaran la suma de cinco mil pesos? CONTESTO: Si señor, me consta porque ellos me dijeron o sea don LEONEL el esposo de ella y las hijas también"... PREGUNTADO (sic): Díga (sic) si sabe como (sic) era el estado anímico antes y después de la cirugía del tumor? CONTESTO: Ella era muy alegre, teja (sic) muy animada y después de la operación quedó muy triste, muy acongojada, y llora mucho, al igual que la familia sufre mucho por el estado de doña ALBA" (fl.249 ambas caras c2)

- Testimonio de Luz Marina Narváez de Saldarriaga, quien manifestó:

"Si hace mas (sic) o menos quince años que la conozco a ella, igualmente conozco a la familia de ella... yo los conozco a ellos porque son mis vecinos, yo los visito porque voy a darle animo (sic) a doña ALBA esto debido a que ella perdió una pierna debido a una operación que le hicieron en el SEGURO SOCIAL de esta ciudad, a ella la operaron hace unos tres años, debido a esto tuvieron que vender todas sus cositas porque se fueron para Cali porque a doña ALBA la remitieron para Cali y como ella no quería volver a Buga, tuvieron que alquilar un apartamento en esa ciudad, para poder pagar el arriendo allá... PREGUNTADA: Diga el despacho si usted tuvo conocimiento de gastos hechos con motivo de la intervención quirúrgica que se le hizo a la señora ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS? CONTESTO: En el momento que ella llegó a Buga tuvieron que conseguir quién hiciera los quehaceres y quién la lidiara a ella, entonces consiguieron una señorita que estuviera constantemente con ella hasta el día viernes (sic), porque el sábado ya llegan los hijos. PREGUNTADA: Diga la despacho si se da cuenta como (sic) ha afectado emocionalmente, patrimonialmente a los demandantes la lesión que sufriera la señora ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS? CONTESTO: Emocionalmente toda la familia quedó traumatizada por lo que ella no hace sino llorar, entonces se confunde la familia, la invitan a salir y no sale porque mantiene muy traumatizada, patrimonialmente como ellos viven de una pensión ellos se ven alcanzados a ratos, porque como ella era que hacía todo, ahora les toca es pagar"... PREGUNTADA: Sabe usted donde quedaba el apartamento en Cali y si fué (sic) en alguna oportunidad a visitarla? CONTESTO: No no (sic) llegue (sic) a ir a visitarla, porque ella no quería que la vieran así. PREGUNTADA: Diga si usted tiene conocimiento si la familia LIBREROS JARAMILLO contrató alguna persona para que atendiera a la señora ALBA INES en caso afirmativo lo que usted sepa al respecto? CONTESTO: Si la señorita que la atiende en este momento se llama RAQUEL VELEZ, ella le ayuda en la casa en los quehaceres y a ella (sic) que tienen que liquidarla, a ella le pagan el mínimo, trabaja de siete de la mañana a seis de la tarde" (fl.253 ambas caras c2).

- Testimonio de María Raquel Vélez Vélez, en el que expresó:

"La conozco a doña ALBA INES y a toda su familia esto hace unos quince años... en ese tiempo ella iba mucho al SEGURO SOCIAL porque tenía una pequeña molestía (sic) por la ingle después de tanto verla y revisarla no le encontraron nada; en una ocasión tuvo la oportunidad de que la viera un médico particular el cual a base (sic) de exámenes (sic), le encontró una péquela masa pélvica, entonces dpña ALBA INES volvió al SEGURO,

verificaron con los exámenes (sic) que había mandado el médico particular y diagnosticaron que si tiene un tumor, de allí la programaron a cirugía y el doctor LLANOS que fué (sic) quién (sic) la operó, en consecuencia la operación no salió como la esperaban, pues esta operación no daba para que ella fuera a perder su pierna, posteriormente fue enviada a Cali hasta donde yo la conocí yo puedo dar fé (sic) de que (sic) su pierna se fué (sic) pudriendo, ya después de esto su familia se fué (sic) a Cali y allá la siguieron tratando controlandole (sic) el malo dela (sic) pierna porque poco a poco se le iba pudriendo; varias veces tuvieron que someterla a cortarle por periodos (sic) su pierna, más o menos ella estuvo como unos dos o tres meses en la clínica (sic) URIBE en Cali, pues (sic) paso (sic) por una serie de traumas, la familia tuvo que recurrir a pagar enfermera particular para hacerle sus curaciones periódicamente (sic), esta enfermera [enmendado] la pagaba don LEONEL no se cuanto, ellos alcanzaron a estar como un año en Cali, en ese transcurso ellos tuvieron que vender muebles y enseres o cosas de la casa para poder pagar a la enfermera, luego se regresaron para Buga, eso fué (sic) en noviembre del 96, como me conocían y he sido una persona de confianza de la familia. PREGUNTADA: Diga al despacho si sabe que (sic) persona atendía (sic) las labores domésticas antes de la incapacidad de la señora ALBA INES y quién se dedica a ellas luego de la incapacidad que le produjo la pérdida (sic) de su pierna? CONTESTO: Antes de ser operada ella se dedicaba a los quehaceres de la casa, después de su operación aquí en Buga en este momento yo, yo laboro en la casa de ella desde el 2 de noviembre del 96. PREGUNTADA: Diga al despacho si se da cuenta que la familia (sic) LIBREROS JARAMILLO tuviera [enmendado] gastos motivados con la intervención quirúrgica (sic) que le realizaron a doña ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS? CONTESTO: Si señor, nada mas pagandome (sic) mis servicios y la persona misma de ella con droga a mí me pagan el mínimo. PREGUNTADA: Sabe si la familia LIBREROS JARAMILLO fué (sic) afectada emocionalmente y patrimonialmente a consecuencia de la lesión de la señora ALBA INES? CONTESTO: Totalmente, porque cuando doña ALBA INES era una persona muy activa, muy entusiasta, después de este trauma ha sido una persona totalmente diferente, una persona retraída muy nerviosa y con sus dolencia (sic) que constantemente la mortifican precisamente debido al problema de la cirugía (sic) que no se halla [enmendado] en ninguna forma ni sentada ni parada... PREGUNTADA: Teniendo en cuenta la fecha a que ustedes (sic) alude en una respuesta anterior diga concretamente para que (sic) clase de servicio fué (sic) usted contratada por la familia LIBREROS JARAMILLO y quién en concreto la contrato (sic)? CONTESTO: Fui contratada para cuidarla, ayudarla en su aseo, en su arreglo personal y me contrató don LEONEL LIBREROS... PREGUNTADA: Sobre la remuneración que usted cobra por los servicios a la familia LIBREROS JARAMILLO queda alguna constancia sobre ese pago? CONTESTO: No, porque ellos me pagan en efectivo" (fls. 254 ambas caras y 255 c2).

