REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 195

Santiago de Cali, noviembre veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016).

Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicación	76001333300520140008800
Demandante	DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ Y OTROS
Demandado	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC Y CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES - CAPRECOM
Juez	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 DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ y de las señoras ADIELA RAMÍREZ, ALBA LUCÍA ULLOA RAMÍREZ y DORA JANETH ULLOA RAMÍREZ, en contra del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICIACIONES CAPRECOM.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC y a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES CAPRECOM, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones sufridas por el señor DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ;

1.2. Pagar como reconocimiento a los perjuicios morales así:

DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ – 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes;

ADIELA RAMÍREZ – 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes;

ALBA LUCÍA ULLOA RAMÍREZ – 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes;

DORA JANETH ULLOA RAMÍREZ – 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes

1.3. Lucro cesante

DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ - $70.000.000, en cuanto no podrá realizar labores normales y se presentará déficit de su productividad laboral, debidamente actualizados según fórmula expuesta en la demanda.ç

1.4. Daño a la salud

DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ – 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; como consecuencia de la imposibilidad de disfrutar en familia de sus actividades y de los traumatismos sufridos.

1.5. Condenar en costas a las entidades demandadas.

2. **HECHOS**

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

2.1. El demandante DIEGO ALEXCANDER ULLOA RAMÍREZ ha sido recluso de la Cárcel de Villa Hermosa de CALI y ahora del Complejo Carcelario y Penitenciario ERON de JAMUNDÍ;

2.2. Al momento de la privación de su libertad, al demandante le fue diagnosticada una OTITIS CRÓNICA SUPURATIVA BILATERAL, que no fue objeto de tratamiento, razón por la cual instauró acción de tutela radicada bajo el No. 005 – 2011 – 00562 - 00 tramitada ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de CALI, decidida a su favor mediante fallo de enero 24 de 2012 que ordenó realizar exámenes a efectos de adelantar el

tratamiento y suministrar los medicamentos requeridos con tal finalidad, decisión que fue desatendida a pesar de implicar una solicitud de incidente de desacato lo que a su vez le causó pérdida de la capacidad acústica del demandante y angustia, depresión y congoja para él y para su familia, como consecuencia de la deficiente prestación del servicio médico;

2.3. El 24 de febrero de 2014, se adelantó diligencia de conciliación pre judicial la cual fue declarada fallida.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

3.1. Se citan como normas infringidas:

- Resolución 43/173 de diciembre 9 de 1988, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas;

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en GINEBRA en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663 C XXIV de julio 31 de 1957 y 2076 de mayo 13 de 1977;

- Artículos 1, 2, 6, 90, 217, 318 y 365 de la Carta Política;

- Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo;

- Artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo;

- Artículos 104, 105 y 106 de la Ley 65 de 1993 – Código Nacional Penitenciario y Carcelario;

- Sentencias T 590 de 1998; T 1190 de 2003;

3.2. Se invoca el deber indemnizatorio que les asiste a las personas privadas de la libertad, por actos u omisiones contrarios al Principio 35 de la Resolución 43/173 de diciembre 9 de 1998; en armonía con los 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 generados por un daño antijurídico causado por una falla, ineficacia o retardo en el servicio; y la relación de causalidad entre estos, dentro de un esquema de responsabilidad objetiva reconocido a nivel jurisprudencial, en cuanto debe el Estado prevenir y controlar peligros a que se pueda ver expuesta la población carcelaria y abstenerse de poner en peligro o vulnerar derechos de personas limitadas con medida cautelar de privación de libertad tales como la vida, la dignidad humana, la integridad personal, la igualdad, la libertad religiosa, debido proceso y petición; der4echos suspendidos como libertad personal y de locomoción: derechos restringidos con sujeción al orden interno como el trabajo, la educación, intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión; según jurisprudencia que transcribe de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

