

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 159

Santiago de Cali, octubre dos (2) de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicación	76001333300520140025500
Demandante	CARLOS ARTURO CUERO MORALES Y OTROS
Demandado	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC Y CAPRECOM E. P. S.
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 CARLOS ARTURO CUERO MORALES¹, JHOJAN ESTIVEN CUERO CARVAJAL, MYRIAM MORALES DE CUERO, ELIZABETH CUERO MORALES, NELSON CUERO MORALES y ELVIA ROSA GALINDEZ MORALES en contra del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC y de CAPRECOM E. P. S.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC y a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM E. P. S., por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes;
- 1.2. Pagar como consecuencia de la anterior petición a favor de los demandantes los perjuicios solicitados salvo mayor valor que resulte de

¹ Folios 156 al 203 Cuaderno No. 1

aplicar las reglas de equidad, la ley o la jurisprudencia y los demás que pudieren resultar probados;

- 1.3. Condenar a las demandadas en costas y agencias en derecho con base en las tarifas de Colegios de Abogados o las que fije el Juzgado;
- 1.4. Dar aplicación a los artículos 192 y 195 del C. P. A. y de lo C. A.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1. CARLOS ARTURO CUERO MORALES estuvo recluido en la Cárcel de VILLA HERMOSA de CALI por 2 años y padece enfermedad grave imputable al INPEC y a CAPECOM generada por dilación, falta de diagnóstico y tratamiento médico;
- 2.2. Con fecha marzo 7 de 2011 se hizo examen de ingreso por parte de CAPRECOM E. P. S., el cual arrojó como resultado asintomático, sin antecedentes médicos;
- 2.3. Durante marzo 16; la primera, segunda, tercera y cuarta semanas de junio y a julio 1º de 2011; es atendido por el doctor HÉCTOR EMILIO RODRÍGUEZ GAVIRIA, por síntomas tales como inapetencia, dolor cervical, tos, ronquera, laringitis por tos crónica y dificultad respiratoria, quien decide remitirlo al otorrinaringólogo;
- 2.4. En agosto 17 y 31 de 2011 y febrero de 2012, consulta por lesiones en brazos y cara y por continuar la inapetencia y laringitis crónica y ordena de nuevo remisión al otorrinaringólogo, quien lo atiende el 15 de febrero de 2012 y verifica la existencia de lesión en pliegue vocal izquierdo 1/3 medio, blanquecina, exofítica con base en lo cal ordena microlaringoscopia biopsia de laringe y a febrero 23 de 2012 se da la autorización de biopsia ordenada 15 días antes, situación que continua en atención de abril 9 de 2012, anotando además disfonía crónica, hasta abril 16 de 2012 cuando se la practican cuyo resultado es cambios dispásicos severos, carcinoma escamocelular in situ de células grandes sin estroma de soporte para definir infiltración;
- 2.5. A mayo 24 de 2012, le ordenan traqueostomía y valoración preanestésica, otorrinolaringología, y oncología; hasta que a junio 6 de

2012, se define cáncer infiltrante de la glotis, con cuyo sustento el 7 de junio de 2012, se hace el procedimiento de traqueostomía y ordenan radioterapia y quimioterapia y a enero 10 de 2013 ya presenta celulitis en cuello, tumor glótico y antecedente de traqueostomía con sospecha de recidiva;

- 2.6. A febrero 14 de 2013, se expresa que el paciente presenta disminución de movilidad de pliegues vocales, engrosamiento subglótico izquierdo y signos de reflujo gastroesofágico se solicita control de otorrinolaringología en 3 meses;
- 2.7. A julio 16 de 2013, se recomienda realizar cirugía de laringectomía, vaciamiento de cuello, colgajo regional de piel, gastronomía, la cual se realiza con fecha agosto 30 de 2013;
- 2.8. Como consecuencia de lo realizado, el paciente perdió capacidad de hablar, debía tener de por vida una cánula de traqueostomía, y alguien debe acompañarlo en sus labores diarias y para la fecha de la presentación de la demanda el cáncer ha hecho metástasis en otras partes de su cuerpo, con graves perjuicios al lesionado y demás familiares demandantes que mantenían una relación cercana, solidaria y afectuosa.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demanda invoca responsabilidad del Estado, por los daños causados a la salud e integridad personal, para cuyos efectos cita jurisprudencia de la Corte Constitucional² y del Consejo de Estado³ acerca de las relaciones especiales de sujeción del personal recluso y el deber de protección y cuidado que en tal sentido le asiste al Estado; en armonía con los artículos 49 y 90 de la Carta Política, 104 y siguientes de la Ley 65 de 1993, sobre la base de la ausencia de atención médica que se le debía brindar al señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES, en particular su remisión a especialista y tardanza en emitir un diagnóstico, consideradas como falla del servicio, según las secuencias especificadas en la Historia Clínica y la sintomatología como se presentó la enfermedad de cáncer al paciente, hasta hacer metástasis, en un estado de indefensión y por diferentes estadíos.

² Sentencias T – 615 de 2008 y T 185 de 2009 y T 607 (no cita año)

³ Sentencia de marzo 14 de 2012 Expediente No. 17001233100019990033801. Actor CARLOS MARIO GÓMEZ Y OTROS CONTRA EL INPEC

Dentro de la conceptualización planteada, CAPRECOM e INPEC asumieron posiciones de garante según la jurisprudencia⁴.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada INPEC⁵, refiere por su parte que si bien le asiste la posición de garante frente al personal interno, el tema de atención en salud debe ser asumido por la respectiva E. P. S., conforme reglamentación existente al respecto. Para el caso concreto se considera que CAPRECOM de manera autónoma, es la entidad que por su parte fue requerida en diversas ocasiones con la finalidad de asignar las citas médicas requeridas y en general brindar la atención requerida al señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES.

CAPRECOM, a través de apoderada especial contestó la demanda⁶ manifestando su oposición a las pretensiones, señalando que las obligaciones de atención médica son de medio y no de resultado, es decir se brinda al margen de que el paciente reaccione adecuadamente al tratamiento planteado y en el caso que nos ocupa se brindó la atención requerida, con cuyo sustento invoca además las excepciones de ausencia de nexo causal y de falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. TRÁMITE PROCESAL

La audiencia inicial se llevó a efecto el día 10 de marzo de 2017, dentro de la cual se dispuso además la orden de práctica de pruebas⁷, allegadas a su vez en audiencias de abril 19 y junio 15 de 2017, dentro de la cual se dispuso correr traslado para alegar de conclusión⁸.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante insiste en señalar que se evidencia falla del servicio por señalar que no se brindó oportuno diagnóstico y en consecuencia atención al demandante

⁴ Sentencia T – 980 de 2003

⁵ Folios 217 al 226 y Anexos a folios 227 al 229

⁶ Folios 319 al 326

⁷ Folios 331 al 335 y C D a folio 342

⁸ Folios 365 al 367, C D a folio 370, 408 al 410 y CD a folio 411

a quien la enfermedad de cáncer hiciera metástasis, para cuyos efectos acude a realizar un relato del contenido de las pruebas practicadas⁹.