- Testimonio rendido por el señor Alvaro Bernal González, en el que afirmó:

"Sí, conozco a la señora ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS de trato y vista y comunicación desde hace 25 años, porque ella es vecina mía (sic) y vive en la calle 13ª con carrera 27 esquina... PREGUNTADO: IGUALMENTE LE RUEGO INFORMAR AL DESPACHO SOBRE SU APRECIACION SOBRE LAS REPERCUSIONES QUE TUVO LA INFORTUNADA OPERACION SOBRE EL ESTADO ANIMICO, COMO

MORAL DE SU SEÑOR ESPOSO, LEONEL LIBREROS E HIJOS Y DEMAS FAMILIARES. CONTESTO: “Esa familia quedo (sic) destrozada completamente, don LEONEL LIBREROS casi que se enloquece, los hijos quedaron moralmente destruidos, la casa que tienen en Palobloando la desocuparon y salieron de todo lo que tenían para poder irse a Cali y estar cerca de doña ALBA, casi tienen que vender la casa, me doy cuenta por ser vecino de ellos, HECTOR FABIO que se encontraba en Costa Rica se tuvo que venir, la familia casi se acaba moral y sicológicamente (sic, enmendado)” (fl.11 ambas caras c3).

6. Problema jurídico

De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: determinar si la amputación del miembro inferior derecho de la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros se produjo como consecuencia de la falla del servicio en la prestación del servicio médico en la que incurrió la entidad demandada y el personal médico que la trató durante toda la actividad médica.

7. Daño antijurídico.

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño consistente en la amputación del miembro inferior derecho de la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros, como se estableció en el “Reconocimiento Médico Legal” realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, determinándose tres aspectos en los que materialmente se constata el daño: a) deformidad física permanente; b) pérdida anatómica de miembro; c) perturbación funcional del órgano de locomoción de carácter permanente, y; d) perturbación psíquica secundaria a daño corporal de carácter permanente (fls.234 y 235 c1).

8. La imputación de la responsabilidad

1 El *a quo* encontró que no cabía imputar el daño a la entidad demandada atendiendo a tres aspectos concretos:

- Si bien el daño pudo ser antijurídico, este no es el resultado ni de la acción, ni de la omisión de la entidad demandada, ya que la atención médica prestada fue permanente y continua.

- La relación de causalidad se vio afectada por la concurrencia de factores precedentes relacionados con las condiciones de salud que presentaba la

paciente previo a la intervención quirúrgica, constituyéndose en elementos determinantes al momento de revelarse los efectos pos-operatorios que derivaron en la remisión a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, y a la consiguiente intervención para la amputación de su miembro inferior derecho.

- En cualquier caso, no hubo incumplimiento a los deberes jurídicos que se desprenden de este tipo de actividad, por el contrario consideró el *a quo* que el acto médico fue idóneo e indicado para la patología que padecía la paciente.

2 Para la parte actora como apelante, el Tribunal debió orientarse en la resolución del caso fundándose en el régimen de la falla presunta, teniendo en cuenta las siguientes cuestiones:

- La intervención quirúrgica a la que fue sometida el 5 de septiembre de 1995 Alba Inés Jaramillo de Libreros era de alto riesgo lo que exigía: i) su realización en una institución o centro médico de mayor nivel a la IPS de Buga; ii) debió contarse con el concurso de un médico cirujano vascular, teniendo en cuenta que de los exámenes se indicó la presencia de una “ateromatosis de la aorta abdominal”.

- La intervención quirúrgica fue practicada por un médico ginecólogo, el que no podía tener un manejo “fehaciente” de las situaciones médicas de la paciente.

- Otro factor de riesgo que había era que la presencia de la masa tumoral podía desencadenar un “embolismo arterial”.

- Hubo error en el procedimiento (se entiende quirúrgico) al producirse el desgarre, rompimiento de arterias y venas, y al haberse escogido la ligadura como método.

- Se vulneró el consentimiento informado, al no explicarse los riesgos que la intervención podía acarrear.

3 Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla probada (que ya fue señalado en apartados anteriores). Y debe recordarse, como lo hace la doctrina extranjera:

“Lo que nunca podrá presumirse es la relación de causalidad que habrá que demostrar en cualquier ámbito tanto civil como administrativo y el problema concreto será el de determinar si los daños acaecidos han sido causados por las deficiencias sanitarias –o por la actuación de la Administración Pública Sanitaria sin más- o simplemente por la naturaleza del enfermo o por otra causa”²⁹.

A lo que se agrega, que cabe la posibilidad de considerar la flexibilización de la carga de la prueba en atención a las circunstancias especiales del caso y a la falta de cooperación de la entidad demandada que después de haber sido requerida en varias ocasiones no allegó al proceso copia de la historia clínica completa de la paciente Alba Inés Jaramillo de Libreros, pese a lo cual la copia de la misma aportada por la parte actora obró durante todo el proceso, dándose la oportunidad de controvertir, sin olvidar que el precedente de la Sala indica que la renuencia a aportar la historia clínica constituye un indicio³⁰.

4 Con las pruebas relacionadas, se encuentra acreditado que la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros fue intervenida quirúrgicamente el 5 de septiembre de 1995 al presentar un tumor en el ovario derecho, en la IPS-Buga del Instituto de los Seguros Sociales. En las horas de la tarde de ese mismo día, la paciente manifestó dolor y enfriamiento en su pierna derecha, síntomas que exigieron la presencia del doctor Llanos médico que la intervino quien después de valorarla encontró la necesidad de su remisión a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali para que fuera tratada por medicina vascular. En ese sentido, consta que la señora Jaramillo de Libreros fue trasladada después al finalizar la tarde del 5 de septiembre de 1995 a la mencionada Clínica, donde fue recibida en el servicio de ginecología del que fue remitida a valoración por el médico cirujano vascular, lo que se produjo determinándose por el doctor Caro y por el doctor Lenis Rengifo la necesidad de practicar una nueva intervención al encontrar que la pierna derecha de la paciente presentaba “necrosis irreversible” lo que implicaba que debía realizarse la amputación del miembro inferior derecho de la paciente, lo que se produjo en sucesivas intervenciones.

Como resultado de lo anterior, en el primer reconocimiento médico legal practicado a Alba Inés Jaramillo de Libreros por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se encontró:

²⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.598.

³⁰ Sentencia de 31 de agosto de 2006. Exp.15772.

