



Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Naturaleza del asunto	Proceso Ordinario de Reparación Directa
Radicación No.	11001-33-43-060-2018-00301-00
Demandante	Maricela Barbosa Ortiz y otros
Demandado	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC
Sentencia No.	2021-0171RD
Tema	Muerte de interno

Contenido

1. ANTECEDENTES.....	2
2. PARTES.....	2
3. LA DEMANDA.....	2
3.1 HECHOS RELEVANTES.....	2
3.1.1 DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO.....	2
3.1.2 DEL NEXO CAUSAL.....	3
3.1.3 DEL DAÑO.....	4
3.2 PRETENSIONES.....	4
4. LA DEFENSA.....	6
4.1 RESPECTO DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	6
4.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES.....	7
4.3 RAZONES DE DEFENSA.....	7
4.3.1 INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD.....	7
4.3.2 FALTA DE APTITUD PROBATORIA.....	8
4.3.3 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.....	8
5. TRÁMITE.....	8
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	9
6.1 DE LA PARTE DEMANDANTE.....	9
6.2 DE LA PARTE DEMANDADA.....	11
7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	13
8. CONSIDERACIONES.....	13
8.1 TESIS DE LAS PARTES.....	13
8.2 PROBLEMA JURÍDICO.....	13
8.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.....	13
8.3.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO.....	14
8.3.2 ACERCA DEL NEXO CAUSAL.....	14
8.3.3 ACERCA DEL DAÑO.....	25
8.4 CASO CONCRETO.....	25
8.5 ARCHIVO.....	25
9. DECISIÓN.....	25



1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas del proceso pasa a proferirse sentencia dentro del medio de control reparación directa promovido por MARICELA BARBOSA ORTIZ y otros, contra del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC.

2. PARTES

a.		Demandante	
	Nombre	Identificación	
1	MARICELA BARBOSA ORTIZ	52.200.633	
2	ÓSCAR OCAMPO SUAREZ	80.230.086	
3	JUAN ESTEBAN OCAMPO BARBOSA	1.000.50.619	
4	KIMBERLY VALENTINA OCAMPO BARBOSA	NUIP 1.021.313.389	
5	FABIÁN ANDRÉS OCAMPO BARBOSA	NUIP 1.000.580.169	
6	MARÍA LIGIA ORTIZ	41.684.846	
7	MARÍA TERESA DE JESÚS SUAREZ GRAJALES	24.315.437	
b.		Demandados	
1	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario		
c.		Agencia del Ministerio Público	
Al momento del fallo la Agencia del Ministerio Público corresponde a la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá.			

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se abstuvo de intervenir en el trámite.

3. LA DEMANDA

A continuación, se resumen los elementos esenciales de la demanda.

3.1 HECHOS RELEVANTES

De los hechos relacionados en la demanda, resultan relevantes los siguientes:

3.1.1 DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO

Relata la parte actora que el ciudadano ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, ingresó al Establecimiento Carcelario de Bogotá "La Modelo", el 19 de enero de 2017, tras ser condenado por el Juzgado 72 Penal Municipal de Bogotá, al haberlo encontrado responsable del delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con homicidio en la modalidad de tentativa.

Estando recluso en el centro carcelario, sufre fuerte dolor abdominal acompañado de diarrea constante con deposiciones verdes, por lo que el 2 de enero de 2018 acude al dispensario para ser atendido.

Posteriormente, es remitido al Hospital Occidente de Kennedy, el 26 de enero de 2018, dada las patologías presentadas por el interno, y estando hospitalizado, fallece el 31 de enero de 2018, a las 7:20, el interno, ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA.,



3.1.2 DEL NEXO CAUSAL

Mientras se encontraba recluso pagando su condena en el establecimiento carcelario, el ciudadano ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, empezó a sufrir un fuerte dolor abdominal, que lo llevó a solicitar atención médica el 2 de enero de 2018, en el dispensario de la cárcel La Modelo, dado que presentaba dolor abdominal acompañado de diarrea constante con deposiciones verdes; allí fue valorado por el profesional de salud el médico cirujano Andrés F. Caviedes, quien indicó lo siguiente:

"paciente que ingresa al consultorio área de sanidad, caminando por sus propios medios, despierto, consciente y orientado en tiempo, lugar y espacio, a la consulta refiere "me descuaje" (...). Se observa al momento de la palpación sin irritación peritoneal, sin deshidratación, abdomen no distendido, con dolor en flanco medio abdominal (medio), dolor y diarrea con una evolución de 04 días (más o menos), paso a seguir: (1) se solicitan paraclínicos (CH, PO, glicemia, triglicéridos, suerología, Elisa para VIH). (2) Control médico general con reportes. (3) Salida al patio con recomendaciones (si no presenta mejoras acudir por servicio de urgencias)"(SIC)

Los exámenes ordenados por el médico tratante no le fueron realizados al interno, tal y como se evidencia en el resumen clínico del paciente, y así fue reconocido por el galeno, quien, en reporte del 26 de enero de 2018, y por ello ordenó la remisión del paciente al Hospital de III Nivel, dadas las condiciones de salud de éste, así:

"paciente que reingresa a consulta refiriendo aumento en su dolor abdominal, continúa con deposiciones diarreicas y fiebre, sin reportes de laboratorios, se decide remitir a hospital de III nivel con diagnóstico de (1) Deshidratación grado II, dolor abdominal vs abdomen agudo, diarrea continua"(SIC)

Mediante orden N° 114-ECBOG- REMIS-031 del 26 de enero de 2018, el interno es trasladado al Hospital Occidente de Kennedy, en donde fue atendido por urgencias, y el 27 de enero de la misma anualidad, le fue realizado el diagnóstico inicial, la cual registra lo siguiente:

"M.C "recibí un golpe en el estómago" EA: paciente con cuadro de 2 semanas de evolución consistente en dolor abdominal predominante en fosa iliaca derecha, refiere episodios eméticos en la primera semana, bilioso y pico febril no cuantificado, hoy en la mañana refiere recibió golpe en abdomen con dolor en hemiabdomen izquierdo. Deposiciones líquidas verdosas en primera", lo que arroja un diagnóstico inicial de "Retroperitonitis y dolor abdominal", se ordena iniciar rehidratación con líquidos endovenosos, se inicia manejo con antibióticos y se solicita TAC de abdomen contrastado y paraclínico"(SIC)

Dada las condiciones del paciente, el 29 de enero de 2018 le fue practicada una laparotomía exploratoria, la cual arroja como resultado una colección de pus a nivel abdominal de 1000 centímetros cúbicos (1 litro), apéndice gangrenoso perforada en tercio medio con apendicolito, con cambios inflamatorios en escroto, sospecha de colección escrotal vs Gangrena de Fournier, por ello fue remitido a la Unidad de Cuidados Intensivos.