La apoderada de CAPRECOM E. I. C. E. en liquidación, igualmente insiste en el tema de concebir la obligación de servicio médico como de medio y no de resultado y en tal sentido afirmar además que el origen de un cáncer como el padecido por el señor CARLOS ARTURO CUERO pudo obedecer a la ingesta de tóxico alérgicos tales como el licor y el cigarrillo durante un período de tiempo aproximado de 15 años¹⁰.

INPEC se ratificó en afirmar la imposibilidad de brindar la atención reclamada, que por su parte estima le correspondía era a CAPRECOM.

El Ministerio Público, guardaron silencio.

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 E. P. S. CAPRECOM, son responsables administrativa y extracontractualmente por el daño causado al señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES, debido a los problemas de salud que padece, generados en la falta de atención médica oportuna.

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;

⁹ Folios 411 al 426

¹⁰ Folios 427 al 430

- 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 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. El Consejo de Estado al respecto sostuvo en sentencia de enero 28 de 2015¹¹, 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 (...)”

Cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, 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; y el subjetivo, es aquel en el cual si es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando la conducta estatal sea fallida,

¹¹ Radicación No. 05001233100020020348701 (32912). Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

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.

En tratándose de responsabilidad del Estado derivada de los daños sufridos por las personas privadas de la libertad, el Honorable Consejo de Estado¹² ha determinado que este tipo de personas deben soportar limitaciones en el ejercicio de algunos de sus derechos y libertades, al igual que la reducción de las posibilidades de defenderse de las posibles agresiones de agentes estatales, otros internos o terceros de los que pueden ser víctimas al interior del penal, razón por la que el Estado debe garantizar la seguridad de los mismos y asumir los riesgos que se presenten, lo que indica que entre la población privada de la libertad y el Estado, existen relaciones especialísimas de sujeción.

A propósito de estas relaciones de sujeción, la Corte Constitucional ha manifestado¹³:

“(...) Es en realidad copioso el número de pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha hecho referencia a la situación de los reclusos, o personas privadas de la libertad en virtud de una condena penal, dentro del Estado Social de Derecho. Por su relevancia para el problema estudiado, la Sala seguirá, en este fallo de reiteración, la argumentación presentada en las sentencias T-705 de 1996 y T-439 de 2006:

“Las personas que se encuentran privadas de la libertad son titulares de todos los derechos constitucionales consagrados en la Constitución Política, pues su fundamento y fin se encuentra en el respeto de la dignidad humana, mandato absoluto de nuestra Carta Política, sentido de toda la organización estatal, y atributo del ser humano que no se pierde por la comisión de un delito y la consecuente imposición de una condena penal.

*“A pesar de ello, cuando una persona es condenada a una pena privativa de la libertad, sufre una restricción sobre algunos de sus derechos fundamentales. Así, el derecho a la libertad personal y la libertad de locomoción se suspenden; otros derechos enfrentan limitaciones derivadas de la naturaleza de la pena privativa de la libertad, como sucede con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de reunión y la especial protección a la familia. **Finalmente, existen derechos que son intangibles en el marco de la pena privativa de la libertad pues, como ha precisado esta Corporación, es ilegítima cualquier restricción innecesaria a derechos constitucionales, así que derechos como la vida, la integridad personal, la salud, el derecho de petición y el debido proceso no se encuentran sujetos a ningún límite o restricción.***

“En virtud de lo expuesto, este Tribunal ha expresado que la persona privada de la libertad se encuentra, por una parte, en un estado de vulnerabilidad, derivado de las limitaciones impuestas a algunos de sus derechos fundamentales, y por otra, en una situación de especial sujeción frente al Estado.

“Esa doble condición del interno crea, a su turno, obligaciones positivas en cabeza de la Administración, que se concretan en el respeto y promoción de los derechos fundamentales que no son susceptibles de suspensión, y en la obligación de adoptar medidas para lograr la máxima efectividad de aquellos derechos que sufren restricciones en razón a la naturaleza de la pena. Las

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-825 de 2009, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

implicaciones jurídicas de la relación de especial sujeción del interno frente al Estado fueron claramente destacadas por la Corporación en la sentencia T-881 de 2002:

“De la existencia, identificación y régimen de las llamadas “relaciones especiales de sujeción” entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias), la Corte ha extraído importantes consecuencias jurídicas que la Sala procederá a reiterar en función de la ilustración del caso bajo estudio.

“De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios¹⁴ y administrativos¹⁵ especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)n (...)”. (Se resalta).

En otro pronunciamiento, la misma corporación dispuso¹⁶:

(...) Le corresponderá a las entidades estatales correspondientes, entiéndase Gobierno Nacional- Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda, Departamento de Planeación Nacional, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC- e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, evitar la prolongada y continua vulneración de derechos fundamentales de los reclusos sin excusarse en la carencia de recursos, ya que el Estado termina siendo el principal responsable de proporcionar las condiciones básicas para la vida digna de una persona reclusa a su cargo en un establecimiento carcelario, máxime cuando i) la dignidad humana como derecho se conserva intocable y sin limitaciones de ningún orden o circunstancia y ii) las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad están limitadas a un estricto criterio de necesidad y proporcionalidad (...)” (Se resalta).

Los anteriores postulados, son congruentes con los parámetros expuestos por el Consejo de Estado, respecto a la responsabilidad del Estado, con ocasión a los daños causados a la población interna; Corporación que al respecto ha manifestado¹⁷:

“(...) En determinados eventos, sin embargo, el Estado asume una obligación específica de protección y seguridad, en virtud de la cual se hace responsable de los perjuicios que sufren las personas. Es el caso de los retenidos, quienes por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado en virtud de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

(...) En este orden de ideas, considera la Sala que las obligaciones de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

¹⁴ Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en la Sentencia T-596 de 1992.

¹⁵ Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en la sentencia T-065 de 1995.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-815 de 2013, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN

“Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.”

“(…) las relaciones de especial sujeción que nacen entre las personas privadas de la libertad y el Estado, implican que algunos de sus derechos queden sometidos a ciertas restricciones. Sin embargo, otros derechos fundamentales no pueden ser limitados ni suspendidos; el total sometimiento al Estado, que la Corte Constitucional ha identificado como un estado de indefensión o debilidad manifiesto, implica que el Estado tiene el deber de respetarlos y garantizarlos plenamente; es decir, que todo agente estatal debe abstenerse de conducta alguna que los vulnere y debe prevenir o evitar que terceros ajenos a dicha relación lo hagan.”