*“1- Paciente entra caminando ayudada de un caminador.
2- Cicatriz hipertrófica, hipertrófica, mediana infraumbilical hasta el pubis de laparotomía (sic).
3- Muñón de amputación a nivel de articulación coxofemoral derecho por exarticulación; se observan cicatrices hipertróficas, hipertróficas, ostensibles y perfectamente visibles.
4- Se observa fístula con material seroso a nivel inguinal...
... Lesiones compatibles con elemento cortante.
Se establece incapacidad médico legal definitiva de sesenta (60) días contados desde el día de los hechos.
Como secuela se fija:
Deformidad física de carácter permanente
Pérdida anatómica de miembro.
Perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente.
Perturbación síquica secundaria a daño corporal de carácter permanente” (fls.234 y 235 c1).*

5 Conforme a la valoración conjunta de la prueba allegada al proceso, se logra establecer como hecho indicado y determinante que las deficiencias en la intervención quirúrgica practicada a Alba Inés Jaramillo de Libreros no fue ajustada no sólo a los riesgos inherentes a la misma, sino también a las exigencias que debían cumplirse cuando había compromiso vascular como lo señaló el médico cirujano vascular Lenis Rengifo, como por lo manifestado por el médico Héctor Fabio Arango Piedrahita, quien incluso manifestó que la paciente presentaba “daño vascular generalizado” y, como se desprende de lo dicho por el médico urólogo Carlos Alberto Hernández, para quien por el tamaño del tumor cabía la posibilidad de comprometer estructuras vasculares, a lo que se agregaba que en el examen realizado se detectó una ateromatosis de la aorta abdominal como condicionante.

Como consecuencia de las complicaciones vasculares, lo que representa cierta gravedad al momento de estudiar el asunto, está probado que el mismo día, horas después de la intervención quirúrgica en la que se resecó el tumor que padecía en el ovario, la paciente manifestó dolor y molestias en su miembro inferior derecho, lo que tuvo como respuesta su remisión a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, pero si advertirse de su urgencia, habiendo sido atendida el día siguiente, momento en el cual los médicos Caro (que no acudió al proceso) y Lenis Rengifo valoraron a la misma y encontraron que presentaba “necrosis irreversible” en su miembro inferior derecho, cuyo pronóstico se encaminaba a la amputación del mismo para evitar complicaciones que comprometieran su vida.

Desde lo fáctico, la construcción de la relación causal se encuentra en lo afirmado en los testimonios rendidos por los médicos tratantes de Alba Inés Jaramillo de Libreros en los diversos momentos en los que se desplegó la actividad médica prestada a la paciente, se revela que no se tuvo en cuenta por los médicos de la entidad demandada en Buga todas las condiciones del paciente al momento de llevar a cabo la intervención quirúrgica, pues desde el examen de laboratorio realizado por la doctora Garcés se advirtió que la paciente presentaba una “masa sólida pélvica derecha de gran tamaño”, así como padecía una ateromatosis de la aorta abdominal.

Precisamente en la nota operatoria de 6 de septiembre de 1995 se dejó consignado:

“DESCRIPCION DE LA OPERACION Hallazgos: -ligadura y trombosis Art. Iliaca comun (sic) Der - ligadura de vena iliaca De comun (sic) y vena iliaca izqu-Desgarro en la union (sic) de iliacas como hematoma (ilegible) - Necrosis x desvascularización de 1/3 distal uréter - Necrosis de Pared post”.

Este argumento se sustenta, también, en lo manifestado por el propio doctor Llanos Arciniégas médico que realizó la intervención quien al relatar el procedimiento quirúrgico realizado afirmó que resecada la masa pélvica y aplicada la técnica de la ligadura de los vasos,

“... se encontró que la paciente presentaba disminución de la irrigación o de la circulación sanguínea (sic) hacia la pierna derecha, por lo cual se consideró que estaría iniciándose (sic) un proceso de coagulación intravascular (enmendado) lo cual ameritaba el concurso de un cirujano vascular en vista de que en la ciudad no existe tal especialista se decide remitir a la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali”.

Y si bien el mismo doctor Llanos Arciniégas manifestó que el compromiso vascular sólo se determinó intraoperatoriamente, así como que la intervención quirúrgica a la que fue sometida Alba Inés es frecuente y no representó en casos similares compromiso vascular alguno, se trata de un aspecto que la entidad demandada no acreditó suficientemente, por el contrario, la falta de valoración de las condiciones de la paciente (además de su edad y de su hipertensión arterial) como elemento determinante para que se produjera el compromiso vascular que desencadenó la amputación de su miembro inferior derecho, se liga tanto a estas, como a las condiciones de la masa o tumor pélvico que se debía resecar, como lo señaló el doctor William Fernando Lenis Rengifo:

“El manejo de tumores adheridos a vasos es difícil (sic), pues los tejidos se involucran de tal manera que no permiten ser separados (en la mayoría de los casos) unos de otros. La ligadura pretende evitar un sangrado que a este nivel podría ser fatal, en cuanto con estudios de imagen se documenta mejor el caso para proceder a revascularizar (by pass). El otro procedimiento de contar con el especialista y las condiciones técnicas adecuadas, podría haber sido la revascularización o by pass. Las limitantes en estos casos no son solamente técnicas o de recurso humano, sino de la condición del paciente durante el acto quirúrgico” (subrayado fuera de texto).

“Pero la ligadura de un vaso arterial puede conducir a trastornos circulatorios que dependiendo del nivel al cual se realiza lleven a una Isquemia (sic)...

El tumor puede comprimir externamente la arteria dependiendo de su tamaño esta compresión puede ocasionar obstrucción de la misma, puede también producir solo signos inflamatorios en la pared de la arteria, puede englobarla sin comprometerla, pero este caso es raro. Entonces el médico debe estudiar el tipo del tumor y la naturaleza y riesgo del mismo y en que (sic) grado compromete la estructura vascular involucrada para así definir la conducta” (subrayado fuera de texto).

Se estaba, por tanto, ante la posibilidad de compromiso vascular por el tamaño del tumor o masa pélvica a resecar, lo que no se tuvo en cuenta debidamente al momento de practicar la intervención quirúrgica por los médicos de la entidad demandada en Buga. Y esto se confirma con lo manifestado por el médico urólogo Carlos Albertó Hernández,

“... segundo leyendo la historia y apoyado en la escanografía se concluye que dicha masa es de gran tamaño lo cual hace más agresivo su comportamiento no pudiendose (sic) descartar que halla (sic) compromiso de las estructuras vasculares (posible trombo tumoral) tercero se vé (sic) también en el informe la presencia de ateromas de la aorta abdominal, o sea cumulos (sic) de grasa y tritus en la luz de dicha arteria” (subrayado fuera de texto).

Es inadmisibles, conforme a los medios probatorios valorados, que no se haya tenido en cuenta la complejidad y el riesgo adecuadamente que implicaba la intervención quirúrgica a la que fue sometida la paciente, ya que independientemente de la oportunidad en su atención en los centros médicos, lo determinante es que se actuó sin corresponderse con la amenaza que representaba el tamaño del tumor para las estructuras vasculares, lo que desencadenó en el pos-operatorio la “necrosis irreversible” del miembro inferior derecho de la paciente y su amputación.

Por lo tanto, es indiscutible que en el presente caso se configuró una falla en la prestación del servicio médico, radicada no en la forma en que se dispuso la atención, sino en la manera en que los medios disponibles y la capacidad para realizar una intervención quirúrgica de tal complejidad y riesgo se llevó a cabo sin contar con todos los exámenes adicionales que procedía para establecer si el tumor estaba o no afectando estructuras vasculares, sin que haya participado un médico cirujano vascular y con cierta negligencia la momento de practicar otros procedimientos sin que los médicos que participaban en la intervención contaran con los conocimientos e idoneidad suficientes, ya que se trataba de una institución de segundo nivel de atención, como lo era la IPS-Buga del Instituto de los Seguros Sociales.

En ese sentido, la Sala considera que después de valorar conjunta, armónica y coherentemente las pruebas, la intervención quirúrgica practicada a la paciente fue inapropiada considerada en su integralidad, si bien se procedió a la resección del tumor. El gran tamaño del tumor y la falta de exámenes y la valoración por un cirujano vascular previo a la intervención habría permitido abordar de otra manera las complicaciones vasculares de las que derivó posteriormente la amputación del miembro inferior derecho de la paciente, lo que lleva a concluir con certeza que el daño antijurídico es imputable al Instituto de los Seguros Sociales como entidad demandada.

Teniendo en cuenta los anteriores extremos, si bien se trata de un normal procedimiento quirúrgico para reseca un tumor en un ovario, del mismo se derivaron consecuencias respecto de las cuales se infiere una suerte de anormalidad.

La Sala al fundamentarse en esta teoría, aprecia que el daño causado a la paciente resulta de una denominada “secuela irrazonable” producto de una intervención quirúrgica, evento en el cual la falla probada de la entidad demandada radica en lo que alumbra el acervo probatorio, al permitir determinar que la amputación del miembro inferior derecho de Alba Inés Jaramillo de Libreros ha sido consecuencia directa, lo que se refleja como hecho indicado, de la prestación inadecuada del servicio de salud³¹. Y si como se manifestó por el

³¹ El Consejo de Estado español en su labor consultiva dejó plasmada esta tesis en dos dictámenes: i) de 7 de octubre de 1993, en el que señaló: “... *no cabe sostener que cualquier secuela natural derivada de una intervención quirúrgica deba dar lugar a una indemnización por parte de la Administración. Los efectos normales (frente a los anormales) no generan derecho a tal indemnización*”; ii) de 26 de mayo de 1994, según

Gerente de la IPS-Buga en su oficio de 1998 y en su testimonio por el médico Carlos Llanos se trataba de una intervención que con frecuencia se practicaba en la Clínica Nuestra Señora del Carmen de esa ciudad, la realidad probatoria indica claramente que la amputación del miembro inferior derecho de Alba Inés Jaramillo de Libreros no podía constituir una secuela razonable, una consecuencia natural o lógica de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, sino que por el contrario se trató de una situación extraña y proco frecuente que produjo como consecuencia graves secuelas físicas y psíquicas.

No sólo quedó demostrado que la actividad médica desplegada ante la complejidad y riesgo de la intervención a la que fue sometida Alba Inés Jaramillo de Libreros fue omisiva, desde la perspectiva de lo inadecuado al no tenerse en cuenta debidamente las condiciones de la paciente al momento de la intervención quirúrgica, y no se trata de aquellas propias a las enfermedades de base³², pues había una amenaza y riesgo de compromiso vascular, lo que a juicio del médico cirujano vascular Lenis Rengifo hacía aconsejable y prudente la presencia, consulta o valoración previa a la intervención quirúrgica por un médico cirujano vascular (que como quedó reflejado en el acervo probatorio, en la IPS de Buga donde fue atendida, no se contaba con dicho especialista) y adoptar las medidas que éste indicara, sin que haya lugar a aplicar principios generales de medicina (como lo señaló el médico Llanos Arciniégas), para realizar durante el procedimiento quirúrgico y en su caso adoptarlas para dar una mayor garantía en la técnica menos gravosa para la salud de la paciente, lo que no ocurrió y configuró la falla del servicio en cabeza de la demandada.

Luego, si la intervención quirúrgica se realizó sin el respeto a la precaución que exigía la situación del tamaño del tumor o masa pélvica y de la ateromatosis de aorta abdominal que presentaba la paciente, se imponía al cuerpo médico que

el cual: *“La cuestión determinante para resolver sobre la procedencia o no de la indemnización solicitada consiste en determinar si las secuelas que padece el reclamante han sido consecuencia directa (o se han visto sensiblemente agravadas) por una inadecuada prestación sanitaria, en este caso el retraso de las actuaciones precisas para alcanzar el correspondiente diagnóstico”*. Citados en CUETO PÉREZ, Miriam. *“Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario”*, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp.863-864.

³² Según el precedente de la Sala de 24 de enero de 2011. Exp.17547: *“A esto, cabe agregar a la Sala que la demandada no logró probar que la enfermedad de base del menor Daniel Mauricio era de carácter catastrófico, o que su desenlace en cualquier caso derivaría siempre en la muerte del menor, pues todo lo contrario se evidencia con las pruebas periciales, los informes rendidos, los testimonios técnicos y las declaraciones de los médicos que atendieron o trataron al menor, lo que hace más pesada la carga de la entidad demandada ya que no puede entenderse que la puesta al servicio de tantos médicos y de los servicios es la única forma de definir las obligaciones en la prestación de la actividad médica, sino que también, y sin constituir un resultado, lo es el seguimiento, el control y la procura por adelantar todos los estudios y exámenes que permitan la aplicación de un tratamiento, que habría podido cambiar las circunstancias de supervivencia del paciente”*.

realizó la intervención quirúrgica prever el riesgo de compromiso vascular, y en armonía con esto, adoptar las medidas especiales que la ciencia médica contempla para evitar complicaciones como la isquemia, la necrosis, o la afectación vascular, o sus efectos, como lo fue la necesidad de amputar el miembro inferior derecho de la paciente.

Conforme a lo anterior, y desde lo fáctico la relación de causalidad encuentra respaldo probatorio entre el acto médico quirúrgico y la omisión y la falta de previsión del compromiso vascular al que debía atenderse en las especiales circunstancias de Alba Inés Jaramillo de Libreros. En tanto que, desde la imputación jurídica, queda acreditado que el cuerpo médico que realizó la intervención estaba en el deber jurídico de i) adoptar decisiones quirúrgicas con la suficiente ponderación y proporcionalidad; ii) faltó verificar el riesgo vascular. De acuerdo con el médico cirujano vascular Lenis Rengifo y con lo declarado por el propio médico Llanos Arciniégas, dichas fallas se infieren indiciariamente como determinante del daño antijurídico causado. Sin duda, como se señala en el precedente de la Sala en este tipo de eventos cabe afirmar que el compromiso vascular tenía un grado suficiente de probabilidad y era, en todo caso, un efecto previsible y evitable³³.

A lo que se agrega, conforme al precedente de la jurisprudencia constitucional:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”³⁴

En tanto que el precedente de la Sala nos indica que,

“Tratándose de la prestación del servicio médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud”³⁵ subrayado fuera de texto).

