

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

#### SENTENCIA No. 179

Santiago de Cali, noviembre cuatro (4) de dos mil dieciséis (2016).

<b>Medio de Control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Radicación</b>	76001333300520130029800
<b>Demandante</b>	EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA
<b>Demandado</b>	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC
<b>Juez</b>	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por parte del señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA, en su propio nombre, en contra del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC.

#### 1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC, por los perjuicios morales ocasionados al señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA, como consecuencia de hechos ocurridos a partir de mayo 11 de 2011;
- 1.2. Pagar como reconocimiento a los perjuicios reclamados la suma equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que será actualizada conforme a los artículos 187 inciso 4º y 192 incisos 2º y 3º del C. C. A.

- 1.3. Reconocer al demandante perjuicios morales psicológicos por la suma de \$41.265.000

## 2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1. El demandante es recluso de la Penitenciaría de Palmira, a la que ingresó con una incipiente infección micótica en su oreja izquierda, la cual se ha agravado por ausencia del tratamiento médico que requiere, al formarse una deformidad que lo aísla de sus compañeros quienes creen que es contagiosa su enfermedad.
- 2.2. El demandante ha sido tratado con cremas en la enfermería del penal, sin considerar que requiere una cirugía, lo que lo llevó a instaurar una acción de tutela en contra de CAPRECOM y el INPEC, la cual concluyó a su favor, según fallos de febrero 18 de 2011, del Juzgado de Menores de Palmira que condenó a CAPRECOM y de abril 26 de 2011, del Tribunal Superior de Buga, que revocó para condenar al INPEC.
- 2.3. Hasta la fecha de la presentación de la demanda (agosto 9 de 2013<sup>1</sup>), no se ha dado solución a la patología padecida por el demandante, a pesar de padecer una delicada y penosa enfermedad lo cual considera produjo lesiones físicas en su integridad física.

## 3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demanda invoca la falla del servicio por omisión, retardo, irregularidad o ausencia del servicio; debido a la perturbación, afectación o lesión del bien jurídicamente protegido, según jurisprudencia del Consejo de Estado que transcribe y es responsabilidad del INPEC el desmejoramiento del estado de salud del demandante, como deber que afecta a las autoridades carcelarias de brindar atención, cuidado y protección al paciente interno que así lo requiera, quien deberá reincorporarse a la sociedad cuando cumpla su condena; y para su caso particular la circunstancia de requerir CRIOCIRUGÍA DE OREJA IZQUIERDA, fue obviada por la entidad demandada.

---

<sup>1</sup> Folio 35 Cuaderno No. 1

Como consecuencia de lo dicho, considera la demanda, se ha afectado su salud y no obstante el INPEC conocer su situación individual; y haber sido condenado vía acción de tutela, ni INPEC ni CAPRECOM le han adelantado trámites para realizar la cirugía que requiere, por lo cual se está perturbando un bien jurídicamente protegido, por parte del INPEC y resulta evidente además el nexo causal entre el agravamiento de su enfermedad debido a la actitud negligente de la autoridad.

Enuncia como tal las siguientes disposiciones que transcribe parcialmente:

Artículos 2 y 90 de la Constitución Política, referentes al Estado Social de Derecho y la cláusula general de protección y de responsabilidad patrimonial del Estado por sus hechos u omisiones; artículos 140, 155 y 162 del C. C. A.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La entidad demandada INPEC, a través de apoderado especial contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones, señalando que no es el INPEC sino la RED HOSPITALARIA NACIONAL, la que debe brindara tención al demandante, para cuyos efectos invoca la aplicación de los artículos 1, 2, 7, 30 y siguientes del Decreto 1141 de 2009 y la Ley 1438 de 2011 artículo 25, para precisar la atención a través de las EPS, tanto del régimen subsidiado como del régimen contributivo, régimen de cobertura y exclusiones y por tanto la actuación del INPEC se limita a remitir los pacientes a las referidas EPS a quienes remiten los pacientes cuando así se requiera.

Aunque se llamó en garantía a CAPRECOM, esta entidad no contestó la demanda oportunamente<sup>2</sup>.