De otra parte se refiere específicamente al derecho a la salud, y a la seguridad social, por mandato de los artículos 48 y 49 de la Carta Política, 104, 105 y 106 del Código Nacional Penitenciario y Carcelario, en armonía con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, como servicio público obligatorio a cargo del Estado, bajo dirección, coordinación y control estatal según trascripción de normas que realiza; temas a su vez reglamentados por los Decretos 141 de 2009 y 2777 de 2010 en cuanto la forma de afiliar y prestar el servicio de salud a la población carcelaria como garantía de acceso al servicio de salud, lo cual incluye cuidados y tratamientos requeridos, que en caso de ser omitidos afecta el derecho a la dignidad humana igualmente de la población carcelaria.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada INPEC[1], a través de apoderado especial contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones, señalando que la enfermedad de OTITIS CRÓNICA padecida por el interno ULLOA RAMÍREZ es de ocurrencia anterior a la fecha de ingreso a los sitios donde ha permanecido privado de la libertad; enfermedad que requiere de un tratamiento demorado en el tiempo y complejo que pudo generar secuelas con anterioridad a la privación de la libertad del ahora demandante, quien la padece por su culpa exclusiva e instaura

[1] Folios 96 al 110 y Anexos a folios 111 al 189

acciones judiciales de tutela y de reparación directa estando próximo a obtener su libertad.

Cita para el efecto jurisprudencia emitida en torno a los temas relacionados con el tratamiento de esta clase de enfermedades, destacando que la atención le corresponde a CAPRECOM y no al INPEC, entidad esta última respecto de la cual no se dan los presupuestos normativos para poder sancionar y tampoco se probó la causación de perjuicios invocados en la demanda.

CAPRECOM no contestó oportunamente la demanda[2].

5. TRÁMITE PROCESAL

La audiencia inicial se llevó a efecto el día 10 de septiembre de 2015, dentro de la cual se dispuso además la orden de práctica de pruebas[3], ejecutadas a través de audiencia de diciembre 1 de 2015[4] y enero 26 de 2016[5], diligencia esta última dentro de la cual a su vez se dispuso correr traslado para alegar de conclusión, sin que las partes demandante y demandada, ni el Ministerio Público presentaran el escrito correspondiente.

Se aclara además, que el demandante falleció el 10 de febrero de 2014[6].

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 sí el INPEC y CAPRECOM, son responsables administrativa y extracontractualmente por las lesiones causadas en sus oídos, generadoras a su vez de Pérdida de Capacidad Auditiva del señor DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ, debido a la falta de atención médica atribuible a las demandadas.

---

[2] Ver constancia a folio 191 Cuaderno Principal
[3] Folios 204 al 207 y CD a folio 209
[4] Folios 235 al 237 incluyendo el CD respectivo
[5] Folios 240 al 241
[6] Folios 225 al 227

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.

7.1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL 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[7], 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

[7] Radicación No. 05001233100020020348701 (32912). Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

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*.

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[8]:

"(…) 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[9]:

---

8 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.

9 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.

"(…) 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***[10]

"(…) 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).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

"(…) La antijuridicidad[11] *se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho"*[12]*, "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad"*[13]*, 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*[14]*.*

"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[15]*, 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[16]*(…)*[17]*".*

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

---

[10] 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."

[11] Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

[12] BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

[13] 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.

[14] Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ 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."
"Gschnitzer 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."

[15] BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

[16] 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."

[17] VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

- 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.

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

7.2. 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[18]. 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 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.

7.2.1. **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[19]:

"(…) 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[20] o por la entidad promotora de salud contratada para tales fines****, En concreto, en la sentencia T-744 de 2009[21] 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*

[18] 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. (…)"*

[19] Sentencia T-175 de 2012, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

[20] En el titulo 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 decrete 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, terapistas, 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 (…)*"

[21] (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).

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 que todos los usuarios del servicio de salud (incluidos entonces los reclusos) tienen derecho a acceder a los servicios médicos que requieran;[22] 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[23]:

"(…) *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.[24] En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un

---

[22] Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).
[23] Sentencia T-281 de 2011, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
[24] 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.

posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución[25], atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida (…)"[26]

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[27], 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 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 (…)"

[25] Corte Constitucional, Sentencia T-489/98, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.
[26] Corte Constitucional, Sentencia T-862/99, MP: Carlos Gaviria Díaz.
[27] Radicación No. 23001233100020010027801(28804)

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.