“En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquél es imputable al Estado”¹⁸

“(…) Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado en la integridad psicofísica del recluso o detenido, la Sala ha manifestado que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentra y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política; sin embargo, lo anterior no obsta para que la Sala declare, si hay lugar a ello, la configuración de una falla, en el caso de encontrarla probada luego de valorar las pruebas obrantes en el proceso.” (Se resalta).

Deviene de lo anterior, que en tratándose de daños causados al personal privado de la libertad, el régimen de responsabilidad aplicable será de carácter objetivo, en razón a la relación de especialísima sujeción que existe entre el interno y el Estado; no obstante ello, de advertirse la existencia de una falla en la prestación del servicio carcelario, el operador judicial deberá declarar la responsabilidad estatal con ocasión a ella, sin que esto signifique que al no establecerse una falla en el servicio, no pueda declararse la responsabilidad – objetiva - de la entidad, a título de daño especial; sobre el particular, ha dispuesto el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo¹⁹:

“(…) 13. En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable por daños causados a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de detención, el Consejo de Estado ha señalado que es de carácter objetivo, teniendo en cuenta que estas personas se encuentran bajo la vigilancia, custodia y protección del Estado y que, por razón del encarcelamiento, no están en capacidad plena de repeler por sí mismos las agresiones o ataques perpetrados por agentes estatales, por otros reclusos o por terceros particulares²⁰.”

“14. Siendo ello así, se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños causados a quienes se encuentra reclusos en establecimientos carcelarios o centros de reclusión, aunque no exista en el caso concreto una falla del servicio o un incumplimiento de”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, exp. 20.125, Consejero ponente: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Sentencia de febrero 20 de 2008. Expediente No. 16996. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, posición jurisprudencial reiterada en la sentencia del 29 de enero del 2009, Expediente No. 16975.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de abril de 2011, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.886, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

las obligaciones de respeto y protección a cargo de las autoridades penitenciarias. En estos eventos, la responsabilidad surge de la aplicación de la teoría del daño especial, pues se parte de la premisa de que las afectaciones a la vida o a la integridad personal de los reclusos, sin que medie el incumplimiento de una obligación administrativa, no puede considerarse un efecto esperado de la detención, es decir, una carga soportable por quienes se encuentran privados de la libertad²¹.

(...) 16. Ahora bien, es evidente que cuando las autoridades que tienen a su cargo el cuidado, custodia y vigilancia de los reclusos incurren en acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio, la responsabilidad patrimonial del Estado tendrá que ser declarada con base en este título jurídico de imputación, y no en el de daño especial. Dicho en otros términos, esto significa que no en todos los eventos en lo que se causen daños a personas recluidas en establecimientos carcelarios o centros de reclusión hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad de daño especial pues, en cualquier caso, será necesario determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de sus obligaciones legales y constitucionales.

"17. De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales el actor resultó lesionado, esto es, mientras se encontraba bajo la custodia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, se concluye que el daño es jurídicamente imputable a la administración pues, desde un punto de vista objetivo, el Estado tenía la obligación de garantizar la seguridad del señor Orlando Beltrán Rodríguez, esto es, de protegerlo contra actos que pudieran poner en riesgo su vida o su integridad personal.

"18. Sin perjuicio de lo anterior, cabe anotar que en los hechos del 21 de abril de 1997, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– incurrió en una falla del servicio de vigilancia y custodia puesto que, está probado que los amotinados tenían en su poder armas cortopunzantes, que pudieron haber sido utilizadas para atentar gravemente contra la vida y la integridad física de la guardia penitenciaria, de las otras personas que se encontraban ese día en las instalaciones de la penitenciaría, y de los otros reclusos (...)". (Se resalta).

Así las cosas, se reitera, la responsabilidad por los daños causados a la población recluida o privada de la libertad en Establecimientos Carcelarios, generalmente será de carácter objetiva, bajo la imputación del daño especial, en el entendido que los daños causados a los reclusos, por afectación a derechos como la vida y la integridad física, ocasionados sin necesidad de que la administración omita el cumplimiento de un deber legal o administrativo, no pueden considerarse como una carga que el interno deba soportar por el sólo hecho de estar privado de su libertad.

Si por el contrario, respecto al daño padecido por el recluso media el incumplimiento del deber legal o administrativo por parte de la entidad, la responsabilidad de la misma se declarará a través del título de imputación de falla en el servicio, aunque se insiste, si la falla no existiere, será el régimen objetivo a título de daño especial, el que determine la responsabilidad.

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

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, rad. 19.849, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

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 Considerado²²:

“(...) 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”²³

“(...) 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 antijuridicidad²⁴ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”²⁵, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”²⁶, 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”²⁷.

“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”²⁸, 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”²⁹(...)”³⁰.

²² 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.

²³ 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.”

²⁴ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

²⁵ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

²⁶ 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.

²⁷ 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.”

“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.”

²⁸ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

²⁹ 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.”

³⁰ VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

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.

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

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado³¹:

*“(...) 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).

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

³¹ 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.

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. Sobre el particular ha referido el Consejo de Estado³²:

“(...) En síntesis, el Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que se vulneró el derecho que tenía el paciente a recibir un servicio médico oportuno y eficaz, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer las entidades médicas estatales, de acuerdo a su nivel de complejidad, o no se remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, en tanto esa desatención constituye un daño autónomo, que debe ser reparado (...)” Subraya fuera de texto.

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 urgencia³³.

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

³² Sentencia de abril 30 de 2012. Sección tercera Subsección B. Consejera Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO Radicación No. 1997 - 02172. Expediente No. 22251

³³ 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. (...)”*

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 precisión³⁴:

*“(...) 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 establecimiento³⁵ o por la entidad promotora de salud contratada para tales fines.** “En concreto, en la sentencia T-744 de 2009³⁶ 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. (...).

³⁴ Sentencia T-175 de 2012, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

³⁵ 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 (...).”

³⁶ (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).

“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;³⁷ 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 expresó³⁸:

*“(...) 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.³⁹ 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 consecución⁴⁰, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida (...)”⁴¹

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 CASTILLO⁴², 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

³⁷ Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁸ Sentencia T-281 de 2011, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

³⁹ 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.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-489/98, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-862/99, MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁴² 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 y puede generar responsabilidad al margen de que no queden secuelas una vez se realice el tratamiento médico requerido.

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

8.1. Como anexo de la demanda se allegó al proceso, el siguiente material:

- Copia auténtica de registros civiles de nacimiento de CARLOS ARTURO CUERO MORALES, JHOJAN ESTIVEL CUERO CARVAJAL, SIXTA TULIA ANGEL, NELSON CUERO MORALES, ELVIA ROSA GALINDEZ MORALES⁴³.
- Copias de Historia Clínica ante el Hospital Universitario del Valle del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES⁴⁴; ante INPEC CAPRECOM IPS VILLA HERMOSA CALI⁴⁵.
- Certificación de declaración de fallida diligencia de conciliación extrajudicial expedida por la Procuraduría 19 Judicial II de Cali⁴⁶.
- Cartilla biográfica del interno CARLOS ARTURO CUERO MORALES⁴⁷.
- Copia de Historia Clínica de CARLOS ARTURO CUERO MORALES, emitida en medio electrónico por el Hospital Universitario del Valle⁴⁸ y medio físico CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD⁴⁹.