Los siguientes días, los médicos reportaron el decaimiento del paciente, lo que los llevó a diagnosticar un altísimo peligro de muerte de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA.

A las 3:00 de la tarde del 30 de enero de 2018 fue consignado en el formato de evolución UCI que el paciente se encontraba en *"pésimas condiciones generales, se llevó a lavado OX*



encontrando peritonitis residual en el retroperitoneo izquierdo, además cursando con una gangrena de Fournier que requirió de gran desbridamiento del periné, del escroto e incluso resección de un testículo, de momento en pésimas condiciones generales, con soporte vasopresor a dosis altas para lograr TAM19 dentro de las metas, mantiene buen gasto urinario y buen control metabólico, acidosis metabólica severa con hiperlactatemia, altísimo riesgo de muerte”(SIC)

Finalmente, el 31 de enero de 2018, siendo las 7:20 de la noche, ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA de 20 años de edad, fallece ante la gravedad de su enfermedad, y la cantidad de tiempo que transcurrió entre su primera consulta, esto es, 2 de enero de 2018, en el centro penitenciario y la atención especializada recibida en el Hospital Occidente de Kennedy, el 26 de enero de 2018.

Al momento de recibir la atención médica el interno manifestó que fue agredido físicamente, lo que empeoró su estado de salud, violencia que fue ejercida necesariamente al interior de la cárcel La Modelo, estando el occiso bajo la guardia y custodia del INPEC.

Dadas las condiciones de salud del interno, éste no estaba en condiciones de enfrentar una riña, por lo que deduce la parte actora que fue agredido a mansalva, en pleno padecimiento, estado de indefensión, por ello debe responder la demandada.

Si bien no es la causa adecuada del daño imputado el golpe recibido por el estado de evolución de su patología, si es una evidencia del abandono de este interno por parte del INPEC y de la negligencia que salta a la vista de este ente estatal.

3.1.3 DEL DAÑO

Los demandantes, familiares de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA (q.e.p.d), se han visto afectados por la muerte de su familiar de 20 años de edad, dado que se trata de la pérdida de su hijo, hermano y nieto.

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones fueron planteadas de la siguiente forma:

*"La demanda pretende la declaración de responsabilidad administrativa del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO CARCELARIO (INPEC)- representado por su director, por quien haga sus veces o a quien delegue, por la muerte del señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA ocurrida en circunstancias de modo tiempo y lugar relatados en el acápite de "hechos", y como consecuencia, se reconozca y pague la indemnización de los daños y perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a: **MARICELA BARBOSA ORTIZ, ÓSCAR OCAMPO SUAREZ (padres)**, quienes actúan en nombre propio, así como en nombre y representación de **JUAN ESTEBAN OCAMPO BARBOSA y KYMBERLY VALENTINA OCAMPO BARBOSA (hermanos); FABIAN ANDRÉS OCAMPO BARBOSA (hermano), MARIA LIGIA ORTIZ (abuela materna) y MARÍA TERESA DE JESÚS SUÁREZ GRAJALES (abuela paterna)**, perjuicios que deberán ser tasados de la siguiente manera:*

1.1 POR PERJUICIOS MORALES

*Se reconocerá y pagará a favor de **MARICELA BARBOSA ORTIZ (Madre), ÓSCAR OCAMPO SUAREZ (Padre)**, quienes actúan en nombre propio, así como en nombre y representación de **JUAN ESTEBAN OCAMPO BARBOSA y***



KIMBERLY VALENTINA OCAMPO BARBOSA (hermanos) ; FABIAN ANDRÉS OCAMPO BARBOSA (hermano), MARIA LIGIA ORTIZ (abuela materna) y MARÍA TERESA DE JESÚS SUÁREZ GRAJALES (abuela paterna), quienes actúan en nombre y representación propios, o a quien o quienes representen sus derechos a la fecha del fallo favorable, **a cada uno de ellos**, el valor que corresponda **a Cien Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (100 S.M.M.L.V)** al momento en que quede en firme la providencia definitiva.

(...)

1.2 DAÑO MORAL Y A LA SALUD como bien constitucional y convencionalmente protegido SUFRIDOS POR EL OCCISO EN VIDA-TRANSMISIBILIDAD MORTIS CAUSA

1.2.1. Se reconocerá y pagará a favor de **MARICELA BARBOSA ORTIZ y ÓSCAR OCAMPO SUAREZ (padres)**, quienes actúan en nombre y representación propios, a cada uno de ellos, o a quienes representen sus derechos al momento de quedar en firme el fallo o acuerdo conciliatorio, la suma de **Cien Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigente (100 SMMLV) a cada uno de ellos** por concepto de **daño moral** sufrido por el occiso en vida.

(...)

1.2.2 Se reconocerá y pagará a favor de **MARICELA BARBOSA ORTIZ y ÓSCAR OCAMPO SUAREZ (padres)**, quienes actúan en nombre y representación propios, a cada uno de ellos, o a quienes representen sus derechos al momento de quedar en firme el fallo condenatorio, la suma de **Cien Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigente (100 SMMLV) a cada uno de ellos** por concepto de daño a la salud sufrido por el occiso en vida y cuyo derecho a demandar por su vulneración sigue la misma lógica sustentada para los daños morales que se reclaman, es decir, **bajo la teoría de la indemnización mortis causa.**

(...)

1.3 POR DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS DE LOS DEMANDANTES

se reconocerá y pagará a favor de **MARICELA BARBOSA ORTIZ y ÓSCAR OCAMPO SUAREZ (padres)**, quienes actúan en nombre propio, así como en nombre y representación de **JUAN ESTEBAN OCAMPO BARBOSA y KIMBERLY VALENTINA OCAMPO BARBOSA (hermanos) ; FABIAN ANDRÉS OCAMPO BARBOSA (hermano), MARIA LIGIA ORTIZ (abuela materna) y MARÍA TERESA DE JESÚS SUÁREZ GRAJALES (abuela paterna)**, quienes actúan en nombre y representación propios, a quien o quienes representen sus derechos al momento del fallo favorable **a cada uno de ellos**, el valor correspondiente a **Cien Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (100 S.M.M.L.V)** a la fecha en que quede en firme el fallo condenatorio por los **daños inmateriales por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados** particularmente el DERECHO A LA FAMILIA y a gozar de ella.