#### **5. TRÁMITE PROCESAL**

La audiencia inicial se llevó a efecto el día 1º de abril de 2016, dentro de la cual se dispuso además la orden de práctica de pruebas<sup>3</sup>, allegadas a su vez en audiencia de mayo 23 de 2016, dentro de la cual se dispuso correr traslado para alegar de conclusión<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Así se explica en la audiencia inicial a folio 88

<sup>3</sup> Folios 85 al 88 frente y vuelto

<sup>4</sup> Folios 93 y 94

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La demandante señala que se evidencia falla del servicio por omisión, retardo, irregularidad en el servicio; que implica perturbación del bien jurídicamente protegido y relación de causalidad adecuada entre la falla del Estado y el daño, situación reflejada en el deterioro progresivo de la salud del señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA, por ausencia de atención médica para su patología y muy a pesar de la orden dada vía acción de tutela por parte del Tribunal Superior de Buga que le exigió al INPEC garantizar la práctica de CRIOCIRUGÍA DE OREJA IZQUIERDA al demandante así como su tratamiento integral tema referenciado además en dictamen del Instituto de Medicina Legal y en los fallos de tutela; daño que afirma se establece con la Historia Clínica del paciente, debido a la actitud asumida por la entidad demandada.

## **7. CONSIDERACIONES**

### **7.1. PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si el INPEC y la entidad llamada en garantía CAPRECOM, son responsables administrativa y extracontractualmente por el daño causado al señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA, debido a los problemas de salud que padece, generados en la falta de atención médica.

### **7.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en general, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;
- Enunciar por sus características las causales eximentes de responsabilidad, enfocándose en las relativas a fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero y culpa de la víctima;

- Efectuar un análisis del acervo probatorio; y,
- Con base en el análisis probatorio, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes le asiste o no el derecho reclamado.

## **7.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD**

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

El Consejo de Estado al respecto sostuvo en sentencia de enero 28 de 2015<sup>5</sup>, con ponencia del doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO:

*“(...) Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”. Como bien se sostiene en la doctrina: “La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público (...)”*

La jurisprudencia ha definido varios títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, cuyo contenido emana de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración. Cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo excepcional*.

<sup>5</sup> Radicación No. 05001233100020020348701 (32912). Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

El régimen subjetivo, es aquel en el cual sí es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal bajo el título de falla del servicio.

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado<sup>6</sup>:

*“(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.** Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, **sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.**”*

*“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” (Se resalta).*

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la administración; siendo el daño, el primero de ellos y por tanto, es necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico. Sobre este tema, el Consejo de Estado ha Considerado<sup>7</sup>:

*“(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.*

*“Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”**”<sup>8</sup>*

*“(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Se resalta).*

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>8</sup> ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

*“(...) La antijuridicidad<sup>9</sup> se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”<sup>10</sup>, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”<sup>11</sup>, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño”<sup>12</sup>.*

*“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero”<sup>13</sup>, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.*

*“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos”<sup>14</sup>(...)”<sup>15</sup>.*

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- Tiene el carácter de antijurídico;
- Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento; y
- Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Existe entonces responsabilidad estatal, cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre, no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado. Se aclara además que el resarcimiento debe ser proporcional al daño sufrido.

<sup>9</sup> Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

<sup>10</sup> BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

<sup>11</sup> Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

<sup>12</sup> Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschntzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

<sup>13</sup> BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

<sup>14</sup> Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*” ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

<sup>15</sup> VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado.

### 7.3. DAÑO ANTIJURÍDICO EN ATENCIÓN MÉDICA

En el tema específico relacionado con la atención médica, el Consejo de Estado ha determinado la evolución que ha tenido su conceptualización, hasta llegar a la conclusión que el régimen llamado a aplicar en principio es el citado de la falla del servicio, con sustento especialmente derivado del contenido de la Historia Clínica y eventualmente dictámenes sobre el tema e incluso análisis de prueba indiciaria acerca de la conducta asumida durante el tratamiento respectivo.