⁴³ Folios 5 al 8

⁴⁴ Folios 9 al 122

⁴⁵ Folios 123 al 149 y 6 al 22 Cuaderno pruebas parte demandante

⁴⁶ Folios 150 y 151

⁴⁷ Folios 227 al 229

⁴⁸ Folios 365 vuelto, 1 y 2 Cuaderno pruebas demandante

⁴⁹ Folios 37 al 87 Cuaderno pruebas demandante

- Oficio No. 1560 de marzo 31 de 2017, proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que contiene informe acerca de situación jurídica del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES⁵⁰.
- Informe pericial y sustento del informe pericial rendido por el doctor CESAR AUGUSTO GIRALDO G., médico especialista en Patología y Medicina Forense, acerca del diagnóstico y tratamiento del señor CARLOS ARTURO CUERO⁵¹.
- Testimonio de JOSE ALBEIRO SOTO DÍAZ⁵².

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

En el caso concreto, se acusa a la administración en cabeza del INPEC y de CAPRECOM por no atender en debida forma los deberes que le asistían de brindar atención médica consistente en determinar oportunamente un diagnóstico de enfermedad grave como el cáncer y tratamiento adecuados al interno CARLOS AUGUSTO CUERO MORALES, durante el tiempo de permanencia de dicha persona en EPC CALI, privado de la libertad.

Como hecho generador se menciona el hecho de la tardanza en ser remitido al especialista (para el caso que nos ocupa otorrinolaringólogo) y la consecuente tardanza en ordenar medidas adecuadas de diagnóstico y tratamiento del interno de la enfermedad referida.

De conformidad con la argumentación planteada en la contestación de la demanda, el INPEC cuestiona la imposibilidad institucional de brindar la atención médica y tratamiento requeridos, que comprenden en general los cuidados previos, concomitantes y posteriores a la enfermedad padecida que recaen en la EPS CAPRECOM, en coordinación y por autorización de la autoridad carcelaria INPEC.

⁵⁰ Folios 377 al 387, 400

⁵¹ Folios 409 vuelto, 410, C D a folio 410 y folios 88 al 107 Cuaderno pruebas demandante

⁵² Folios 366 frente y vuelto y C D a folio 370

CAPRECOM afirma haber brindado tratamiento adecuado y oportuno al paciente y que la obligación de tratamiento médico es de medio y no de resultado, para el caso que nos ocupa, la desaparición del cáncer no fue posible.

En este orden de ideas, de conformidad con el acontecer fáctico y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación preferente que inicialmente resulta aplicable al presente asunto, es el de falla en el servicio, 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 procurar brindar la atención médica que requiere un interno bajo su cuidado (diagnóstico y tratamiento de enfermedad), situación que según la demanda, debe generar el pago de perjuicios.

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, se considera por parte del Despacho se debe entrar a dilucidar a través de un análisis del contenido de la Historia Clínica y del dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del paciente CARLOS ARTURO CUERO MORALES, confrontados con lo afirmado en el dictamen pericial del doctor CESAR AUGUSTO GIRALDO G.

9.1. Fase prediagnóstico

Inicialmente resulta necesario aclarar que el origen de una enfermedad de las características del cáncer atribuido a las entidades demandadas por el hecho de estar recluso o privado de la libertad el señor CUERO MORALES, no será considerado como parámetro de análisis que efectuará el Juzgado, ya que no se comparte el planteamiento del demandante al afirmar que por no detectarse con el examen de ingreso al establecimiento carcelario ninguna patología, sus condiciones de salubridad eran óptimas y luego por el hecho de padecer de cáncer de laringe, dicha patología es atribuible a la Administración llamada a responder por tal situación, por el simple hecho de la reclusión.

Esto es, se considerará la tardanza en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad padecida por el señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES, pero no si el origen de la enfermedad se debe atribuir a la permanencia en el establecimiento carcelario del paciente, ya que dicha patología puede provenir de

diversas causas y no necesariamente del hecho de estar recluido en una prisión, aún después de ingresar en condiciones aparentemente aceptables de salud.

9.2. Fase Diagnóstico

Se debe tener en cuenta que según el examen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, fue en el año 2011 cuando le detectaron el cáncer de laringe al señor CUERO MORALES y le hicieron radioterapia que culminó en noviembre de 2011.

Es decir, si el tratamiento inició en un momento próximo al de su detención e ingreso a prisión desde marzo 7 de 2011⁵³, ello es prueba de que la Administración y la EPS actuaron o autorizaron el tratamiento de radioterapia entre marzo 7 y noviembre de 2011 y por consiguiente no podría aparecer durante dicha fase pedido de responsabilidad.

De otra parte, al proceso no se allegó prueba de que por la exposición del paciente a determinada sustancia existente al interior de la prisión o de que debido al ambiente carcelario propiamente tal, fue que se le produjo al señor CUERO MORALES, la enfermedad de cáncer de laringe y por tanto se descarta la posibilidad de fijar determinado daño antijurídico como consecuencia de la generación y diagnóstico inoportuno del padecimiento de la enfermedad de cáncer de laringe; situación que abarca las fechas descritas en el examen médico legal y que comprende el transcurrir de los meses de marzo a noviembre de 2011 (se reitera⁵⁴).

9.3. Fase tratamiento

Antes de concluir la radioterapia para el cáncer de laringe, según el informe médico legal⁵⁵ ya se tenía evidencia de la importancia de acudir al otorrinolaringólogo desde junio 15 de 2011.

Tal situación se mantiene sin resultado positivo en la cita del paciente de febrero 12 de 2012 y hasta mayo 15 de 2012, al practicarse biopsia por decisión del especialista, ya se muestra Carcinoma escamoso de células grandes, además de

⁵³ Cartilla Biográfica a folios 24 al 26 del Cuaderno de pruebas demandante y dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de agosto 20 de 2013, visible a folios 28 al 31 del mismo cuaderno, a través del cual se determinó además su incompatibilidad con la permanencia en establecimiento carcelario

⁵⁴ Ver nuevamente folio 28 Cuaderno Pruebas Demandante

⁵⁵⁵⁵ Folios 28 al 31 Cuaderno pruebas Demandante

la masa en la laringe y cuerdas vocales, con un cuadro de disnea progresiva que produce a su vez remisión a urgencias y la realización de traqueostomía para junio 7 de 2012.

En agosto 28 de 2012 significó una patología de laringe con masa subglótica izquierda, cáncer avanzado de laringe.