(...)



1.4 POR PERJUICIOS MATERIALES

Se reconocerá y pagará a favor de **MARICELA BARBOSA ORTIZ y ÓSCAR OCAMPO SUAREZ (padres)**, quienes actúan en nombre propio, a cada uno de ellos, o a quienes representen sus derechos para la época en que cobre ejecutorio el fallo condenatorio o cuerdo conciliatorio, el perjuicio material denominado LUCRO CESANTE de la siguiente manera:

1.4.1 Condénese al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO a pagar por concepto de lucro cesante por el periodo consolidado o debido para su madre **MARICELA BARBOSA ORTIZ** la suma **\$ 983.704,98, M/CTE**, y a su padre **ÓSCAR OCAMPO SUAREZ** la suma de **\$ 983.704,98 M/CTE**, causados desde la muerte de **ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA**, hasta la radicación de la demanda.

1.4.2 Condénese al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO a pagar por concepto de lucro cesante por el periodo futuro o anticipado para su madre **MARICELA BARBOSA ORTIZ** la suma **\$ 12.676.786,18, M/CTE** y para su padre **ÓSCAR OCAMPO SUAREZ** la suma de **\$ 12.676.786,18 M/CTE**.

(...)

1.5 POR INTERESES

Serán pagados en los términos de ley y particularmente en los términos del artículo 192-3 de la ley 1437 de 2011.

1.6 COSTAS

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 y normas concordantes del Código General del Proceso, se solicitó se condene a la demandada al pago de las costas del proceso entre ellas claro está, las agencias en derecho respectivas."(SIC)

4. LA DEFENSA

La parte demandada contestó la demanda y ejerció su defensa mediante el escrito radicado el 18 de diciembre de 2018.

4.1 RESPECTO DE LOS HECHOS RELEVANTES

La demandada respecto de los hechos indicó, que es cierto que **ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA** (q.e.p.d) se encontraba recluso en el Establecimiento Carcelario La Modelo, al ser hallado responsable del delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con homicidio en modalidad de tentativa; el 2 de enero de 2018 fue remitido al dispensario de la cárcel, siendo valorado por el médico cirujano **ANDRÉS F. CAVIDES**.

El 26 de enero de 2018 fue traslado al Hospital de Kennedy para que fuera atendido por urgencias, y el 31 de enero de 2018 a las 7:20 de la noche fallece **ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA**, por lo que el 1 de febrero de 2018, la Intendente **ZORAIDA CASTRO PÉREZ** jefe del laboratorio de criminalística Mercurio 33, dio cumplimiento al procedimiento de inspección técnica al cadáver, y posteriormente es remitido al Instituto Nacional de Medicina Legal.



Respecto de los demás hechos indicó no ser ciertos.

4.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que conforme a los hechos y los fundamentos de derecho que aporta al proceso no configura la responsabilidad patrimonial que alega la parte actora, y por ello solicita no se accedan a las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la parte actora.

4.3 RAZONES DE DEFENSA

La parte demandada como argumentos de defensa propuso las siguientes excepciones:

4.3.1 INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD

Indica que en el caso que nos ocupa la conducta el INPEC, presuntamente causante del daño, no existe, toda vez que no es el causante de la muerte del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA; dentro de las pruebas presentadas por la parte actora no existe material probatorio que acredite la responsabilidad del instituto.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario no incurrió en falla en el servicio alguna, como quiera que los funcionarios no participaron por acción u omisión en el resultado, además el interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA fue atendido de manera eficiente y adecuada. Tal atención médica está acreditada con los documentos expedidos por las entidades prestadoras de los servicios de salud, sobre las atenciones médicas del interno, dada las patologías que éste ya presentaba, pues padecía de diabetes mellitus, la cual finalmente lo llevó la muerte.

El interno fue trasladado diferentes entidades prestadoras de salud de manera continua, por lo que considera que se presenta una inexistencia del nexo causal y de relación de causalidad, toda vez que el hecho generador del daño, esto es, la muerte del interno, no fue originada por el instituto, por tanto, no resulta posible que se le endilgue responsabilidad alguna, al no estar acreditado el nexo causal, lo que finalmente se traduce a una falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su vez manifiesta que, no es la encargada de prestar los servicios de salud a las personas privadas de la libertad, que se encuentran reclusas en los centros carcelarios. Para la época de los hechos la prestación de los servicios de salud le correspondían a FIDUPREVISORA S.A.

No obstante, de que la prestación del servicio de salud no está en cabeza del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, este realizó todas las actuaciones tendientes a que el señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA fuera atendido, dándole trámite a las órdenes médicas y al traslado del interno para hospitalizaciones.

Para demostrar la falla en el servicio le corresponde a la parte actora acreditar la configuración de los elementos de la responsabilidad del Estado, se demuestre que efectivamente el INPEC omitió el traslado del interno al centro hospitalario.



4.3.2 FALTA DE APTITUD PROBATORIA

Sostiene que la parte demandante en los hechos manifiesta que la falta de atención médica del interno del señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA por parte del INPEC, hizo que el interno, padeciera una serie de enfermedades, que finalmente le ocasionaron su muerte.

La parte Demandante tiene la obligación de probar de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron la muerte del interno del señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, fueron responsabilidad el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.

Como se trata de una carga probatoria, la cual está a cargo de la parte demandante, ésta tiene el deber de demostrar no solamente la existencia del daño causado, sino también los perjuicios sufridos, su gravedad y sus consecuencias.

Tratándose del régimen de responsabilidad de falla probada del servicio la jurisprudencia de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha establecido que el demandante está en la obligación de probar el daño antijurídico sufrido por la víctima, la falla del servicio y el nexo de causalidad entre estas dos.

Por lo tanto, solicita no se acceda a las pretensiones de la parte demandante, al considerar que no existe material probatorio que acredite la falla en el servicio por parte del INPEC, de modo que no hay lugar a la indemnización reclamada.

4.3.3 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Indica que no le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta que el Instituto es responsable de la muerte del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, mientras se encontraba bajo custodia del INPEC, toda vez que no le corresponde la prestación de los servicios de salud al personal privado de la libertad.