Dicha carga se refuerza cuando, además, se trata de sujetos que deben ser objeto de especial protección, o consideradas sujetos de especial protección

³³ Sentencia de 31 de agosto de 2006. Exp.15772.

³⁴ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

³⁵ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17655.

constitucional³⁶, como ocurre con las personas de la tercera edad, a los que la carga de atención y prestación del servicio de salud exige la adopción de mayores precauciones al momento de realizar tratamientos o procedimientos quirúrgicos.

7 En cuanto al consentimiento informado, debe decirse que el expediente no obra prueba alguna de la parte demandante en la que se corrobore lo manifestado en la demanda o en el recurso de apelación, lo que no es óbice para reiterar el alcance de dicho concepto. Si bien la parte actora no demostró que se haya incumplido el deber de información y se haya vulnerado el consentimiento expresado por la paciente y por los familiares al momento de practicarle la intervención, la Sala encuentra oportuno señalar que no se puede agotar el deber de información y se concreta dicho consentimiento con la simple formalidad de la “autorización de servicios”, ya que su trámite comprende el acceso y la calidad de la información, siguiendo tanto el precedente jurisprudencial constitucional³⁷, como de la Sala³⁸.

Sin duda, la exigencia del consentimiento informado cuando se trata de intervención quirúrgica implica el deber de informar efectos secundarios de un tratamiento médico³⁹, y debe estar precedido de una información adecuada⁴⁰. Tal como lo señala la doctrina autorizada:

“Se entiende por consentimiento informado el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual éste último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta”⁴¹.

En nuestro caso, si bien la parte actora no demostró que se haya vulnerado el consentimiento informado, y la entidad demandada no acreditó que éste constituyera una casa exonerativa, la Sala debe precisar que casos como el presente exige que se module el alcance del consentimiento informado en los siguientes términos:

³⁶ Corte Constitucional, sentencias T-674 de 15 de julio de 2004; T-1228 de 28 de noviembre de 2005; T-675 de 30 de agosto de 2007.

³⁷ Corte Constitucional, sentencias T-477 de 1995; T-412 de 6 de mayo de 2004; T-216 de 29 de febrero de 2008..

³⁸ Sentencia de 3 de mayo de 2007. Exp.16098.

³⁹ Corte Constitucional, sentencias T-1021 de 30 de octubre de 2003; T-1229 de 28 de noviembre de 2005.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-762 de 11 de agosto de 2004.

⁴¹ RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. 1ª ed. Barcelona, Bosch, 2004, p.115. CARRASCO GÓMEZ, J.J. *Responsabilidad médica y psiquiatría*. 2ª ed, Madrid, 1998, p.84.

“El derecho de los pacientes a ser informados no puede ser entendido en el sentido de que deba alcanzar todos y cada uno de los efectos que, incluso en hipótesis extremas, pudieran derivarse de la intervención; pero sí al menos que se le comunique una secuela “más frecuente” en este tipo de intervención”⁴².

Después de examinar los medios de prueba allegados al expediente, la Sala revocará la decisión apelada para declarar la responsabilidad patrimonial del Instituto de los Seguros Sociales.

9. Perjuicios

9.1. Perjuicios morales.

Es connatural que la pérdida del miembro inferior derecho afectó no sólo en la dimensión física a Alba Inés Jaramillo de Libreros, a su esposo e hijos, como se puede deducir también el dolor en su debida proporción que afectará a sus hermanos. Obra en el acervo probatorio el certificado de matrimonio entre el señor Leonel Libreros y Alba Inés Jaramillo (fl.5 c1), los registros civiles de nacimiento de Héctor Fabio, Gloria Matilde y Alba Nelly Libreros Jaramillo (fls.6 a 8 c1) y las partidas de bautismo de Fabio Arturo, Hernán, Luis Alberto, Honorio, María del Rosario y Myriam Oliva Jaramillo Arce.

Con base en los precedentes expuestos y teniendo en cuenta que en este caso encontramos testimonios en los que se relata el dolor por el que tuvo que pasar Alba Inés Jaramillo de Libreros, su esposo, hijos y familia, así:

Luis Felipe Echeverry Gallego manifestó:

“... esto ha sido un problema económico y moral para la familia ya que la pensión que devenga el esposo de la señora ALAB es muy poco, pues de allí para acá la situación de esta familia es lamentable tanto económica como sicológica pues (sic) doña ALBA no pudo seguir ejerciendo actividades ni deportivas ni laborales, ella le (enmendado) dá (sic) mucha tristeza ver a sus compañeras que asisten a sus actividades gimnásticas (sic) y deportivas y ella no poder hacerlas” (fl.246 ambas caras c2).

En tanto que María Luisa Hernández de Morales afirmó:

⁴² RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria.*, ob., cit., p.289.

“... La señora ALBA no se dedica a nada ahora porque esta inutilizada, pués (sic) sufre mucho porque sufre depresiones... Ella era muy alegre, tejía (sic) muy animada y después de la operación quedó muy triste, muy acongojada, y llora mucho, al igual que la familia sufre mucho por el estado de doña ALBA” (fl.249 ambas caras c2).

Así mismo, Luz Marina Narváez de Saldarriaga señaló,

“Emocionalmente toda la familia quedó traumatizada por lo que ella no hace sino llorar, entonces se confunde la familia, la invitan a salir y no sale porque mantiene muy traumatizada, patrimonialmente como ellos viven de una pensión” (fl.253 ambas caras c2).

Finalmente, en su testimonio María Raquel Vélez Vélez, manifestó,

“PREGUNTADA: Sabe si la familia LIBREROS JARAMILLO fué (sic) afectada emocionalmente y patrimonialmente a consecuencia de la lesión de la señora ALBA INES? CONTESTO: Totalmente, porque cuando doña ALBA INES era una persona muy activa, muy entusiasta, después de este trauma ha sido una persona totalmente diferente, una persona retraída muy nerviosa y con sus dolencia (sic) que constantemente la mortifican precisamente debido al problema de la cirugía (sic) que no se halla (enmenedado) en ninguna forma ni sentada ni parada” (fl.254 ambas caras y 255 c2).

Valorados los anteriores medios probatorios y, en aplicación de las reglas de la experiencia, las cuales permiten que una vez este acreditado el parentesco, se presuma el dolor sufrido por los familiares de las víctimas de un daño la Sala decide dar aplicación a la presunción de que el dolor moral se presenta en su máxima intensidad entre padres e hijos y por tal razón ordenará conceder a los hijos la misma suma que le fue concedida al esposo.