7.3. 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:

7.3.1. El caso fortuito (a excepción del título de imputación de riesgo)
7.3.2. La fuerza mayor
7.3.3. El hecho exclusivo y determinante de un tercero y,
7.3.4. 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. MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO AL PROCESO

Como anexo de la demanda se allegó el siguiente material:

- Copia de registro de nacimiento de DORA YANETH ULLOA RAMÍREZ, DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ, ALBA LUCÍA ULLOA RAMÍREZ[28], fallo de tutela de febrero 18 de 2011[29], hijos de ADIELA RAMÍREZ y MANUEL ULLOA los dos primeros y de MANUEL ULLOA y MARIELA RAMÍREZ la última.

- Copia de Historia Clínica del interno DIEGO ALEXANDER ULLOA, suministrada por CLAUDIA PATRICIA GIRALDO OSSA, Directora del COJAM, suministrada a MAURICIO CASTILLO LOZANO, apoderado del interno[30].

[28] Folios 4 al 6
[29] Folios 2 al 13 Cuaderno No. 1
[30] Folios 7, 8 al 66 Cuaderno No. 1

- Copia de diligencia de constancia de conciliación expedida con fecha febrero 24 de 2014, ante la Procuraduría 59 Judicial I para Asuntos Administrativos de CALI[31].

Con la contestación de la demanda del INPEC se allegó a su vez:

- Copia de la Cartilla Biográfica del interno DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ, en la cual consta que obtuvo su libertad por pena cumplida a partir de agosto 21 de 2013[32].

- Con la contestación de la demanda de CAPRECOM, se allegó al proceso copia de Historia Clínica y Evolución de DIEGO ULLOA entre octubre 25 de 2007 y octubre 23 de 2012 allegada extemporáneamente por CAPRECOM[33].

- Por solicitud del demandante se allegó al proceso copia de acción de tutela instaurada ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali y de incidente de desacato en 99 y 43 folios respectivamente[34].

- En el decurso del proceso, surgieron dificultades para practicar dictamen pericial acerca de la enfermedad padecida por el demandante DIEGO ULLOA, hasta que se produjo su fallecimiento y en consecuencia se desistió de la práctica de la prueba[35].

- Dentro del material allegado se destaca la copia de la sentencia de enero 24 de 2012, proferida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali, en la cual consta un análisis de la documentación que contiene la historia clínica del demandante DIEGO ULLOA RAMÍREZ, ante su padecimiento de OTITIS MEDIA CRÓNICA y la ausencia de tratamiento en cuanto examen que justificaran el procedimiento a realizar, en virtud de lo cual se ordena adelantar tal examen y tratamiento.

- El examen de tomografía se practicó el 18 de julio de 2012[36], con base en diagnóstico inicial de otitis bacteriana y supuración y desvío del tabique nasal[37], no se anexó el resultado de dicho examen a agosto 13 de 2012.

---

[31] Folios 67 al 69 Cuaderno No. 1
[32] Folios 111 al 115 Cuaderno No. 1
[33] Folios 140 al 189 Cuaderno No. 1
[34] Folios 1 al 146 Cuaderno No. 2
[35] Folios 147 al 153 Cuaderno No. 2 y 225 al 227 Cuaderno No. 2
[36] Folio 142 Cuaderno No. 2
[37] Folio 129 Cuaderno No. 2

- También se determinó mediante audiometría, hipoacusia mixta moderada bilateral con fecha enero 30 de 2012[38].

- Mediante memorial de octubre 20 de 2015, se allegó registro de defunción del señor DIEGO ALEXANDER ULLOA[39]

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

En el caso concreto, se acusa a la administración en cabeza del INPEC y CAPRECOM, 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 el enunciado del caso, la responsabilidad atribuida a las entidades demandadas 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.