Para la época de los hechos, los servicios de salud de los internos se encontraban a cargo de FIDUPREVISORA S.A., de acuerdo con el contrato celebrado entre el Instituto y ésta entidad.

Posteriormente, otras entidades como la USPEC, FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL2015 Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.S COMO LIQUIDADOR DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES EICE – CAPRECOM, prestaron los servicios de salud a la población reclusa.

5. TRÁMITE

Las principales actuaciones dentro del proceso se surtieron de la siguiente forma:

Actuación	Fecha
Admisión de la demanda	2018/09/20
Audiencia inicial	2019/04/23
Audiencia de pruebas	2021/04/07
Traslado para alegar	2021/04/07
Al Despacho para fallo	2021/04/30

Durante el trámite se produjo la suspensión de términos en el año 2020 de la siguiente forma:



Acuerdo	Fecha	Desde	Hasta
PCSJA20-11517 Consejo Superior de la Judicatura	15/03/2020	16/03/2020	20/03/2020
PCSJA20-11518 Consejo Superior de la Judicatura	16/03/2020	16/03/2020	20/03/2020
PCSJA20-11521 Consejo Superior de la Judicatura	19/03/2020	21/03/2020	03/04/2020
PCSJA20-11526 Consejo Superior de la Judicatura	22/03/2020	04/04/2020	12/04/2020
PCSJA20-11532 Consejo Superior de la Judicatura	11/04/2020	13/04/2020	26/04/2020
PCSJA20-11546 Consejo Superior de la Judicatura	25/04/2020	27/04/2020	10/05/2020
PCSJA20-11549 Consejo Superior de la Judicatura	04/05/2020	11/05/2020	24/05/2020
PCSJA20-11556 Consejo Superior de la Judicatura	22/05/2020	25/05/2020	08/06/2020
PCSJA20-11567 Consejo Superior de la Judicatura	05/06/2020	08/06/2020	01/07/2020

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

6.1 DE LA PARTE DEMANDANTE

Alega la parte demandante que, conforme a las pruebas recaudadas dentro del presente asunto quedó desvirtuado las tres teorías planteadas por la demandada: i) que el responsable del servicio de salud de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA era un tercero (La Previsora), ii) que la responsabilidad de no haberse practicado los exámenes paraclínicos idóneos para detectar la infección perirenal que acabó con la vida de este joven, era el mismo recluso y iii) que la responsabilidad del INPEC se limitaba a al transporte del recluso desde la cárcel La Modelo hasta el Centro Médico.

Está acreditada la responsabilidad administrativa del INPEC, por la muerte del interno, toda vez que le correspondía al Instituto realizar un diagnóstico efectivo, el cual hubiera sido posible si se hubiera realizado una adecuada atención medica con foco terapéutico, con los protocolos y previsiones rutinarias básicas de la consulta general y se hubieran garantizado los exámenes de laboratorios que sin duda hubieran permitido detectar el proceso infeccioso que se diseminó en el abdomen con origen en un absceso perirenal que padeció ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, responsabilidades evadidas por la demandada.

Las siguientes, son las razones que justifican legalmente la responsabilidad del INPEC de realizar un diagnóstico efectivo y de la realización de los exámenes paraclínicos que hubieran salvado la vida del recluso:

i) El Artículo 104 de la Ley 65 de 1993, establece: "*se garantizarán la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales*" de los reclusos. Diagnóstico temprano con el que jamás contó el interno por lo que su ausencia resultó constituyéndose en la causa eficiente del daño.

ii) El diagnóstico y tratamiento era una expectativa ordinaria, ya que conforme a lo señalado por la Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de ética médica", establece que el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente, lo cual en este caso no ocurrió.



iii) La misma Ley 23 de 1981 establece en su Artículo 10 que el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente. prueba de ello es la falta de integralidad de la historia clínica, al resultar probado que ni siquiera se tomó el tiempo el médico general del INPEC para practicar una correcta anamnesis en los términos de la literatura científica contenida en la "Revista Cubana de Medicina General".

iv) De la formulación de los exámenes paraclínicos (Cuadro hemático y orina) se desprende su importancia para el diagnóstico, pero, sobre todo, porque no le es permitido a un médico formular exámenes que no sean indispensable tal y como lo establece el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, por lo que su realización y justificación no tenía discusión y las consecuencias de no garantizarlos le causó la muerte a ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA.

v) Por ser la salud un derecho fundamental defectuosamente prestado a ÓSCAR DAVID, al no brindársele un diagnóstico efectivo, derecho elevado a la categoría de fundamental por disposición del artículo 49 de la Constitución Política y de la ley 1751 de 2015 "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones", la cual dispone que este derecho:

"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".

vi) El artículo 10 de la ley 1751 de 2015, obliga a actuar con continuidad y oportunidad, características del servicio de salud que no se observaron en la atención prestada a ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, al no haberle garantizado un efectivo diagnóstico y practicado los exámenes de laboratorio, que hubieran permitido al médico tratante observa el resultado de estos, dado que habría podido evidenciar el cuadro infeccioso que le quitó la vida, exámenes que no le fueron practicados y se dilataron por razones administrativas, aunque según el INPEC, fue por falta de diligencia de la víctima.

vii) No es aceptable lo pretendido por la demandada, esto es, que se traslade la carga administrativa al recluso y paciente de tramitar los exámenes de laboratorio, la prohibición expresa de presentar este argumento se encuentra fundamenta en literal p) del Artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, esto es, que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponden asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio.

viii) Es una responsabilidad normativa del INPEC garantizar un efectivo diagnóstico y la práctica de los exámenes paraclínicos porque es una obligación regulada en la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección social que establece los términos mínimos de una consulta médica general incumplidos como está demostrado en el caso de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA; sumado a lo anterior, considera que la historia clínica fue modificada 10 días después de la atención, es decir, después de la muerte del interno, para dar apariencia de diligencia y cumplimiento de protocolos y procedimientos establecidos en esta normatividad.

ix) Es responsabilidad del INPEC porque no se cumplió la cita médica del 22 de enero de 2018, de conformidad con lo establecido en la Resolución 5261 de 1994 que define y establece parámetros específicos relacionados con las consultas médicas generales "como engranaje y puerta de entrada al sistema", por la defectuosa atención médica y la omisión



de los exámenes necesarios para contar con un diagnóstico perfectamente posible que permitiera identificar el proceso infeccioso que llevaba más de 4 días de evolución en el abdomen de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA al momento de la revisión del médico general del INPEC el 22 de enero de 2018 y 8 días de evolución, al momento de ser remitido de la Cárcel al Hospital de Kennedy.

x) Es responsabilidad del INPEC porque no garantizó el diagnóstico efectivo y la realización de los exámenes de laboratorio conforme a lo establecido en la CARTA DE DERECHOS Y DEBERES DEL PACIENTE, contenida en la Resolución 4343 de 2012 del Ministerio de salud y protección social que establece que toda persona tiene derecho a que su entidad promotora de salud autorice y tramite internamente los servicios ordenados por su médico tratante. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite, lo cual en este caso no ocurrió.

xi) Es responsabilidad de la demandada el garantizar un diagnóstico efectivo y la realización de los exámenes de laboratorio, conductas que se esperaban con legítima expectativa por parte del INPEC por ser este órgano el responsable de garantizar los derechos a la vida y la salud de quienes, como ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, se encuentran bajo un especial estado de sujeción y, por ser trámites ordinarios y nada excepcionales al alcance de la entidad, teniendo en cuenta lo señalado por la literatura médica y por las leyes, que establecen que cuando de una infección se trata, los procedimientos médicos, preventivos y de diagnóstico, tenían la idoneidad para identificar de manera temprana, el proceso infeccioso perirenal que se encubaba en el recluso y que de haberse contado con ello, se hubiera evitado el fatal desenlace que finalmente se dio al fallecer este joven de 20 años, quien al momento de ingresar a este centro penitenciario, gozaba de buena salud, por lo que su deterioro, padecimiento y traumática muerte, sucedieron durante el tiempo en que se encontraba a cargo de la entidad demandada, la cual por disposición de la jurisprudencia contencioso administrativa, ostentaba la posición de garante.

Por lo anterior expuesto solicita se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de la demandada y como consecuencia de dicha declaratoria, ésta sea condenada a la reparación integral de todos y cada uno de los daños ocasionados a los demandantes en los términos de las pretensiones del escrito de la demanda.

6.2 DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada se ratificó en los argumentos planteados en la contestación de la demanda, así como de las excepciones propuestas, y en cuanto a los hechos indicó que está probado lo siguiente:

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, dentro del acervo probatorio puede establecer que el fallecimiento del señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA (q.e.p.d) no es imputable bajo ninguna circunstancia a la acción u omisión del Instituto.

El señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA (q.e.p.d) no sufrió ninguna afectación como consecuencia de la acción u omisión del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario – INPEC, toda vez que con el resumen clínico suscrito por el médico en el E.C. La Modelo, la solicitud de remisión a urgencias No M-PSS-VMS-F09, Oficio No. 114 –ECBOG-REMIS-031 de 2018, solicitud de Hospital de Kennedy y de interconsultas de urgencias, Epicrisis del 27 de enero de 2018 y demás documentos que datan de la atención al interno, se tiene que los aportados por el demandante dan cuenta del impulso de salud por parte del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC y por el tercero prestador del servicio de salud para la población privada de la libertad, obsérvese que los propios hechos de la demandan narran la atención en salud y las gestiones realizadas, así:



- El 2 de enero de 2018, es valorado por el profesional en salud Dr. ANDRÉS F. CAVIEDES, quien realizó atención y diagnóstico oportuno.
- El 26 de enero de 2018, el interno fue atendido de nuevo en el dispensario por el Dr. ANDRÉS F. CAVADIES y decide remitir a hospital de tercer nivel.
- Dado a lo anterior el 26 de enero de 2018 fue emitida la orden No. 114 ECBOGREMIS-031 por el INPEC, orden cumplida el mismo día, con diligencia y prontitud por el INPEC.
- El mismo 26 de enero de 2018, es oportunamente atendido ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA en el Hospital de Kennedy por urgencias, atención hecha por la Dra. LAURA RUEDAS, lo que demuestra que a la fecha atendió y realizó las gestiones necesarias y oportunas para garantizar el derecho a la salud del interno.
- El 27 de enero de 2018 le fue realizado diagnóstico inicial al interno, con manejo intravenoso, inicio con manejo de antibióticos, solicitud de TAC abdominal, garantizando el derecho a la atención y salud del interno.
- El 29 de enero de 2018 le realizaron laparotomía Exploratoria donde identifican una colección de pus abdominal y como consecuencia de ello lo remiten inmediatamente a la unidad de cuidados intensivos, brindándole todas las garantías de oportunidad de atención médica para mitigar la afectación a la salud de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA.
- El 30 de enero de 2018 el interno permanece en UCI debido a su estado de salud siendo atendido por personal idóneo y realizando todas las gestiones al alcance para brindar el servicio de salud de éste.
- El 31 de enero de 2018, lamentablemente ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA fallece.

De acuerdo con lo anterior, se establece que la atención en salud fue brindada al interno desde el 2 de enero de 2018 hasta el 31 de enero de 2018, y en ningún momento el instituto impidió u omitió el impulso necesario en la prestación del servicio de salud por parte del prestador de éste servicio; el interno falleció en una unidad de cuidados intensivos, donde le brindaron toda la atención requerida para el caso, en garantía de la prestación del servicio salud, cosa diferente es que se evidencie falta de atención médica y negligencia del INPEC en el impulso de salud, lo que nunca ocurrió, prueba de ello es la misma prueba aportada con la demanda.

Con respecto a la afirmación de que el estado de salud de ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA recibió un golpe en el estómago, la única prueba es una afirmación que quedó consignada en la historia clínica del paciente, y no existe prueba fehaciente que demuestre tal la ocurrencia de este hecho y la injerencia determinante en el resultado ya que lo que se traduce en el acervo probatorio es la atención en salud y las gestiones de medios para garantizar esta prestación al referido interno.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, esto es, el informe de necropsia expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no aporta elemento de inferencia o certeza al fallador, dado que éste no indica las causas de la muerte, por el contrario, este indica que la causa de muerte es por establecer y en ninguna parte de su contenido se traduce una responsabilidad por falta de gestión y atención en salud.



De otra parte, obra en el expediente copia del contrato celebrado con la FIDUPREVISORA, quien tiene a su cargo la prestación del servicio de salud para la población privada de la libertad-PPL, por lo que está acreditado que no es propia de las funciones directas del INPEC, de ahí que, la única función del instituto respecto del servicio de salud es impulsar el mismo, tal y como lo hizo, acompañando y brindando los servicios que requería el interno.

Así mismo, está acreditado con la Certificación de la existencia o no de denuncia o novedad comunicada por parte de la Policía Judicial, que, de acuerdo con la base de datos de esa unidad de policía judicial respecto a entrevista, denuncias penales, querellas y demás, no encontró información respecto a la persona privada de la libertad, ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA (Q.E.P.D), prueba que desvirtúa lo manifestado por el interno respecto de la agresión sufrida por éste.

Por lo anterior expuesto solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que la parte actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar la responsabilidad del instituto.

7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto en el presente caso.

8. CONSIDERACIONES

Pasa a resolverse el problema jurídico y a emitirse pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.

8.1 TESIS DE LAS PARTES

La parte actora sostiene que el daño sufrido como consecuencia del fallecimiento del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, es imputable al INPEC, en tanto incurrió en falla en el servicio su deber de garantizar la integridad de la persona bajo su custodia.

La autoridad accionada sostiene que no ha producido falla en el servicio, que haya sido causa eficiente en la muerte del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, al tiempo sostiene que no le es imputable el daño en tanto no le corresponde la prestación de los servicios de salud al personal privado de la libertad, dado que para la época de los hechos estos servicios estaban a cargo de FIDUPREVISORA y posteriormente al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015.

8.2 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si se produjo la pérdida de oportunidad de supervivencia del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, en virtud de la conducta del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, de forma que la misma suponga una falla del servicio que sirva como nexo causal entre del daño cuya reparación reclama la parte actora.

Para resolver el problema jurídico se analizará cada uno de los elementos de la responsabilidad del estado.

8.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO



El Artículo 90 de la Constitución Política como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado prevé lo siguiente:

"ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

La jurisprudencia y la doctrina han interpretado esta disposición reconociendo la existencia de tres elementos que necesariamente deben concurrir para que se estructure la responsabilidad patrimonial del Estado:

- a. La ocurrencia de un hecho dañoso
- b. La consecuente ocurrencia de un daño antijurídico
- c. La ocurrencia de una falla en el servicio que pueda ser atribuida a una autoridad pública y que sirva como nexo causal entre los dos elementos anteriores

8.3.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

No existe controversia entre las partes en cuanto a la ocurrencia del hecho dañoso, entendido este como fallecimiento del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA el 31 de enero de 2018, el cual se encuentra acreditado con el Registro Civil de Defunción con Indicativo Serial No. 09530167.

8.3.2 ACERCA DEL NEXO CAUSAL

El nexo causal en el presente caso consistiría en la omisión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en garantizar el acceso del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA al servicio médico, que según se indica en la contestación de la demanda, era prestado por FIDUPREVISORA para la época.

A efecto de resolver acerca de la demostración del nexo causal, encuentra el Despacho que es necesario tener en cuenta las circunstancias en las que se produjo la muerte del interno, a fin de determinar si se presentó una pérdida de oportunidad.

En los casos de pérdida de la oportunidad por la prestación del servicio médico, el Consejo de Estado a través de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado cuáles son los requisitos para su demostración y declaración, siendo necesario en el presente caso citar en extenso parte de la jurisprudencia dada la complejidad y naturaleza del caso.

"14. La pérdida de oportunidad como daño autónomo

14.1. Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la



oportunidad que se perdió¹. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010², señaló:

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio –material o inmaterial– para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...):

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida "tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él", para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad

¹ En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto –se subraya–

14.2. Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

14.3. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima³, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

14.4. Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de

³ Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.



responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad, tal como lo advierte Giraldo Gómez:

Si bien se reconoce que en algunos casos el tema de la incertidumbre causal está muy presente, ello no es razón suficiente para echar mano de una teoría [como lo es la pérdida de oportunidad] que se refiere, exclusivamente, a la naturaleza y extensión del daño y, por supuesto, no fue creada para resolver el problema de la incertidumbre causal.

Aceptar la postura que se comenta implicaría ir en contravía de los presupuestos tradicionales establecidos por la institución de la responsabilidad civil, buscando una nueva forma de hacerle frente a los problemas que se generan en la sociedad, y así, en vez de hacer justicia, se generaría una inseguridad jurídica que produciría un daño más grave para la convivencia en comunidad, en cuanto daría lugar a resultados tan injustos como sería el hecho de que una de las partes en conflicto se viera indemnizada, pero de manera parcial, a pesar de tener derecho a una reparación integral de su daño, de haberse demostrado la causa del mismo. Y, como contrapartida, que la otra parte, fuese condenada sin que existiera certeza sobre si fue ella quien en definitiva originó el daño que se le imputa⁴.

14.5. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente⁵.

14.6. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo⁶, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o

⁴ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 143 y 144.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.”

“Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a “un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante” respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

⁶ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.



inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

14.7. Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño, sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

14.8. Por todo lo anterior, la Sala⁷ le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.

15. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

15.1. En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010⁸ se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

15.2. En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción⁹.*

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. *En segundo lugar, se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"¹⁰ de que de no haber ocurrido el evento*

⁹ A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: "El requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto "aleatorio", el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad": GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

¹⁰ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente¹¹.

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. *En tercer lugar, se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹²; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.*

15.6. *Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010¹³, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que "la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado", la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:*

15.7. *El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para*

¹¹ “[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio, pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésta no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”: MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: “La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad, sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

15.9. Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

16. Los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad

16.1. Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro negativo -chance d'éviter une perte¹⁴. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado¹⁵.

16.2. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las

¹⁴ DEGUERGUE comenta que la pérdida de oportunidad se representa como una especie de *ion* con un polo positivo y negativo: DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, dir. G. Koubi y G-J Guglielmi, La Découverte, 2000, p.198.

¹⁵ Giraldo Gómez precisa que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividades médicas, la vertiente negativa es la más común, ya que el paciente no tiene en sí la esperanza de obtener un beneficio real, todo lo contrario, al estar involucrado dentro de una ruta patológica y clínicamente adversa a sus intereses que lo puede conducir a sufrir los efectos de un perjuicio cierto y definitivo, tiene la esperanza de que un profesional de la medicina interrumpa el curso causal irreversible; sin embargo, la oportunidad del paciente se extingue por la omisión o la defectuosa atención de la entidad prestadora del servicio de salud, con lo que se produce indefectiblemente la muerte o la lesión. Cfr. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 178 a 187.



expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud¹⁶.