De otra parte se debe considerar la conceptualización que sobre el derecho a la salud se ha planteado en reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional, en especial acerca del trato digno y oportuno que deben recibir todos los colombianos en el momento de acudir al sistema por atención en salud, en cualquiera de las fases que ésta se solicite. Dentro del esquema se citan elementos y principios en los cuales se basa la protección de este derecho fundamental, tales como: disponibilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, solidaridad, eficiencia, entre otros. Tales pronunciamientos fueron recogidos en parte y elevados a Ley 1751 de 2015. En particular, los artículos 2 y 14 de la norma, señalan la forma y trato que se le debe dar a un paciente y que para acceder a los servicios y tecnología, no hay necesidad de autorización alguna, cuando la situación sea de urgencia<sup>16</sup>. Así mismo establece en la ley, que la salud debe ir más allá de la atención de la enfermedad, y por ello prevé los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, recuperación, rehabilitación y paliación de las enfermedades, de acuerdo con las necesidades de los usuarios, al punto que dispone que el Sistema garantizará el derecho fundamental a través de la prestación de servicios y tecnologías, que serán sufragados con los recursos públicos, los cuales son inembargables, tienen destinación específica y no podrán

---

<sup>16</sup> El artículo 2 de dicha norma precisa que el derecho al servicio de salud: "(...) Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (...)"

ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente. Todo ello, con autonomía en diagnóstico y tratamiento que se le pretende dar al médico tratante de conformidad con el artículo 17 ibídem, con esquema de autorregulación, ética, racionalidad y evidencia científica.

### 7.3.1. Atención en salud de los reclusos:

Para el caso específico de acceso a los servicios de salud de los reclusos, la Corte efectuó la siguiente precisión<sup>17</sup>:

*“(...) En cuanto al acceso a los servicios de salud, la Corte ha reiterado que en cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la relación de especial sujeción, la salud debe considerarse como un derecho que no puede suspenderse. **En consecuencia, todos los reclusos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios tienen derecho a que el Estado les garantice el acceso a los servicios de salud que requieran, prestados bien sea por la unidad de sanidad dentro del establecimiento<sup>18</sup> o por la entidad promotora de salud contratada para tales fines.** En concreto, en la sentencia T-744 de 2009<sup>19</sup> se protegió el derecho a la salud de un recluso del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón, Santander, que de acuerdo a dictamen de los médicos que lo atendieron en sanidad de la institución, sufría trastornos psiquiátricos y debía ser remitido a una unidad de salud mental por fuera del establecimiento, para recibir el tratamiento adecuado a su enfermedad. Reiteró en esa oportunidad la Sala Cuarta de Revisión, lo que aquí se ha sostenido y dijo:*

*“Siguiendo esa línea interpretativa, tal y como se expuso, existe un grupo de derechos de los reclusos que no están limitados, por causa de la privación de la libertad de la que son objeto. Tal es el caso del derecho a la salud, el cual, gracias a su estrecha relación con el derecho a la vida y a la dignidad humana, permanece incólume frente a su situación, lo que necesariamente implica que durante el periodo dentro del cual se prolongue la reclusión, le corresponde al Estado garantizar el acceso a los servicios que requieran los internos en la materia. [...] De la lectura de las normas citadas, se puede concluir, que el Estado tiene la obligación de garantizar que los reclusos tengan acceso al servicio de salud cuando lo requieran, lo cual se explica en la imposibilidad en la que se encuentran, por cuenta de la privación de la libertad, para afiliarse a uno de los regímenes en salud previstos en el Sistema General de Seguridad Social, o para acudir a una institución médica de naturaleza pública o privada, en procura de la atención para sus enfermedades o dolores, razón por la cual, los internos dependen, única y exclusivamente, de los servicios de salud que, para ese efecto, el Sistema Penitenciario y Carcelario les proporcionen. (...).*

*“En efecto, de acuerdo con las consideraciones antes expuestas, los reclusos tienen derecho a que se les garantice su derecho a la salud. Según la jurisprudencia constitucional, este derecho supone*

<sup>17</sup> Sentencia T-175 de 2012, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