Al paso que en febrero 1 de 2013, ya significó tumor glótico, edema y eritema de la mucosa interadoneidea, subglotis izquierda. Además el TAC de cuello significó disminución de la movilidad de pliegue vocal, engrosamiento subglótico izquierdo.

Para julio 31 de 2013, masa exofítica trasglótica compromiso de pliegue vocal izquierdo y comisura posterior, disminución de movilidad bilateral, lesión pliegue vocal tercio posterior lado izquierdo, cáncer de laringe recidivante, disminución severa de movilidad pliegues vocales, programar laringectomía más vaciamiento del cuello más reconstrucción con colgajo regional más gastronomía prioritaria; masa supraglótica que genera disminución cierre laríngeo con descenso epiglótico parcial durante deglución, penetraciones a vestíbulo laríngeo y presencia de microaspiraciones.

9.4. Existe responsabilidad del Estado con ocasión del deterioro del Estado de Salud del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES?

De conformidad con el resumen del material probatorio allegado podemos afirmar que el estado de salud del señor CUERO MORALES fue deteriorándose paulatinamente al punto de requerir inicialmente practicar traqueotomía, para luego laringectomía más tratamientos adicionales incluyendo lavado de cuello, lo cual demuestra claramente un deterioro progresivo de la salud de la paciente.

Para poder definir la responsabilidad del estado en la situación debemos entrar a analizar si se configuran o no los elementos que configuran la misma que corresponden en detalle a:

9.4.1. La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido;

9.4.2. 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,

9.4.3. El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

9.4.1. Daño antijurídico:

En síntesis, según el enunciado realizado, 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.

En el presente asunto se estableció que la enfermedad padecida por el demandante CARLOS ARTURO CUERO MORALES (cáncer de laringe), se extendió hasta afectar otras partes del cuerpo, durante el período de permanencia en el establecimiento carcelario y que si bien a entre junio y noviembre de 2011 se concluyó una primera fase del tratamiento consistente según dictamen médico legal en radioterapia, la orden de ser atendido por un especialista (otorrinolaringólogo), se impartió en junio 8 de 2011 y solo hasta una fecha no determinada entre febrero 8 de 2012 y mayo 15 de 2012 y a raíz de un examen ordenado por el aludido especialista se determina el avance significativo de la enfermedad.

Es decir que el paciente no percibió apoyo médico idóneo durante un período de entre 8 y 11 meses, lo cual facilitó el agravamiento de la enfermedad que padecía, que a la postre derivó en una traqueostomía practicada en junio 7 de 2012 y en incremento progresivo de los síntomas y avance de la enfermedad.

Es decir el daño antijurídico se da por un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima, por intromisiones intolerables a su salud que restringen el ámbito del libre desarrollo de su personalidad por cuanto al margen de estar privado de la libertad, era restringido su ámbito de contacto con un médico idóneo que impartiera orden de examen idóneo, tendiente a verificar una problemática que en su oportunidad no podía asumir el médico tratante.

La ausencia de diagnóstico y tratamiento oportuno y actualizado, significó un deterioro grave a su salud al punto de requerir prisión domiciliaria para agosto 20 de 2013, y aunque eventualmente podría tener la obligación jurídica de soportar dicha situación por tratarse del padecimiento de una enfermedad, la ausencia de tratamiento significó justamente el deterioro grave de su salud, hasta el punto de afectar el derecho a su dignidad humana, derivada de la supresión de órganos y parte del cuerpo que debió sufrir (traqueostomía, laringectomía y vaciado de

cuello), situación que perduró hasta el momento en el cual CAPRECOM, bajo la coordinación de INPEC, asumen sus obligaciones, no obstante la enfermedad avanzó progresivamente.

9.4.2. Imputación de 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 la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido

El demandante tenía pendiente la programación de una cita con especialista otorrinolaringólogo cuando se encontraba privado de su libertad en la ciudad de CALI, bajo la custodia del INPEC y con la prestación del servicio médico por parte de CAPRECOM.

Ya hemos dicho que de conformidad con el dictamen médico legal la enfermedad de cáncer en la laringe, se agravó en un momento determinado en el que el paciente requería completar diagnóstico y tratamiento a través de un especialista que se dio hasta 11 meses después, época en la cual se determinó el agravamiento de la enfermedad que siguió avanzando vertiginosamente.

Si conforme se destaca en el citado informe médico legal, el Cáncer de laringe Estadio III depende de si se ha diseminado desde la supraglotis, glotis o subglotis⁵⁶, lo cual solo lo podía verificar el especialista con base en la remisión ordenada ante el otorrinolaringólogo que en el presente caso se insiste resultó tardío en atención y por consiguiente en tratamiento adecuado.

Para corroborar lo explicado sobre el tema, el Despacho se remite al análisis efectuado en el dictamen médico pericial rendido por parte del doctor CESAR AUGUSTO GIRALDO G.⁵⁷, ratificado en desarrollo de audiencia de contradicción junio 15 de 2017⁵⁸, el cual señala:

“(...) En síntesis, el tiempo transcurrido entre la solicitud de atención por OTR (junio 15 de 2011), atención por el OTR GENERAL (febrero 15 de 2012), y por fin el inicio de la radioterapia luego de la biopsia confirmatoria de tumor maligno transcurrieron 14 meses y medio, un tiempo tan prolongado que por inoportuno permitió que el tumor hiciera recidiva invadiendo músculos vecinos y cartílagos y llevó a una cirugía mutilante en agosto de 2013 (...)”

⁵⁶ Folio 31 Cuaderno pruebas demandante

⁵⁷ Folios 89 al 95 Cuaderno pruebas demandante

⁵⁸ Folios 408 al 410 y C D a folio 411

En reporte de Historia Clínica del demandante en Hospital Universitario del Valle corrobora todo lo expuesto en ambos dictámenes corrobora que CAPRECOM por lo menos desde junio 7 de 2011, no atendió el requerimiento de solicitud de atención por especialista sino entre 11 y 14 meses después, lo cual evidentemente configura la falla del servicio por omisión en la atención médica del paciente.

Aunque INPEC refiere la imposibilidad física de procurar el tratamiento, tenía a su alcance la copia de la Historia Clínica del paciente y el propio documento de examen médico de solicitud de atención por especialista de junio 7 de 2011, a través del cual, fue informado de la situación sufrida por parte del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES, no obstante el procedimiento específico solo es objeto de solicitud oficial desde el punto de vista médico hasta entre 8 meses y un año y dos meses después, cuando el paciente ya tenía bastante deteriorado su estado de salud por agravamiento de la enfermedad que padecía.

Sobre la tardanza en atención o dificultades para brindar atención médica oportuna y eficaz, el Consejo de Estado ha señalado citando jurisprudencia sobre el tema⁵⁹:

“(...)“En consecuencia, está acreditado en el expediente que la menor Rosa Omaira Arévalo David falleció en el más absoluto abandono estatal, sin que se le prestara la más mínima asistencia médica y aunque no se pudo establecer que esa omisión fuera la causa de su muerte o le hubiera restado oportunidades de sobrevivencia, lo cierto es que se desconoció totalmente su derecho a recibir una eficiente prestación del servicio de salud, falla que en sí misma causó daños a la menor, de los cuales se derivan perjuicios para los demandantes, como se señalará más adelante”⁶⁰(...)”

Como en el caso que nos ocupa, la valoración de la necesidad y posterior realización del tratamiento, tarda 14 meses comprendidos entre junio 7 de 2011 y agosto de 2012, durante los cuales el paciente se expuso a molestias innecesarias por la tardanza en realizar el diagnóstico y tratamiento exigidos; situación dañina que en el caso que nos ocupa es imputable tanto a CAPRECOM como al INPEC, quienes asumen posición de garantes frente a la posibilidad de generación de las molestias que implicaba el tratamiento para la enfermedad que padecía de una manera oportuna desde el punto de vista científico y eficaz por parte de personal médico especializado e idóneo.

En virtud de lo dicho, igualmente se hace evidente el hecho omisivo determinante con la relación de causalidad entre la conducta omisiva desplegada por las

⁵⁹ Sentencia de abril 30 de 2012. Consejera Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sección Tercera – Subsección B. Expediente No. 1997-02172 (22251). Demandante JULIO CESAR RUÍZ TOBÓN Y OTROS

⁶⁰ Sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17866, con ponencia de RUTH STELLA CORREA PALACIO

entidades demandadas y la afectación por ausencia temporal del tratamiento del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES.

10. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

10.1. Daño a la Salud

Sobre este perjuicio, el Honorable Consejo de Estado ha determinado que:

“(...) cuando el menoscabo recae sobre la integridad psicofísica de la persona, lo procedente es aludir a una nueva tipología de daño conocida como “daño a la salud”, que pretende proteger dicho bien jurídico con independencia de los demás intereses que hacen parte de la órbita del afectado (...)”⁶¹.

En un pronunciamiento reciente, la referida Corporación concluyó que era incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje de incapacidad existente y por el contrario, para su reconocimiento **serían validos cualquiera de los medios probatorios legalmente aceptados**; así, discurrió bajo el siguiente temperamento⁶²:

*“(...) es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. **Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.**”*

*“(...) Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, **a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria.** Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.*

*“(...) **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.*

*“(...) **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.**” (Se resalta).*

⁶¹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2015, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00719-01(34086)

⁶² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

En distinto pronunciamiento, frente a la forma de liquidar dicho perjuicio, la misma Corporación indicó⁶³:

“(...) Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exs. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

“Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV”

Queda claro, que quien solicite la indemnización del perjuicio de daño a la salud tendrá libertad probatoria sobre el particular, y aunado a ello la temporalidad del daño no debe incidir en el reconocimiento del perjuicio.

De igual forma, el *quantum* indemnizatorio dependerá del porcentaje de gravedad de la lesión, el cual debe ser determinado por el juez de acuerdo con lo que se encuentre probado procesalmente, sin que necesariamente se acoja tal porcentaje, lo importante es que efectivamente el perjuicio se pruebe.

En el caso sub examine, considera el Despacho que el daño a la salud está probado con las historias clínicas y dictámenes periciales aducidos al expediente, en tanto en ellas se constata que el señor CUERO MORALES recibió en diversas oportunidades atención médica relacionada con su enfermedad, no obstante hubo tardanza en atención por parte del especialista y como consecuencia se agravó su estado de salud, ante la ausencia de un tratamiento adecuado.

Del medio de prueba en comento puede inferirse que hubo una afectación corporal o psicofísica del demandante CUERO MORALES, la cual se considera definitiva durante un período superior a 14 meses que tardó la administración en permitir que accediera al tratamiento requerido, cuando ya la enfermedad se encontraba avanzada en su desarrollo.

⁶³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. OLGA MÉLIDA DEL VALLE DE LA HOZ

Para concluir:

Se demostró la existencia de un daño antijurídico respecto del cual se considera injustificada su ocurrencia en el ámbito carcelario y al margen de que su tratamiento la torne irreversible, debe decirse que en su momento le causó las alteraciones antes señaladas y que las mismas son indemnizables.

De acuerdo con las anteriores circunstancias, considera el Despacho que el grado de GRAVEDAD para acogernos a la tabla porcentual del señor CUERO MORALES, se considera demostrado acorde con las circunstancias expuestas, en especial lo relacionado con la solicitud de proseguir cumpliendo pena de prisión en sitio diferente al especificado como establecimiento carcelario⁶⁴; razón por la cual será utilizado dicho parámetro a efectos de cuantificar el perjuicio que nos ocupa.

Dadas las características que rodearon los hechos considerados probados, se estima que el perjuicio se puede tasar en **90 S. M. L. M. V.** y únicamente a favor del lesionado, en cuanto se trata del agravamiento de una enfermedad diagnosticada y padecida por el paciente, generada por atención médica tardía dispuesta a favor del señor CUERO MORALES.

La víctima CARLOS ARTURO CUERO MORALES, no está legitimada para reclamar daño a la vida de relación e igualmente los miembros de la familia, no están legitimados para reclamar el daño a la salud y el daño a la vida de relación, según el punto de vista jurisprudencial del Consejo de Estado; tema que se analizará con posterioridad.

10.2. Perjuicios morales

Los demandantes ya hemos dicho, solicitan que a título de **perjuicio moral** se les cancele las siguientes sumas de dinero:

- CARLOS ARTURO CUERO MORALES: CIENTOCINCUESTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (150) SMLMV.
- JHOJAN STIVEN CUERO CARVAJAL (HIJO): CIEN SAALRIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100) SMLMV.

⁶⁴ Folio 31 Cuaderno pruebas demandante

- MYRIAM MORALES DE CUERO (MADRE): CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100) SMLMV.
- ELIZABETH CUERO MORALES (HERMANA): OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (80) SMLMV.
- NELSON CUERO MORALES (HERMANO): OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (80) SMLMV.
- ELVIA ROSA GALÍNDEZ MORALES (PRIMA): OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (80) SMLMV.

Cabe resaltar al respecto, que la reparación del daño moral en caso de lesiones, refiere a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, a sus familiares o personas cercanas.

Empero, también debemos precisar que la moral es un conjunto de normas, creencias, valores y costumbres que dirigen o guían la conducta de las personas en sociedad. La moral permite distinguir que acciones son correctas (buenas) y cuales son incorrectas (malas). Otra perspectiva la define como el conocimiento de lo que el ser humano debe hacer o evitar para conservar la estabilidad social⁶⁵. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁶:

“(...) Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en “el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien”. Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas.