Por otra parte, y como la sentencia del Tribunal fijó el valor de la indemnización de los perjuicios morales en gramos de oro, la Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del

juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

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

Pese a la anterior advertencia, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de los demandantes, en las cantidades siguientes:

Alba Inés Jaramillo de Libreros (víctima)	100 smlmv
Leonel Libreros (esposo)	100 smlmv
Héctor Fabio Libreros Jaramillo (hijo)	100 smlmv
Gloria Libreros Jaramillo (hija)	100 smlmv
Matilde Libreros Jaramillo (hija)	100 smlmv
Alba Nelly Libreros Jaramillo (hija)	100 smlmv
Fabio Jaramillo Arce (hermano)	50 smlmv
Hernán Jaramillo Arce (hermano)	50 smlmv
Luis Alberto Jaramillo Arce (hermano)	50 smlmv
Honorio Jaramillo Arce (hermano)	50 smlmv
María del Rosario (hermana)	50 smlmv
Myriam Oliva Jaramillo Arce (hermana)	50 smlmv

9.2. Perjuicios materiales.

En materia de perjuicios materiales los demandantes reclaman el pago de dos rubros: i) como daño emergente el pago de las sumas pagas a las enfermeras profesionales que atendieron a Alba Inés Jaramillo de Libreros. En cuanto a este tipo de perjuicios, se allegó al proceso documento privado en el que se consignó:

“SERVICIOS PRESTADOS A LA SRA. ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS. EN LA CLINICA “RAFAEL URIBE URIBE”. SEGUROS SOCIALES-CALI

50 turnos especiales en la noche, del 14 de Septiembre de 1995 al 2 de Noviembre de 1995.

A razón de \$25.000.00 c/u *\$1.250.000.00*

16 curaciones en la residencia a razón de \$5.000.00 c/u *\$ 80.000.00*

Turnos total *\$1.250.000.00*

Curaciones *\$ 80.000.00*

Gran total *\$1.330.000.00*

Estos servicios fueron prestados por las enfermeras ROSMIRA CUESTA, OFELIA RIVAS” (fl.19 c1).

Como se trata de un documento privado respecto del cual se convocó en dos ocasiones la audiencia de reconocimiento de documento sin haya sido posible realizarla, esto no es óbice para que se presuma su autenticidad y se le pueda dotar de valor probatorio al momento de determinar este tipo de gastos a título de daño emergente, en cumplimiento del artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que modificó el inciso 4º del artículo 252 del C. P. C. Dicha prueba, valorada conjuntamente con los testimonios que obran en el proceso permiten encontrar demostrados tales gastos, de manera que se liquidarán a título de daño emergente, para lo que se procederá a su actualización, de acuerdo a la formula empleada por la Sala:

$$Ra = Rh \quad x \quad \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Ra = 1.300.000 \quad x \quad \frac{107,12 \text{ (marzo 2011)}}{30,95 \text{ (noviembre 1995)}}$$

$$Ra = \$4.499.386$$

ii) En cuanto a los perjuicios a título de lucro cesante, no encuentra la Sala que este se haya acreditado por lo que no habrá lugar a su reconocimiento lo que se declarara.

9.3. Perjuicio fisiológico.

Finalmente, la parte actora reclamó el pago de la indemnización a título de perjuicio fisiológico, teniendo en cuenta la afectación que produjo la amputación del miembro inferior derecho de Alba Inés Jaramillo de Libreros. En cuanto a este tipo de perjuicio, el precedente de la Sala señala,

“... con la filosofía que enseña que toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a lo que restrinja, con el manejo del principio general del derecho que predica que la indemnización debe dejar ‘indemne’ a la víctima del daño injusto... esto es debe procurar una reparación integral que dicho daño ha causado en el patrimonio material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del valor que tiene la persona humana, no dentro del marco materialista ... ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una visión cristiana del hombre... el perjuicio fisiológico... exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar ‘otras actividades, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia’”⁴³.

Posteriormente, el precedente de la Sala delimita el perjuicio fisiológico de la siguiente manera,

“(1) ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca; (2) pertenecen a una categoría intermedia de daño y se conforman ya de perjuicios morales ya de perjuicios materiales, pero se diferencian puesto que están acompañados de una frustración de hacer una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual; (3) se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima; (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se produzcan a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más”⁴⁴.

Recientemente, el precedente de la Sala consolida el alcance de este perjuicio expresando,

“Los perjuicios fisiológicos, comprendidos dentro de lo que se ha denominado como grave alteración a las condiciones de existencia

⁴³ Sentencia de 6 de mayo de 1993. Exp.7428.

⁴⁴ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.255-256. Sentencia de 13 de junio de 1997. Exp. 12499.

derivadas de la afección que un perjuicio físico causa en el desarrollo social, personal del afectado cuando la lesión es de carácter permanente, se hayan acreditados en caso, puesto que si bien no se aportó una prueba idónea para el establecer que la afección hubiere producido en el paciente una disminución de su capacidad laboral, sí se acreditó que el hecho imputable a la Administración le produjo “deformidad física, perturbación funcional de miembro inferior derecho, perturbación funcional del órgano de la locomoción y perturbación funcional del sistema nervioso periférico. Todas las anteriores de carácter permanente”, según datos consignados en el dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal. Además, las declaraciones de Lindelia Peralta Paula y Carlos Astorquiza Aguierra relatan que el menor quedó cojo de una pierna, lo cual le produce serios problemas de locomoción, razón por la cual permanece constantemente acostado, puesto que no puede movilizarse por sí solo, ahora no ha vuelto a jugar, además sufre de constantes dolores, todo lo cual ha hecho que el desarrollo normal de su vida se vea afectado en un cien por ciento. Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra acreditado que con la actuación de la entidad demandada se causó un perjuicio a Luis Eduardo Toro Murillo que afecta en buena medida su desarrollo personal, social y sentimental, razón por la cual confirmará la sentencia en cuanto impuso una condena de 50 S.M.L.M.V., precisando que la misma deviene no sólo del perjuicio fisiológico sino de la grave alteración a las condiciones de existencia que sufre el lesionado”⁴⁵.

Siguiendo este último precedente, se encuentra que en el caso en concreto tampoco existe prueba idónea y suficiente para establecer la afección y su alcance en relación con Alba Inés Jaramillo de Libreros, ya que se trataba de una mujer de 69 años que no tenía actividad laboral propiamente, si se acreditó con base en el reconocimiento médico legal realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses **“Deformidad física de carácter permanente. Pérdida anatómica de miembro. Perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente. Perturbación síquica secundaria a daño corporal de carácter permanente”**. Así mismo, las declaraciones Luis Felipe Echeverry Gallego, Luz Marina Narváez Saldarriaga y de María Raquel Vélez Vélez relataron que la señora al quedar limitada por la amputación de su pierna ya no podía realizar actividades deportivas, recreativas y domésticas que venía efectuando antes de la lesión, lo que a demás la ha vuelto una persona dependiente. De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acreditado el perjuicio fisiológico reclamado por la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros derivado de la actuación de la entidad demandada que se lo causó, lo que afecta severamente su desarrollo personal, social, sentimental y la autonomía de locomoción, lo que lleva a condenar por este concepto a la entidad demandada a pagar 50 smlmv a la mencionada señora, precisándose que no se modifica la *causa petendi* al

⁴⁵ Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp.17050.

comprender que dicha indemnización comprende tanto el perjuicio fisiológico, como la grave alteración a las condiciones de existencia que vino a sufrir la paciente.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 22 de agosto de 2000, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLARASE patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales, como consecuencia de la amputación del miembro inferior derecho de la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros derivada de la falla en la prestación del servicio médico a ella suministrado.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENASE** al Instituto de los Seguros Sociales a pagar, por perjuicios morales, a favor de: Alba Inés Jaramillo de Libreros, Leonel Libreros, Héctor Fabio, Gloria, Matilde y Alba Nelly Libreros Jaramillo el valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En tanto que por el mismo concepto a favor de: Fabio, Hernán, Luis Alberto, Honorio, María del Rosario y Myriam Oliva Jaramillo Arce el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONDENASE a pagar, por concepto de daño emergente, a favor de los señores Alba Inés Jaramillo de Libreros y Leonel Libreros la suma de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$4.499.386.00).

CONDENASE a pagar, por concepto de perjuicios fisiológico a favor de la señora Alba Inés Jaramillo de Libreros el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero

de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CUARTO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen”

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Concepto ambiguo / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud. Reparación integral del daño

De otro lado, en relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado daño a la vida de relación y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, como lo demuestra el caso concreto que trata la sentencia, como también la confusión que se ha generado con la alteración a las condiciones de existencia. En mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

PERJUICIOS INMATERIALES - Tipología / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud. Perjuicio autónomo / DAÑO A LA VIDA DE RELACION / Daño de placer. Perjuicio autónomo / ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Modificación anormal del proyecto de vida. Perjuicio autónomo

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el préjudice d'agrément (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto "daño a la vida de relación", se mutó su nombre, para designarlo como "la alteración a las condiciones de existencia" (des troubles dans les conditions d'existence), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado. Como se aprecia, el daño a la salud –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento / DAÑO A LA SALUD - Lesión corporal

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –: los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos. Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño irrelevante.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., trece (13) de Abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-24-000-1997-03977-01(20480)

Actor: ALBA INES JARAMILLO DE LIBREROS Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y OTRO

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 13 de abril de 2011, en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con un aspecto contenido en la parte motiva de la providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, se modificó la sentencia del 22 de agosto de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y se declaró responsable a la entidad demandada de las lesiones irrogadas a Alba Inés Jaramillo de Libreros.

En relación con el denominado perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, en la providencia se concluyó:

“... De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala Acreditado el perjuicio fisiológico reclamado por alba Inés Jaramillo de Libreros derivado de la actuación de la entidad demandada que se lo causó, lo que afecta severamente su desarrollo personal, social, sentimental y de autonomía de locomoción, lo que lleva a condenar por este concepto a la entidad demandada a pagar 50 smlmv a la mencionada señora, precisándose que no se modifica la *causa petendi* al comprender que dicha indemnización comprende tanto el perjuicio fisiológico, como la grave alteración a las condiciones de existencia que vino a sufrir la paciente” (folio 50 de la providencia).

2. Fundamento de la aclaración:

De otro lado, en relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado *daño a la vida de relación* y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, como lo demuestra el caso concreto que trata la sentencia, como también la confusión que se ha generado con *la alteración a las condiciones de existencia*. En mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007⁴⁶, ha reconocido que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

⁴⁶ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007⁴⁷, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991, diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991,

⁴⁷ Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

En efecto, así se anticipó la Corte Suprema de Justicia durante el período de la corte de oro, cuando reflexionó en los siguientes términos:

“Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: “El mundo marcha, y la ley del progreso, que todo lo mueve, no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños, es entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos...”

“Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aun más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño...”⁴⁸

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la *restitutio in integrum* cuyo

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 1938, G.J. No.1932, pág. 58.

objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho⁴⁹.

Ahora bien, la reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual –civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares⁵⁰.

Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el

⁴⁹ “En otras palabras, el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo, de un individuo o de un grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad; este límite también se establece, como es obvio, en el caso contrario, es decir, cuando el juez niega la inclusión de un interés discutido, en la escala de los valores sociales.” CORTÉS, Edgar “Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 13.

⁵⁰ “lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 15.

perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversa forma, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera puntualizó lo siguiente:

“el PERJUICIO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACION, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia..... A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por

algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO...”

Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación⁵¹:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (*prejudice d'agrément*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano⁵².

“La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de “diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”.⁵³

“2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.⁵⁴

“Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.421, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵² Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T. II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág. 147.

⁵³ Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1989. p. 66.

⁵⁴ Ibidem, p. 67.

“3. El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzugeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.).

“(…)

“5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”⁵⁵, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el *nomen iuris* del citado perjuicio con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe *in extenso*⁵⁶:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión *perjuicio fisiológico*, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial - distinto del moral - es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

“De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física.⁵⁷ Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

“Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que - además del perjuicio patrimonial y moral - puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles.

“Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d’agrément* (perjuicio

⁵⁷ NAVIA ARROYO, Felipe. Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor Navia Arroyo precisa, además, que el concepto de daño fisiológico - de acuerdo con el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación - corresponde al de perjuicio de agrado, elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión daño fisiológico, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no sólo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.

de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente.

“En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima - daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión - daño material -, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.⁵⁸

“Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor Henao Pérez, en el texto citado.⁵⁹

“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, utilizada por la doctrina

⁵⁸ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros. M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁵⁹ Ibid. p.p. 252 a 263.

italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

“Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles.” (Cursivas del original - negrillas adicionales).

Por último, en recientes pronunciamientos⁶⁰ del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para designar ese “específico” perjuicio que desde el año 1993 fue avalado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para indemnizar no sólo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., como se hizo a partir de la sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, ya transcrita.

En efecto, en sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, se sostuvo:

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que *“rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su*

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero, con aclaración de voto del ponente sobre esta materia.

*relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.*⁶¹

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por *alteración grave de las condiciones de existencia*, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

“En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a **la expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”

“Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la *alteración de las condiciones de existencia* resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

“Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que *“para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo*

⁶¹ Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), Actor: JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS, Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”⁶².

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d’existence*⁶³ pueden entenderse como “una **modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos**”⁶⁴ o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”⁶⁵.

“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”⁶⁶ (negritas y cursivas del original - subrayado adicional).

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la

⁶² Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

⁶³ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

⁶⁴ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

⁶⁵ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc.

No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades, como el haber decretado en el caso concreto una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esa circunstancia especial, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna, es el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastrocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en

ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (*des troubles dans les conditions d’existence*), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado⁶⁷.

Como se aprecia, el daño a la salud⁶⁸ –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

⁶⁷ “Se ve cómo se introduce una nueva categoría de daño que llama perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, que trata como sinónimos, desconociendo el significado que tales categorías tiene en los sistemas de origen. Y al momento de liquidar el daño, al que le reconoce un carácter satisfactorio, vuelve en confusión al decir que, “habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de... con cuya rentabilidad la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla sin sofisticaciones”. Habiendo deslindado en precedencia el daño fisiológico del daño patrimonial, al momento de la liquidación los mezcla con la consideración que hace del trabajo de la víctima y con la necesidad que ella tiene de una silla de ruedas y de un acompañante. El daño que se había propuesto se desdibuja así, al momento de la liquidación.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 255.

⁶⁸ “...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión “daño a la salud”, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien “salud” como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 21 y 22. Consultar igualmente: BUSNELLI, Francesco Donato, “Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente” Torino, 2001, pág. 3 y s.s.

En efecto, la citada superposición de conceptos se desprende de manera palmaria en una sentencia proferida el 3 de julio de 1992⁶⁹, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, confirmada por el Consejo de Estado el 1º de julio de 1993⁷⁰, proveído en el que el tribunal *a quo* puntualizó lo siguiente:

“8. El daño especial.

“8.1. El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido “al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez...” b. Los “perjuicios estéticos” y el “daño corporal especial” debido también a la invalidez total que sufre. La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el “préjudice d’agrément” de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del ser humano: a.- El moral subjetivo o “Pretium doloris”, trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los “placeres de la vida”, de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...”

“(...) La parálisis de los miembros inferiores (paraplejia) que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares. La fijación de la indemnización de este rubro depende mucho del criterio prudente del juez, quien debe tener también en cuenta para el efecto la profesión y la edad del lesionado, las privaciones que sufre a raíz de la lesión, etc. Se condenará, en consecuencia, a la demandada, a cubrir al demandante, una suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino.”

⁶⁹ Tribunal Administrativo de Antioquia, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 25878, M.P. Humberto Cárdenas.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de julio de 1993, exp. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández.

Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una traspolación jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país⁷¹, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*), frente al perjuicio corporal (*dommage corporel*) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”⁷²

Así se desprende de la misma jurisprudencia Italiana –supuestamente a partir de la cual se adoptó el concepto de daño a la vida de relación–, en la que se hace una clara diferencia entre el perjuicio biológico (fisiológico), el daño moral, y el daño existencial. Sobre el particular, vale la pena destacar la sentencia del 19 de diciembre de 2007, proferida por la Corte Suprema de Casación de ese país, en la que se puntualizó:

“(…) 3) La categoría del daño no patrimonial se articula a su vez en un subsistema compuesto del daño biológico en estricto sentido, del daño existencial, y del daño moral subjetivo.

“4) El daño biológico y el daño existencial tienen una morfología homogénea, entrañan internamente una lesión de carácter

⁷¹ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

⁷² www.who.int/en/

constitucional, la primera referida a la salud, y la segunda constituida por “valores/intereses constitucionalmente protegidos...”⁷³.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud (fisiológico o biológico), pero con su contenido y alcance primigenio, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se desdibujó su verdadero y real propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos⁷⁴.

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

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

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”⁷⁵.

⁷³ Cf. Corte de Casación Italiana, sentencia del 19 de diciembre de 2007, No. 4712. (Traducción libre). Ver igualmente, las sentencias de 31 de mayo de 2003, números 8827 y 8828 de la Sala Civil de la Corte de Casación Italiana, así como las sentencias Nos. 184 de 1986 y 233 de 2003, proferidas por la Corte Constitucional de ese mismo país.

⁷⁴ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

⁷⁵ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁷⁶, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁷⁷.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo e inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. *A contrario sensu*, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el

⁷⁶ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁷⁷ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁷⁸.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica⁷⁹.

Así las cosas, resulta pertinente que la Sección Tercera delimite y sistematice los distintos perjuicios inmateriales distintos al moral, con miras a dotar de seguridad jurídica a la comunidad y, principalmente, para estructurar criterios de resarcimiento fundamentados en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁸⁰.

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. **Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los**

⁷⁸ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

⁷⁹ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

⁸⁰ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –: los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal⁸¹. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar al extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño existencial o daño a la vida de relación), sino que sean analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra o al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables en sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dada su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar.

En efecto, una criterio diferente permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio

⁸¹ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

El anterior ejemplo extraído de la experiencia, sirve de apoyo para reflejar lo que se pretende poner a consideración a través de esta postura, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, más no a la consecuencia externa, física, o material que acarrea el daño. En otros términos, el juez debe indemnizar a través de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación del daño, la verificación consecucional de los efectos que produce el mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana.

Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño irrelevante. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización individual y autónoma (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

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

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantizaría un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, se debe dejar abierta la posibilidad de que los jueces reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación estricta del paradigma que aquí se defiende, garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es, los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

Así las cosas, considero que la jurisprudencia nacional ha restringido la posibilidad de indemnizar daños en sí mismos, para concentrarse en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadena el daño, circunstancia que limita ampliamente la reparación integral de todos los derechos, bienes o intereses constitucional o legalmente protegidos y, de manera adicional, radica un problema de tipo lógico y práctico, en tanto puede conllevar a que ciertos perjuicios que pertenecen a la órbita interna del sujeto queden por fuera de la tutela judicial.

De otra parte, la postura que se defiende en este plano en modo alguno propende por una reparación arbitraria e indefinida del daño, sino que atiende a la necesidad de indemnizar de forma autónoma e independiente, las diversas afecciones que sufre la persona frente a la concreción del daño antijurídico, de tal forma que se

repare de manera integral el perjuicio, con fundamento no en los efectos externos o que se pueden exteriorizar a causa del hecho dañoso, sino con el criterio de que se indemnicen todas las lesiones que sean irrogadas a bienes o derechos, lo que reflejará una mejor concepción del Estado Social de Derecho, en el cual el ser humano y las garantías de las que es titular son el fin último del ejercicio del poder público y la razón de ser de la organización estatal.

En conclusión, los conceptos de daño a la vida de relación adoptado a partir del año 2000, y modificado por el de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no los comparto, puesto que tales aserciones, de conformidad con las anteriores razones, no se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses legítimos, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma.

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se ha venido abordando el análisis de los llamados daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia, en el ámbito de la jurisprudencia contencioso administrativa, conceptos que como lo he precisado en estas líneas deben ser confinados del ámbito indemnizatorio del perjuicio no patrimonial, para darle paso a categorías o voces que reflejen un manejo más apropiado de los bienes, derechos e intereses legítimos a ser resarcidos desde una perspectiva objetiva (con una comprensión estática y dinámica de las consecuencias del daño), que permita dotar al sistema de equidad y, por sobre todo, garantizar en cada caso concreto los principios de igualdad material y de dignidad humana⁸².

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

⁸² “En todas las actividades es saludable, de vez en cuando, poner un signo de interrogación sobre aquellas cosas que por mucho tiempo se han dado como seguras.” Bertrand Russell.