16.3. En lo concerniente a la imputación del daño de pérdida de oportunidad, bien sea de un beneficio que se iba recibir o un perjuicio que se buscaba evitar, se presentan obstáculos frente a cuestiones de omisión. Si bien en casos de acción, esto es, participación activa del agente dañoso, se debe acreditar certeza causal entre la conducta generadora de daño y la desaparición de las probabilidades del beneficio o de evitación del perjuicio, en la medida que la ausencia de dicho vínculo conduce ineludiblemente a exonerar de responsabilidad al demandado, en casos de omisión absoluta se presentan dificultades de orden teórico y práctico para hablar de causalidad entre una omisión y un daño¹⁷, razón por la cual, la Sala ha propuesto recientemente la adopción de criterios normativos de atribución que, de una manera más coherente y lógica, explican conceptualmente la posibilidad de imputar responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no hubo un componente volitivo del agente dañoso -caso típico de las omisiones-¹⁸. De modo que en estos casos no es posible aceptar que la omisión causó la pérdida de oportunidad, ya que como fenómeno natural la omisión nada produce -ex nihilo nihil fit-, lo que exige

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, rad. 11943, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros: “La Sala al resolver el caso sub-exámene, tiene en cuenta que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, existe una corriente, según la cual, procede la pretensión indemnizatoria cuando la muerte o el desmejoramiento de la salud ocurre por la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de curación –pérte d’ une chance, de survie, de guérison-. En estos eventos, la actuación del servicio, estructuralmente concebido, se reputa fallido y como consecuencia de ello se frustran las posibilidades de curación. En el caso bajo estudio, bien puede afirmarse que la inactividad en la consecución de la escanografía, creó un riesgo injustificado, es decir, generó un estado de peligro - creación fautive d’ un état dangereux- que el paciente no estaba obligado a soportar. En armonía con lo hasta aquí expuesto, en el caso sub-exámene el daño resarcible se concreta en la disminución de las probabilidades de sobrevivir o de sanar”. Sección Tercera, sentencia del 10 de junio del 2014, rad. 25416, M.P. Ricardo Hoyos Duque: “Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse”. Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 1999, rad. 10755, M.P. Ricardo Hoyos Duque: “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una “pérdida de una oportunidad”. Sección Tercera, sentencia del 14 de junio del 2011, rad. 13006, M.P. María Elena Giraldo Gómez: “La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse”.

¹⁷ En la sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, se sostuvo: “el juicio de imputación de responsabilidad por omisión no depende ni se debe confundir con la causalidad, ya que esta última vincula de manera fenomenológica la causa con su efecto, mientras que el juicio de imputación vincula ciertas condiciones que interesan al ordenamiento jurídico con los efectos dispuestos por la norma (...) para que opere el juicio de imputación por falla del servicio por omisión, no es imperativo probar el nexo causal entre el daño y el hecho dañino, pues buscar el vínculo causal, como presupuesto del juicio de responsabilidad para acceder al débito resarcitorio, conduciría inevitablemente a un estado de exoneración de la responsabilidad o a un *regressus ad infinitum* de la equivalencia de condiciones...”.

¹⁸ En sentencia de 29 de agosto de 2013, rad. 29133, con ponencia de quien proyecta el presente fallo, se indicó: “Los problemas de imputación de responsabilidad frente a eventos de omisión ha llevado a la doctrina a proponer fórmulas de solución más coherentes, como lo son los criterios normativos de atribución, los cuales han tenido desarrollo en la teoría de la imputación objetiva, que ha sido acogida en algunos eventos por la jurisprudencia de la Corporación, fundamentalmente en aquellos en los que se predica del Estado su posición de garante. // Las entidades obligadas a prestar el servicio de salud tienen la posición de garante frente a los pacientes que soliciten esos servicios. Por lo tanto, ven comprometida su responsabilidad cuando se abstengan de ofrecer al paciente los tratamientos que estos requieran, de acuerdo con los desarrollos científicos y tecnológicos y el nivel de atención de la institución de que se trate, o en su defecto de la remisión oportuna del paciente a una entidad de mayor nivel, y esa omisión implique para el paciente la pérdida de oportunidad de recuperar su salud, preservar su vida o al menos mantener condiciones estables en su afección”.



determinar, en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica¹⁹, si es posible o no atribuir la pérdida de oportunidad en razón de una infracción del contenido obligacional, esto es, en otras palabras, una falla probada.

16.5. En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad.” (Subrayado del Despacho)

El material probatorio allegado al expediente lo compone especialmente la historia clínica del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, la cual obra a folio 50 a 69, la cual da cuenta de la atención médica recibida por el interno el 2 de enero de 2018, y en ella en efecto le fue solicitado paraclínicos así:

*“(1) Se solicitan paraclínicos (CH, PO, glicemia, triglicéridos, serología, Elisa para VIH)
(2) Control médico general con reportes
(...)” (SIC)*

De acuerdo con lo señalado en la historia clínica, el interno tenía control con el médico tratante una vez tuviera el reporte de los paraclínicos ordenados, sin embargo, conforme a lo registrado en la atención prestada el 26 de enero de 2018, esta registra *“sin reporte de laboratorios”* (SIC), lo cual da cuenta que en efecto los exámenes médicos ordenados no fueron realizados.

Sin embargo, del material probatorio recaudado no obra prueba que acredite que los paraclínicos ordenados por el médico tratante no se hayan realizado porque el INPEC puso barreras que impidieran la práctica de estos, en tanto los servicios de salud del personal privado de la libertad y reclusos en los centros carcelarios no está a cargo de dicho instituto.

Debe tenerse en cuenta que respecto de la prestación de los servicios de salud de la población reclusa, la Ley 1709 de 2014 dispuso en sus artículos 104 y 105 lo relativo al acceso a la salud y a los servicios médicos penitenciarios y carcelarios, señalando que la población privada de la libertad tendría acceso a todos los servicios del sistema general de salud, ordenando además al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, diseñar un modelo de atención en salud especial,

¹⁹ “En los fenómenos de omisión, no es relevante para el instituto de la responsabilidad establecer las causas, sino definir por qué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual se determina con arreglo a criterios jurídicos y no naturales”. Sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, op. cit.



integral, diferenciado y con perspectiva de género, modelo que tendría como mínimo una atención intramural, extramural y una política de atención primaria en salud.

La mencionada ley fue promulgada el 20 de enero de 2014, por lo que resulta evidente que para el momento de los hechos la atención en salud no correspondía directamente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, respecto de la población reclusa.

La historia clínica del Hospital Occidente de Kennedy anota que el paciente correspondía a la aseguradora CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN SALUD

De esta forma, se hace necesario analizar el caso desde el punto de vista, de la pérdida de la oportunidad desde el punto de vista médico, pues no se desvirtuó por la parte actora la prestación de la atención médica, sin siquiera discutir las razones por las cuales el prestador del servicio de salud se abstuvo de realizar los paraclínicos ordenados al interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA.

Así las cosas, se establece que la parte actora no aporta medios científicos de pruebas tendientes a demostrar con certeza que el interno habría tenido oportunidad de sobrevivir si se hubiesen practicado los exámenes médicos ordenados, que permitieran diagnosticar la retroperitonitis padecida por el privado de la libertad, sin que esté demostrado que la patología podría ser detectada por los prestadores del servicio al interior del establecimiento de reclusión, conducta que en todo caso solamente puede atribuirse al prestador del servicio de salud, que en esta oportunidad no corresponde al demandado.

Es decir, no se acredita como la demandada de conformidad con sus competencias podía haber evitado el resultado o cuál de sus conductas fue la causa del mismo, por lo que no puede tenerse por demostrado el nexo causal.

No está acreditado que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de alguna forma hubiera negado, retrasado, impedido de directa o indirecta el acceso del interno al servicio de salud, o la práctica de los exámenes médicos ordenados, tampoco está demostrado que el Instituto en virtud de su función administrativa hubiese omitido el cumplimiento de alguna orden médica, suministro de medicamento o transporte del interno al establecimiento asistencial respectivo, toda vez que las pruebas acreditan lo contrario, dado que una vez fue ordenada la remisión del paciente el 26 de enero de 2018, este fue llevado al Hospital Occidente de Kennedy, tal y como se evidencia en la historia clínica del interno, pues en virtud de la orden del médico tratante, el traslado fue autorizado el traslado mediante oficio No. 114-ECBOG-REMIS-031, fechado 26 de enero de 2018, y suscrito por el Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá.

En esa medida, no plantea la parte actora algún hecho concreto que dentro de las competencias que al demandado corresponden haya dado lugar a la ocurrencia del hecho dañoso, por lo que se pone en la imposibilidad de probarlo.

Ahora bien, con relación a la manifestación del interno al momento de ser atendido en el Hospital Occidente de Kennedy, esto es, que recibió un golpe en el estómago, no obra prueba de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría tenido ocurrencia el golpe recibido por ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA, por el contrario, obra certificación expedida por el Responsable de Unidad de Policía Judicial CPMS Bogotá, la cual prueba que éste no presentó ninguna queja, denuncia, del tal suerte que la parte demandada hubiese tenido conocimiento de tales agresiones, que permitiera brindar seguridad especial al interno y más teniendo en cuenta el estado de salud de éste.



Tampoco está acreditado que, de haber existido tal agresión, esta haya empeorado o desmejorado el estado de salud del interno, nótese que la primera atención médica recibida por éste data del 2 de enero de 2018, en la cual le fue indicado que si los síntomas persistían debía acudir por servicio de urgencia, y solo hasta el 26 de enero de 2018 se presenta nuevamente, es decir 24 días después, es decir, que acudió de manera inmediata pese a lo señalado por el médico tratante.

Se concluye entonces que no puede tenerse por probada la ocurrencia de una falla del servicio a cargo del INPEC que sea nexa causal del fallecimiento del interno ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA.

8.3.3 ACERCA DEL DAÑO

El daño que puedan haber sufrido los demandantes como consecuencia del fallecimiento del señor ÓSCAR DAVID OCAMPO BARBOSA no deviene en atribuible al demandado INPEC.

8.4 CASO CONCRETO

En el presente caso se resuelve el problema jurídico en el sentido de no tener por probados los elementos necesarios para la estructuración de la responsabilidad patrimonial del Estado, de forma que procede denegar las pretensiones de la demanda.

8.5 ARCHIVO

Aprobadas las costas del proceso se enviará el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá D.C. para su archivo.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

TERCERO: Se recuerda a las partes que para dar trámite a la recepción de memoriales y de correspondencia, es indispensable seguir las siguientes indicaciones:

1. ÚNICA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO AUTORIZADA PARA LA RECEPCIÓN DE MEMORIALES: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co Los memoriales tendrán que enviarse con la debida anticipación a fin de que la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá los remita a fin de incorporarlos a las carpetas del expediente digital.
2. Incluir los siguientes datos:
 - Juzgado al que se dirige el memorial
 - Número completo de radicación (23 dígitos)



- Nombres completos de las partes del proceso
- Asunto del memorial (oficio, demanda, contestación, recurso, etc.)
- Documento anexo (máximo 5000 KB). Si el anexo supera este tamaño deberá incluirse el enlace compartido del drive del usuario, lo cual queda sometido a su responsabilidad. Formato PDF con OCR.

El cumplimiento de estos requisitos implicará la devolución del correo al iniciador del mensaje y no se le impartirá trámite.

En los términos del Artículo 109 del Código General del Proceso, los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos ANTES del cierre del despacho el día en que vence el término, en los términos del Acuerdo CSJBTA20-96 del 2 de octubre de 2020, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura, el horario de atención de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá es de 8 de la mañana a 5 de la tarde.

CUARTO: Para el examen físico del expediente se podrá solicitar únicamente cita a través de la dirección de correo electrónico jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co, para que sea atendido de lunes a viernes entre las 9:00 am hasta las 12:00 p.m. y la 1:00 p.m. hasta las 3:00 p.m., conforme el artículo 3º y sus párrafos 3º, 4º y 5º y artículo 4º del Acuerdo CSJBTA20-96 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, con la restricciones de asistencia que provee el artículo 3 del Acuerdo PCSJA20-11632. Previa justificación de las razones para el efecto y autorización del titular del mismo, en los términos del aviso que se incluirá con el mensaje de datos mediante el cual se notifique esta providencia.

Para el efecto, se tendrán en cuenta las disposiciones vigentes en materia de aforo para acceso a la sede.

Se hace la advertencia que el memorial que no esté relacionado con la solicitud de citas no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO BONILLA ALDANA
Juez

Firmado Por:

Alejandro Bonilla Aldana
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
60
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

86bedcecb1592a16b50e30d4d525b8dd09da9926b0cfb4c89873300df3cfe692

Documento generado en 27/09/2021 03:44:19 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>