<sup>18</sup> En el título IX del Código Penitenciario y Carcelario el legislador reguló el servicio de sanidad dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, los primeros tres artículos de la norma, sobre el derecho de los internos a recibir atención en salud dentro de la cárcel, señalan: “ARTÍCULO 104. SERVICIO DE SANIDAD. En cada establecimiento se organizará un servicio de sanidad para velar por la salud de los internos, examinarlos obligatoriamente a su ingreso al centro de reclusión y cuando se decreta su libertad; además, adelantará campañas de prevención e higiene, supervisará la alimentación suministrada y las condiciones de higiene laboral y ambiental. Los servicios de sanidad y salud podrán prestarse directamente a través del personal de planta o mediante contratos que se celebren con entidades públicas o privadas. ARTÍCULO 105. SERVICIO MÉDICO PENITENCIARIO Y CARCELARIO. El servicio médico penitenciario y carcelario estará integrado por médicos, psicólogos, odontólogos, psiquiatras, terapeutas, enfermeros y auxiliares de enfermería. ARTÍCULO 106. ASISTENCIA MÉDICA. Todo interno en un establecimiento de reclusión debe recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por el reglamento. Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio (...).”

<sup>19</sup> (MP. Gabriel Eduardo Mendoza). Otras sentencias que han protegido el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, con un fundamento como este, son: T-522 de 1992 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-535 de 1998 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-606 de 1998 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-257 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-233 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-133 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-627 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-615 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-185 de 2009 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y T-190 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

que todos los usuarios del servicio de salud (incluidos entonces los reclusos) tienen derecho a acceder a los servicios médicos que requieran;<sup>20</sup> es decir, a los servicios asistenciales que el médico tratante y la entidad encargada consideren necesarios para la recuperación de su salud” (Se resalta).

De la anterior aparte jurisprudencial se extracta, que el derecho fundamental a la salud no puede suspenderse o limitarse a los reclusos por su relación de especial sujeción con el Estado; por consiguiente, debe ser garantizado a través del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, bien sea por intermedio de la unidad de sanidad dentro del establecimiento penitenciario y carcelario, o por la entidad promotora de salud contratada para tal propósito. Al respecto la Corte Constitucional expresó<sup>21</sup>:

**“(...) 19.- En síntesis, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo dentro de cuyo contenido constitucionalmente protegido se encuentra el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Derivado de este último, se halla inmerso, dentro del derecho fundamental a la salud, la garantía a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, la cual busca evitar que la persona a quien ya se le ha iniciado un tratamiento médico, le sea suspendido súbitamente el suministro del mismo”. (Se subraya).**

En otra jurisprudencia, la Corte precisó que la demora injustificada en el diagnóstico y, por ende, en la iniciación del tratamiento correspondiente atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida:

*“(...) el aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana establecido en el artículo 1º. de la Constitución Política y el derecho fundamental garantizado en el artículo 11 del mismo estatuto, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad.<sup>22</sup> En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución<sup>23</sup>, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida (...)”<sup>24</sup>*

En sentido similar, el Consejo de Estado se pronunció acerca de la posibilidad de causar afectación temporal al paciente. Así mismo se precisó en la sentencia de unificación de agosto 28 de 2014, con ponencia de la doctora STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO<sup>25</sup>, la posibilidad de afectación continuada de la salud de la persona, para cuyos efectos se indica que no es posible que el Estado pueda afectar dicho bien jurídico, ni entender la exoneración del deber de protección

<sup>20</sup> Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>21</sup> Sentencia T-281 de 2011, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-499/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-645/96, MP: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-322/97, MP. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia T-236/98, MP: Fabio Morón Díaz y Sentencia T-489/98, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras. Sentencia T-489/98, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia T-732/98, MP. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-096/99, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-489/98, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-862/99, MP: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>25</sup> Radicación No. 23001233100020010027801(28804)

como ausencia de responsabilidad por desaparecimiento de la enfermedad o curación:

*“(...) También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.*

*“En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.*

*“En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.*

*“Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo (...)”*

Para sintetizar, los reclusos deben tener garantía de atención y tratamiento idóneo desde el punto de vista médico en todo momento. Dicho tratamiento, además debe ser oportuno y no debe agravar desde luego, la situación del paciente.

#### **7.4. CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD**

Adicionalmente el Despacho considera prudente enunciar que existen situaciones mejor conocidas como causales que eximen de responsabilidad al Estado, a pesar de configurarse un daño antijurídico y de existir un nexo causal entre este y el actuar activo o pasivo de la administración, a saber:

##### **7.4.1. El caso fortuito (a excepción del título de imputación de riesgo)**

7.4.2. La fuerza mayor

7.4.3. El hecho exclusivo y determinante de un tercero y,

7.4.4. Culpa exclusiva de la víctima.

Estas circunstancias, dan lugar a que sea imposible imputar jurídicamente, responsabilidad al Estado por los daños ocasionados objeto de la controversia judicial.

## **8. ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO AL PROCESO**

8.1. Como anexo de la demanda se allegaron copias de fallo de tutela de febrero 18 de 2011<sup>26</sup>, proferido por el Juzgado de Menores del Circuito de Palmira; cuyo numeral segundo expresa que la Dirección de la Penitenciaría en coordinación con CAPRECOM, con quien tiene contratado el servicio de salud de los reclusos el INPEC, se debe garantizar al señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA la práctica del procedimiento denominado CRIOCIRUGÍA DE OREJA, así como el tratamiento o atención requeridos para recuperarse conforme a los parámetros fijados por el médico tratante.

También se anexaron copias de fallo emitido por el Tribunal Superior de Buga, que por su parte ordenó modificar la anterior determinación, a través de fallo de abril 26 de 2011<sup>27</sup>, en el sentido de que la Dirección de la Penitenciaría debía garantizar la prestación de la atención médica y el INPEC a través de la Dirección Penitenciaria, debía asumir lo que no se encontrare dentro del Plan Obligatorio de Salud POS.

8.2. Como anexo de la contestación de la demanda a su vez se allegó al proceso copia de la cartilla biográfica del ingreso y permanencia del señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA, identificado con cédula de ciudadanía No. 16512700 y de su examen de ingreso a partir de abril 20 de 2009 en la cárcel de Palmira, con el fin de cumplir 13 años de prisión y en documentos en los que se especifica desde el punto de vista médico micosis en la oreja izquierda<sup>28</sup>; informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses<sup>29</sup>; de la Historia Clínica del demandante<sup>30</sup>, de la

<sup>26</sup> Folios 2 al 13 Cuaderno No. 1

<sup>27</sup> Folios 15 al 19 Cuaderno No. 1

<sup>28</sup> Folios 2 al 4, 5 al 7 Cuaderno No. 2

<sup>29</sup> Folios 9 y 10 Cuaderno No. 2

que se destaca su vinculación al régimen subsidiado; así como atención por dermatólogo y que si bien inicialmente al paciente le suministraron medicamentos, ante la falta de mejoría se sugiere otro procedimiento y concretamente para octubre 28 de 2010, junio 21 y septiembre 14 de 2011, se solicitó la remisión del paciente a la CLÍNICA RAFAEL URIBE URIBE con el fin de adelantar CRIOCIRUGÍA CON NITRÓGENO LÍQUIDO y se reiteró la necesidad de dicho procedimiento. En varias notas se señala la existencia de dolor. Con posterioridad es atendido por diversos médicos dermatólogos, quienes le formulan OXACILINA, según reporte de control de citas entre julio y septiembre de 2011, sin que se evidencie la realización del tratamiento requerido.

- 8.3. Mediante informe de mayo 16 de 2016, se informa por parte del Dragoneante EDGAR BARRERA adscrito al INPEC, que el demandante fue trasladado desde mayo 16 de 2015 al EPC de BUGA<sup>31</sup>.

Según la argumentación de la defensa de la entidad demandada, se plantea que la responsabilidad no recae en el sub judice, en cabeza del INPEC, sino en cabeza de la Red Hospitalaria Nacional, situación que se considera es extraña y ajena al deber de garantía que le asiste a la entidad, a efectos de que el paciente pueda percibir la atención adecuada.

El reporte efectuado con fecha julio 29 de 2011, por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de MÓNICA MILLÁN GIL, por su parte refiere que según la Historia Clínica el demandante tiene 7 años de evolución de LOBOMICOSIS, confirmada con biopsia, con afectación de hipertrofia y nódulos en oreja izquierda y poca respuesta a la medicación para concluir que al momento del examen no se encuentran signos clínicos que permitan fundamentar un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión normal, sugiriendo entonces tratamiento ambulatorio por dermatología y otorrinolaringología<sup>32</sup>. Es decir, se trata de una enfermedad pre existente de larga evolución que comprende no obstante cinco (5) años, transcurridos con anterioridad a la fecha de ingreso a la cárcel desde abril 20 de 2009 y dos (2) años privado de la libertad sin que arroje signos de gravedad en la afectación de su salud, al margen de que aún no se haya realizado un tratamiento complementario sugerido por los médicos tratantes.

---

<sup>30</sup> Folios 13 al 77 Cuaderno No. 2

<sup>31</sup> Folios 96 al 98 Cuaderno No. 1

<sup>32</sup> Folio 31 Cuaderno No. 2

## 9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

En el caso concreto, se acusa a la administración en cabeza del INPEC de no atender en debida forma los deberes que le asistían de brindar atención médica al interno cuya enfermedad se ha agravado como consecuencia justamente de tal omisión.

De conformidad con la argumentación planteada en la contestación de la demanda por el INPEC, se cuestiona la omisión de cumplir el deber jurídico de protección y cuidado que le asiste a la entidad, situación que considera la entidad demandada, le corresponde brindarla a la Red Hospitalaria Nacional.

En este orden de ideas, de conformidad con el acontecer fáctico y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación que inicialmente resulta aplicable al presente asunto, es el de falla en el servicio, siendo este el título de imputación preferente, aunado a que la parte actora pretende el resarcimiento de los daños presuntamente ocasionados por la conducta omisiva y negligente del INPEC, al no brindar la atención médica que requiere un interno bajo su cuidado, situación que según la demanda, debe generar el pago de perjuicios, por el probablemente agravamiento de la enfermedad que padece el señor EDWIN ANCELMO MORENO RENTERÍA.

El Despacho considera con base en el dictamen médico rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se refiere que el paciente viene siendo atendido por personal médico especializado (otorrinolaringólogo y dermatólogo) y tal circunstancia sumada al hecho de que no aparece probada dentro del proceso el agravamiento del estado de salud del paciente, así como tampoco las condiciones que le impidan llevar una vida normal al interior del establecimiento carcelario, torna imposible acceder a las pretensiones planteadas en la demanda.

Si el juez de tutela consideró una situación diversa, por tratarse de acciones de naturaleza jurídica distintas, el señor MORENO RENTERÍA tendría derecho a presentar incidente de desacato, pero no a una indemnización en la medida que no aparece probado el daño antijurídico presuntamente causado, ni la actitud negligente del INPEC.

Lo anterior, en cuanto de conformidad con el enunciado del caso, la responsabilidad atribuida a la entidad es de carácter subjetivo, a través del título de imputación de falla del servicio, en virtud de lo cual los actores deben demostrar los elementos constitutivos de dicho régimen, situación que en el caso materia de estudio no ha ocurrido. Tales elementos son:

- 9.1. La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido;
- 9.2. La existencia de un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo y,
- 9.3. El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

En síntesis, como el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como aquel que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, y en el presente asunto se estableció que la enfermedad padecida por el demandante, si bien es crónica, viene siendo tratada por especialistas; no reviste gravedad ni imposibilidad de convivencia en establecimiento carcelario, y por tanto, no es viable reconocer indemnización alguna. Por lo tanto, no será indemnizado en cuanto solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad y sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima, restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

## 10. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Según lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ibidem<sup>33</sup>, entre otras cosas, establece que:

*“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.*

Así las cosas, el referido artículo 188 de la citada ley, ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación<sup>34</sup>:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...).” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...).”*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser

<sup>33</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada y la entidad llamada en garantía.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones del libelo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- Sin costas a cargo de la parte vencida en el proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: En firme esta decisión ARCHIVAR el proceso

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**  
Juez