*“(...) Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como ‘onus prolandi, incumbit actori’ y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo ‘reus, in excipiendo, fit actor’. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. **Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia** y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración (...)” (Resalta el Despacho).*

Sobre el particular, cabe destacar un aparte de la sentencia de abril 9 de 2014 de la Sección Tercera, Sub Sección A del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero HERNÁN ANDRADE RINCÓN, quien sobre la presunción de este perjuicio respecto a los familiares más cercanos de la víctima, puntualizó:

⁶⁵ Ver Enciclopedia WIKIPEDIA

⁶⁶ Sentencia de junio 30 de 2011. Consejero Ponente DANILO ROJAS BETANCOURTH. Proceso No. 19001233100019970400101 (19836). Consejo de Estado Sección Tercera Sub Sección B.

“(…) De otra parte, acerca de los daños causados por las lesiones de una persona, resulta necesario precisar que **con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral**; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido **o sufrido una lesión**, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.⁶⁷” (Se resalta).

Ahora, sobre la forma de liquidar este tipo de perjuicio de índole inmaterial, en sentencia de unificación, el Consejo de Estado determinó lo siguiente⁶⁸:

“Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, **a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.** (...)” (Se resalta).

⁶⁷ Cf. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

De conformidad con lo anterior, para efectos de efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de lesiones personales, como el que hoy nos concita, deberá tenerse en cuenta: (i) el nivel en el que clasifican las personas que solicitan el pago del perjuicio; y (ii) la gravedad de la lesión causada, criterios que al conjugarse determinarán, según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la gravedad o levedad de la lesión, será determinada por el juez al momento de liquidar el perjuicio, y para ello, deberá ceñirse al material probatorio existente en el proceso.

De cara al proceso, podemos afirmar que bajo la custodia del Estado se produjo un deterioro grave del estado de salud del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES durante su permanencia en establecimiento carcelario, dentro de un plazo superior a un (1) año, por cuanto no obstante padecer cáncer de laringe, dicho estadio se extendió a otras partes de su cuerpo hasta el punto de exigir la traqueostomía.

Esto es, desde el punto de vista del daño moral, puede decirse que tal perjuicio está demostrado, pues de acuerdo con el historial clínico referido líneas arriba, el Despacho reitera que existe prueba que nos permite definir la existencia de agravamiento del estado de salud del paciente generado por la omisión en atención médica, al interior del establecimiento carcelario, durante un lapso superior a un año.

Ahora bien, el Juzgado considera que la presunción señalada por el Consejo de Estado, afecta esencialmente a la legitimación para beneficiarse del perjuicio objeto de liquidación; y como tal presunción es de origen jurisprudencial y afecta la causación de perjuicios morales para la víctima, la compañera permanente o estable, los hijos, los padres y hermanos; dicha presunción eventualmente y examinado cada caso en particular, puede admitir prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo 166 del Código General del Proceso⁶⁹. Como en el presente caso se adujo prueba de que el señor CUERO MORALES ya presentaba la enfermedad casi simultáneamente con su ingreso a la cárcel, se concluye que parte del perjuicio se debe al desarrollo propio de la enfermedad, que en determinado momento se agravó, por la ausencia de atención médica idónea.

⁶⁹ “**ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY.** Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

Se reitera entonces el Consejo de Estado, refiere esencialmente el tema de la legitimidad para beneficiarse del perjuicio objeto de liquidación, no obstante el daño moral desde el punto de vista probatorio se debe analizar con base en la generalidad de las pruebas allegadas al proceso, para determinar la pertinencia de su declaración y en el sub iudice, se reitera, por un lado, aparece acreditado el agravamiento del estado de salud del señor CUERO MORALES en el establecimiento reclusión, y por tanto, en lo atinente al perjuicio moral familiar, la prueba documental relacionada conduce a señalar omisión parcial y durante un período de entre 11 y 14 meses en adelantar el tratamiento adecuado requerido por el demandante, quien pudo verse afectado con ocasión de tal situación.

Con base en lo dicho, considera el Despacho que debe fijarse indemnización a favor del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES, que corresponden a la vulneración del derecho que tenía a recibir una atención médica adecuada y oportuna. Así las cosas, en monto a reconocer por este rubro compensatorio a favor de dicha persona corresponde dado su calificativo de grave, por parte del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES⁷⁰, en el cual concurren no obstante los síntomas de la enfermedad, en virtud de lo cual el Despacho los tasa en la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes; al igual que a la señora MYRIAM MORALES DE CUERO (MADRE)⁷¹ y JHOJAN ESTIVEN CUERO CARVAJAL (HIJO)⁷²; con arreglo a la presunción definida jurisprudencialmente, no obstante por concurrir la existencia de la enfermedad simultáneamente con su ingreso a la prisión desde marzo 7 de 2011, los tasa el Despacho en la suma de 90 salarios mínimos legales vigentes para cada persona.

En lo referido a los perjuicios padecidos por los hermanos de la víctima, ELIZABETH CUERO MORALES y NELSON CUERO MORALES (fallecido) y una prima de la víctima, ELVIA ROSA GALINDEZ MORALES, obra declaración del señor JOSÉ ALBEIRO SOTO DÍAZ, acerca de la afectación moral debido a los padecimientos al interior de la cárcel por parte del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES, igualmente serán tasados proporcionalmente por la característica progresiva de la enfermedad que se presenta de forma simultánea con su ingreso a la prisión, en 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los dos (2) primeros y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la señora ELVIA ROSA GALINDEZ MORALES, aclarando que por el fallecimiento

⁷⁰ Folio 31 Cuaderno pruebas demandante

⁷¹ Folio 4

⁷² Folio 5

del señor NELSON CUERO MORALES, se dispondrá que la eventual indemnización se girará a favor de sus respectivos herederos debidamente acreditados ante el proceso.

10.3. DAÑO EMERGENTE

No se reconocerá suma alguna por este concepto por cuanto a lo largo del proceso no se acreditó su causación, en efecto, no se demostró que el demandante haya tenido que incurrir en gasto alguno relacionado con tratamientos médicos, cirugías y exámenes practicados como consecuencia del daño que el Estado le irrogó en el presente asunto. Por lo anterior dicha pretensión será negada.

10.4. LUCRO CESANTE

Por concepto de lucro cesante, el apoderado de la parte actora solicita en favor del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES una suma equivalente a 38.108.730 o más, pero en criterio de este Despacho el reconocimiento de dicho perjuicio en el caso concreto es improcedente por las razones que pasan a explicarse:

Respecto al periodo en el cual el señor CUERO MORALES se encontró privado de su libertad se presume que éste no pudo ejercer labor alguna que le generara un rédito, precisamente porque su condición de reclusión no se lo permitía, y aunque es sabido que en algunas ocasiones los reclusos realizan labores al interior de los penales que eventualmente pueden generarles algún tipo de renta, en el presente asunto el demandante no acreditó tal circunstancia, sobre este punto, el Consejo de Estado al estudiar un caso similar concluyó⁷³:

“(...)33. La Sala no accederá al reconocimiento del lucro cesante consolidado en razón a que, al momento en que ocurrieron los hechos, el señor Beltrán Rodríguez se encontraba privado de la libertad, sindicado de los delitos de homicidio, hurto, secuestro simple, concierto para delinquir, porte ilegal de armas y daño en bien ajeno, lo cual hace presumir que no se encontraba desarrollando ninguna actividad productiva de carácter permanente.(...)”

Ahora en relación al lucro cesante que se solicita desde junio 07 de 2012, hasta su fecha de vida probable o expectativa de vida (lucro cesante futuro), igualmente no podrá reconocerse suma alguna, puesto que para que proceda el reconocimiento del lucro cesante futuro en este tipo de casos, no sólo es

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de abril de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth. **Radicación número: 19001-23-31-000-1997-05005-01(20587).**

necesario que exista certeza del daño, sino que, además, sea posible establecer la gravedad de las lesiones, esto es, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y si éstas son de carácter permanente o transitorio, situación que no se encuentra acreditada en el plenario, es decir aunque se aduce pérdida de capacidad laboral de 35%, esta no fue acreditada por el mecanismo idóneo en el porcentaje que debe definir el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por tanto será negada la indemnización por tal concepto.

10.5. DAÑO A BIENES CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS – SOLICITADOS COMO “PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN”:

A lo largo del tiempo el perjuicio inmaterial ha evolucionado constantemente en materia de lo Contencioso Administrativo, así, tan solo la sentencia del 14 de septiembre de 2011, emitida por el Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO, puso fin a la confusión existente respecto a esta categoría de perjuicios, indicando que:

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

Se colige de lo anterior, que tratándose de perjuicios inmateriales, actualmente existen tres categorías a saber: **i)** perjuicios morales, **ii)** daño a la salud y **iii)** cualquier otra afectación a un bien o derecho jurídica o constitucionalmente tutelado, que no se encuentre incluido en la reparación de perjuicios morales o daño a la salud (psicofísicos), y que ameriten un estudio y reconocimiento independiente, categoría en la que expresamente se incluyeron los perjuicios comúnmente denominados como “*daño a la vida de relación*” y “*alteración a las condiciones de existencia*”, que actualmente se encuentran desechados por la jurisprudencia de esta jurisdicción, para pasar a hacer parte de una categoría mucho más definida y concreta, cuyo resarcimiento en términos del aparte transcrito, se realizaría bajo los lineamientos que fijaría el Consejo de Estado.

Pues bien, los lineamientos resarcitorios fueron establecidos por dicha Corporación a través de sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, en la

cual además a dicho perjuicio en términos genéricos se le denominó ***Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos***, señalándose las características del mismo de la siguiente forma:

“(...) 15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. **Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.**

ii) **Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.**

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) **La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva:** los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.(...)” (Se resalta)

A su turno, sobre los aspectos que pueden ser reparados en el ***daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos***, la misma providencia mencionó:

“(...) 15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) **El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos.** La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) **La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.**

iii) La legitimación de las víctimas del daño: **se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.**

iv) **Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.** Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) **Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y**

convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.(...)"

Queda claro entonces respecto a los criterios para tasar el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** que el fin de reparar el mismo es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos, valga decir, en la medida de lo posible, regresar todo a su estado natural como si jamás se hubiese generado el daño, razón por la cual las medidas de reparación no pecuniarias son preferentes respecto a las pecuniarias, pues estas últimas deben otorgarse de forma excepcional, solo cuando las primeras no sean **posibles, suficientes o adecuadas** para resarcir el daño, y que en el evento de optarse por la medida de reparación pecuniaria, esta solo se dará en favor de la víctima directa hasta por un valor máximo de 100 SMLMV, **siempre y cuando no se hubiese reconocido rubro alguno por concepto de daño a la salud**, lo que quiere decir que el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** cuando se pretenda reparar pecuniariamente y el **daño a la salud** se excluyen entre sí.

De otra parte, referente a las características de este tipo de perjuicios y la forma de repararlos, debe precisarse que no es necesario que su indemnización haya sido solicitada expresamente, ya que el Juez tiene el deber de ordenar su reparación en los eventos en que lo encuentre acreditado, valga decir, opera de manera oficiosa.

Descendiendo al estudio de este perjuicio en el caso concreto, tenemos que el apoderado de la parte actora solicita la indemnización del mismo a título de "**perjuicios a la vida de relación**", por lo cual indica que debe repararse al señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES otorgándoseles la suma de ciento cincuenta (150) SMLMV, a JHOJAN ESTIVEN CUERO CARVAJAL, MYRIAM MORALES DE CUERO otorgándoseles a cada uno de ellos la suma de cien (100) SMLMV, por el mismo concepto se le pague ELIZABETH CUERO MORALES, NELSNO CUERO MORALES y ELVIA ROSA GALINDEZ MORALES la suma de ochenta 80 SMLMV para cada uno de ellos, no obstante, debe recordarse que

líneas atrás en esta providencia, al señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES le fue reconocido un monto equivalente a 90 SMLMV por concepto de **daño a la salud**, situación que imposibilita a este juzgador para reparar pecuniariamente el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** solicitado como **perjuicios a la vida de relación**, si en cuenta se tiene el precedente jurisprudencial citado con anterioridad.

Por lo anterior, se negará el reconocimiento de este perjuicio.

11. 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 ibidem⁷⁴, 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 interpretación⁷⁵:

*“(...) 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

⁷⁴ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁷⁵ 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.**

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:

“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.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.

SEGUNDO.- DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable al Estado en cabeza del INPEC y de CAPRECOM, por los perjuicios morales y perjuicios a la salud causados al señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES.

TERCERO: CONDENAR SOLIDARIAMENTE al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC y a CAPRECOM, a cancelar a título de perjuicio a la salud, por la suma equivalente a 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor CARLOS ARTURO CUERO MORALES.

CUARTO: CONDENAR SOLIDARIAMENTE al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC y a CAPRECOM, a cancelar a: CARLOS ARTURO CUERO MORALES, MYRIAM MORALES DE CUERO y

JHOJAN ESTIVEN CUERO CARVAJAL a título de perjuicio moral, la suma equivalente a 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos.

Por el mismo concepto se pague a favor de ELIZABETH CUERO MORALES y NELSON CUERO MORALES la suma equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos, aclarando que por el fallecimiento del señor NELSON CUERO MORALES, se dispone que la eventual indemnización se girará a favor de sus respectivos herederos debidamente acreditados ante el proceso.

Para ELVIA ROSA GALINDEZ MORALES el equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el mismo concepto.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda según se indicó.

SEXTO.- ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia según lo expuesto.

OCTAVO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

NOVENO.- EJECUTORIADA esta providencia LIQUIDAR los gastos del proceso, DEVOLVER los remanentes si los hubiere y ARCHIVAR las diligencias, previa las actuaciones pertinentes y las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