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,

[38] Folio 122 Cuaderno No. 2
[39] Folios 225 al 227 Cuaderno No. 1

le corresponde brindarla a CAPRECOM, de quien se afirma que en efecto ha brindado la atención médica requerida por el demandante.

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 y de CAPRECOM, 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 probable agravamiento de la enfermedad que padece el señor DIEGO ALEXANDER ULLOA RAMÍREZ.

En el presente asunto se estableció que la enfermedad padecida por el demandante, es crónica en la medida que la venía padeciendo según consta en la copia de la Historia Clínica respectiva, con anterioridad al mes de octubre de 2007, con proyección durante los años 2008, 2009, 2010, 2011 y aún a 2012[40].

Examinada la copia de la Cartilla Biográfica del interno, se tiene evidencia de su ingreso a EPC CALI desde julio 27 de 2007 y después transitó por varios patios del EPC JAMUNDÍ y el COJAM[41].

Lo expuesto podría significar que la enfermedad padecida por el demandante, la contrajo durante su permanencia privado de la libertad.

Sin embargo se aclara que su reclamación judicial por la falta de un tratamiento adecuado solamente sobrevino cerca de cuatro (4) años después, al momento de ordenarse con fecha marzo 22 de 2011 una escanografía o tomografía, no realizada hasta el momento de instaurar la acción de tutela ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali[42]. La finalidad de realizar tal examen, era la de conocer a plenitud el diagnóstico que impida la formación de supuración y dolor que ello le produce en sus oídos; que inicialmente no fue realizado por CAPRECOM, por no formar parte del Plan Obligatorio de salud ni contar con el equipo adecuado con tal

[40] Folios 10 al 60 Cuaderno No. 1
[41] Folio 112 Cuaderno No. 1
[42] Según consta a folio 3 Cuaderno No. 2 fue radicada con fecha diciembre 19 de 2011

finalidad[43], no obstante se practicara sin conocer su resultado el 18 de julio de 2012[44] y el actor no lo solicitó como prueba dentro del proceso que nos ocupa.

Aunque de conformidad con el material allegado aparece evidenciada la ausencia de tratamiento, no obra prueba dentro del proceso que permita deducir si existió o no el probable nivel de agravamiento del estado de salud del paciente, justamente por cuanto nunca se pudo establecer dicho diagnóstico, y aún ya encontrándose en libertad de la que gozó desde agosto 21 de 2013, cuando ya se encontraba en curso el trámite del proceso judicial que nos ocupa, le sobrevino el fallecimiento en febrero 10 de 2014[45].

Aunque el juez de tutela ordenó adelantar el diagnóstico y se realizaron todas las diligencias tendientes a obtener el mismo, no puede considerarse que aparezca probado el daño antijurídico presuntamente causado, y si bien puede afirmarse existió una actitud negligente tanto del INPEC como de CAPRECOM, el interno recibió la atención y solo que no se divulgó el resultado del examen respectivo y aunque se afirma que requería cirugía no obra prueba idónea que permita deducir la necesidad de tal tratamiento al margen de que se afirme por el demandante que dicho diagnóstico y tratamiento a seguir si se conocía.

Por tanto, no es viable reconocer indemnización alguna, al no existir ningún parámetro que justifique la afirmación del agravamiento del estado de salud del accionante. Por lo tanto, el Despacho se abstendrá de indemnizarlo 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 y de ello no existe evidencia médica exigida en estos casos según quedó expuesto en la parte considerativa.

Por lo expuesto, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, en cuanto no existe prueba que permita soportar la afirmación planteada en la demanda que representa a su vez la prueba del daño antijurídico indemnizable en el presente proceso.

---

[43] Así se expresó en la respuesta dada a la acción de tutela a folios 47 al 50 Cuaderno No. 2
[44] Folio 142 Cuaderno No. 2
[45] Folio 227 Cuaderno No. 1

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 ibìdem[46], 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[47]:

"(…) 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 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

---

[46] Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.
[47] 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.**

*"**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 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: NEGAR las pretensiones del libelo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

TERCERO: En firme esta decisión ARCHIVAR el proceso

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez