

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 1

Neiva, Octubre 21 de 2024

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

CINDY TATIANA VARGAS TORO, con C.C. No. 1.117.509.183 de Florencia y **JOHANNA CRISTINA ARIAS CUENCA**, con C.C. No. 52.717.865 de Bogotá, autores de la tesis y/o trabajo de grado o tesina titulado “**LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO EN LOS FALLOS JUDICIALES DE REPARACIÓN DIRECTA POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA ESE DE 2017 A 2023**” presentado y aprobado en el año 2024 como requisito para optar al título de **MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO**; autorizamos al **CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN** de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.


CINDY TATIANA VARGAS TORO
 C.C. 1.117.509.183 de Florencia


JOHANNA CRISTINA ARIAS CUENCA
 C.C. 52.717.865 de Bogotá

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS				   		
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 3

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: “LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO EN LOS FALLOS JUDICIALES DE REPARACIÓN DIRECTA POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL HOSPITAL DEPARTAMENTAL MARÍA INMACULADA ESE DE 2017 A 2023”

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
VARGAS TORO	CINDY TATIANA
ARIAS CUENCA	JOHANNA CRISTINA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LÓPEZ DAZA	GERMÁN ALFONSO

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
N.A	N.A

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: **MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO**

FACULTAD: **DERECHO**

PROGRAMA O POSGRADO: **MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO**

CIUDAD: NEIVA **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2024 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 97

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___ Láminas___
 Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones ___ Tablas o Cuadros XX

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: N.A

MATERIAL ANEXO: N.A.

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA					   			
	GESTIÓN DE BIBLIOTECAS								
DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO									
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 3		

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria): N.A.

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

ESPAÑOL	INGLÉS	ESPAÑOL	INGLÉS
1. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	EVOLUTION OF STATE'S RESPONSIBILITY	6. DERECHO DE DAÑOS	LAW OF DAMAGES
2. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD	GENERAL LIABILITY CLAUSE	7. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL	ELEMENTS OF STATE'S RESPONSIBILITY
3. DAÑO	DAMAGE/ INJURY	8. RESPONSABILIDAD MÉDICA	MEDICAL RESPONSIBILITY
4. ANTIJURIDICIDAD	ANTI JURIDICITY	9. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIO DE SALUD	HEALTH SERVICE PROVIDER INSTITUTIONS
5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	STATE'S RESPONSIBILITY	10. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	EVOLUTION OF THE STATE'S RESPONSIBILITY

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado responderá patrimonialmente por aquellos daños antijurídicos que le sean imputables por acción u omisión de las autoridades públicas. En la evolución del derecho de daños, el constituyente exigió que, para que se pudiera declarar la responsabilidad del Estado y, por tanto, la obligación de reparar o resarcir, el daño debía tener un elemento especial: la antijuridicidad. Así pues, puede afirmarse que, en Colombia, el andamiaje de la responsabilidad del Estado no se estructura a partir de un daño cualquiera, sino de aquel que ha sido calificado como antijurídico.

No existe una definición legal sobre el alcance de la antijuridicidad como ingrediente del daño con vocación indemnizatoria; sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-333 de 1996, definió el daño antijurídico como el perjuicio que se provoca a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En materia de responsabilidad médica, un porcentaje importante de sentencias condenatorias de la jurisdicción contenciosa administrativa del Departamento del Caquetá, de acuerdo con la línea del Consejo de Estado, dan por acreditado el daño antijurídico solo con la prueba de la lesión y/o muerte, obviando el estudio de la antijuridicidad como ingrediente necesario del daño para tener la vocación de ser reparado. Sin embargo, también se encuentra una pequeña línea del Consejo de Estado que otorga un alcance diferente a la antijuridicidad del daño, al definido en 1996 por la Corte Constitucional.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

3 de 3

The article 90 of the Political Constitution of Colombia establishes that the State shall be liable for those antijudicial damages attributable to it by action or omission of the public authorities. In the evolution of the law of damages, the constituent demanded that, in order to declare the state's responsibility and, therefore, the obligation to repair or compensate, the damage must have a special element: unlawfulness. Thus, it can be stated that, in Colombia, the scaffolding of the liability of the State is not structured on the basis of any damage, but on the basis of that which has been qualified as unlawful.

There is no legal definition of the scope of unlawfulness as an ingredient of the damage with a compensatory vocation; however, the Constitutional Court, in Ruling C-333 of 1996, defined unlawful damage as the damage caused to a person who does not have the legal duty to bear it.

In matters of medical liability, a significant percentage of convictions in the contentious-administrative jurisdiction of the Department of Caquetá, according to the line of the Council of State, consider that the anti-judicial damage is accredited only with the proof of the injury and/or death, obviating the study of the anti-judicial nature as a necessary ingredient of the damage to have the vocation to be repaired. However, there is also a small line of the Council of State that grants a different scope to the unlawfulness of the damage, as defined in 1996 by the Constitutional Court.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: **MARIELA MÉNDEZ CUÉLLAR**

Firma:



**LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO EN FALLOS JUDICIALES DE REPARACIÓN DIRECTA
POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL HOSPITAL DEPARTAMENTAL
MARÍA INMACULADA E.S.E. DE 2017 A 2023**

Cindy Tatiana Vargas Toro
Johanna Cristina Arias Cuenca

Universidad Surcolombiana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Neiva, Huila

2024

**LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO EN FALLOS JUDICIALES DE REPARACIÓN DIRECTA
POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN EL HOSPITAL DEPARTAMENTAL
MARÍA INMACULADA E.S.E. DE 2017 A 2023**

Cindy Tatiana Vargas Toro

Johanna Cristina Arias Cuenca

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho Público

Director:

Germán Alfonso López Daza

Universidad Surcolombiana

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Neiva, Huila

2024

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA	9
1.1. Fundamentos históricos de la Responsabilidad Estatal: Una mirada desde el Derecho Francés	9
1.2. Responsabilidad Estatal en Colombia	13
1.2.1. Contexto de la Responsabilidad Estatal en Colombia	13
1.2.2. Elementos de la Responsabilidad Estatal a partir de la Constitución de 1991	16
CAPÍTULO II: ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO, UN INGREDIENTE JURÍDICO NECESARIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	27
2.1. La Antijuridicidad: Desde la Responsabilidad Penal	28
2.2. La Doctrina Española y su aporte a la concepción de Antijuridicidad	29
2.3. La Antijuridicidad en la Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia	32
2.3.1. Análisis de la antijuridicidad del daño desde la jurisprudencia del Consejo de Estado	33
2.3.2. Análisis del daño antijurídico en la prestación del servicio de salud: Consejo de Estado	39
CAPÍTULO III: ESTUDIO DE CASO DESDE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÉDICO EN EL HOSPITAL MARÍA INMACULADA DE FLORENCIA, CAQUETÁ	51
3.1. Sentencias objeto de estudio	52
3.2. Análisis y reflexión	70
CONCLUSIONES	78
REFERENCIAS	84

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Relación de sentencias objeto de análisis	52
Tabla 2: Representación gráfica de la tesis aplicada en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado.....	70
Tabla 3: Relación sentencias Tesis: Probado un daño <i>per se</i> es antijurídico	72

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad Estatal en el ámbito del derecho administrativo no solo constituye un pilar esencial para garantizar la justicia y equidad en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino que también refleja la evolución misma de la sociedad y sus demandas. A lo largo de la historia, esta ha experimentado una continua transformación adaptándose a las nuevas realidades sociales, económicas y políticas que han surgido en el devenir de los tiempos.

Por lo tanto, la responsabilidad del Estado ha estado influenciada por una serie de antecedentes históricos que han moldeado su configuración actual. El derecho romano, por ejemplo, estableció principios fundamentales como la premisa de que aquel que causa un daño tiene el deber de responder por él. A lo largo de los siglos, diversas definiciones y enfoques jurídicos han contribuido a conceptualizar la responsabilidad, desde la capacidad de reconocer las consecuencias de un hecho hasta la reacción del ordenamiento jurídico frente a una infracción.

En este sentido, se destaca el Derecho Francés, que a lo largo de la historia ha proporcionado elementos teóricos y casuísticos que han contribuido a la construcción del concepto de responsabilidad estatal, como el Fallo Blanco, que estableció la necesidad de un régimen especial frente a asuntos que inmiscuían entidades estatales.

De otra parte, en Colombia, la Constitución de 1991 marca la hegemonía de la responsabilidad del Estado a partir del artículo 90, el cual establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, el Estado Colombiano acoge de forma primigenia una visión constitucional para la declaratoria de la responsabilidad estatal, ya que de ahí se derivan los elementos que la conforman, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico y la imputación.

De igual forma, la responsabilidad ya no solo se asume desde un contexto exclusivamente legal, sino que, además los fallos judiciales deben efectuar un análisis desde las garantías constitucionales, puesto que de no hacerse se estaría incurriendo en una palpable vulneración a derechos supraleales.

En tal sentido, es importante señalar que el mayor avance en la definición y clarificación de dichos elementos ha sido realizado principalmente por la jurisprudencia y la doctrina, más que por el propio legislador.

Tanto es así, que hasta la fecha la línea acogida en materia de responsabilidad del Estado se circunscribe a la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996 donde se plantea que, el primer elemento a analizarse es el daño antijurídico. Nótese que, aquí se impone un distintivo, dado que se puntualiza que no es cualquier tipo de daño sufrido, sino que, este debe ser antijurídico. Entendiéndose por antijurídico “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (CC, C-333/96, 1996).

En consecuencia, la exigencia de la antijuridicidad se torna de un talante primario y fundamental para decretar la responsabilidad de una entidad pública, por lo que implica que la motivación de la sentencia de cuenta del análisis serio y real de tal requisito -la antijuridicidad del daño-.

Ahora bien, sea de precisar que la prestación del servicio de salud tiene una doble connotación, es decir, se configura desde dos actores, por un lado, desde las personas y, de otra parte, con el Estado.

Esta relación bidireccional, constituye un deber y una obligación para el Estado, ya que desde la Constitución Colombiana, por ejemplo en materia de salud, se ha fijado que a la administración le asiste la obligación de actuar como garante del bienestar y de la protección de los derechos desde un acceso equitativo, oportuno y de calidad para todas las personas. Y de otro lado, se encuentra la población colombiana, quien es titular del derecho a la salud, que implica recibir atención bajo condiciones óptimas, diligente y en los preceptos de la *lex artis*.

Bajo esta lógica, cuando existe una atención deficiente, negligente o por fuera de los estándares médicos, pueden surgir situaciones en las que se pueden generar daños que afectan a los usuarios y su familia.

Es en este contexto es donde cobra especial relevancia los elementos de la responsabilidad estatal, especialmente el concepto de antijuricidad del daño, el cual ha sido objeto de análisis desde diferentes enfoques y criterios por parte de la jurisprudencia. Lo previo, ha generado cierta ambivalencia y controversia en torno a este concepto, ya que pareciera que, en materia de responsabilidad médica, basta documentar la lesión o la muerte, para que procesalmente el despacho cognoscente dé por acreditado el daño antijurídico, situación que afecta el debido proceso del demandado. Por lo tanto, se torna necesario realizar un análisis detallado de la evolución del requisito de antijuricidad del daño y con suyo la aplicación en el contexto de la prestación de servicios de salud.

Así las cosas, teniendo en cuenta que para poder declararse la responsabilidad del Estado es menester llevar a cabo el análisis del elemento del daño antijurídico, y previendo que de la atención brindada por las Empresas Sociales del Estado se pueden configurar daños, la presente investigación se desarrolla bajo la pregunta ¿Cómo se ha desarrollado la antijuridicidad del daño en los fallos judiciales de reparación directa proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá por la prestación de servicios de salud del Hospital Departamental María Inmaculada de Florencia Caquetá entre los años 2017 a 2023?

Este análisis posibilita la identificación de tendencias jurisprudenciales relevantes para la conceptualización y análisis de la antijuricidad del daño. Por ende, este estudio se lleva a cabo empleando una metodología de enfoque cualitativo, que incluye un diseño de investigación descriptivo y analítico.

Por lo anterior, se acude a fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, realizándose, una revisión exhaustiva de la literatura jurídica especializada en responsabilidad estatal y un rastreo y análisis detallado de sentencias del Consejo de Estado como también de los fallos judiciales

proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá en los casos de reparación directa relacionados con el Hospital Departamental María Inmaculada de Florencia Caquetá durante el periodo comprendido entre los años 2017 a 2023.

Así las cosas, la investigación se estructura en tres capítulos, en el primero de ellos, se aborda la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, decantándose un contexto histórico asociado con el derecho francés y exponiéndose los elementos que hoy día se exigen.

En el segundo capítulo, se analiza el desarrollo que ha tenido la antijuricidad en el derecho colombiano, con un énfasis especial en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En el tercer acápite, se estudian los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá por la prestación de servicios de salud del Hospital Departamental María Inmaculada de Florencia Caquetá entre los años 2017 a 2023, de ellos se extraen los fundamentos fácticos y se analiza el criterio de antijuricidad del daño, para posteriormente establecer una interrelación entre las posturas y tesis jurídicas del Consejo de Estado y los razonamientos adoptados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá.

Finalmente, se plantean una serie de conclusiones con las que se da respuesta al problema de investigación, de las que se resalta que, existe una tendencia predominante de considerar que en la prestación del servicio de salud el daño es inherentemente antijurídico, sin necesidad de adentrarse en un análisis detallado sobre si la víctima tenía la obligación jurídica de soportarlo. Frente a lo cual, se sostiene que esa posición es justificada debido a la naturaleza de la prestación de servicios de salud, puesto que este tiene como objetivo proteger y preservar la vida o integridad de un individuo.

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

Para comprender plenamente la naturaleza y el alcance de la responsabilidad estatal, es imprescindible adentrarse en sus raíces históricas, esto es en Francia. En este sentido, resulta crucial analizar los fundamentos históricos de la responsabilidad estatal desde la perspectiva del derecho francés, lo cual no solo permite comprender su evolución y desarrollo, sino también entender la base jurídica de la cual parte el Derecho Colombiano en este ámbito.

1.1. Fundamentos históricos de la Responsabilidad Estatal: Una mirada desde el Derecho Francés

El concepto de responsabilidad visto desde el daño causado es planteado inicialmente en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés (1804), los cuales consagraban los títulos de imputación, de dolo y culpa, y la obligación expresa de indemnizar los daños causados cuando son generados con culpa.

No obstante, los artículos en mención no le eran aplicables al Estado, ya que se predicaba una imposibilidad de atribuirle una responsabilidad en los casos en que este por sí mismo o sus funcionarios causaran un daño a sus gobernados, porque predominaba el principio de soberanía absoluta. Lo anterior le fue conocido como la teoría de la irresponsabilidad absoluta (Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, 2007).

Uno de los defensores de la teoría de irresponsabilidad del Estado en esta época, fue Nicolás Maquiavelo, quien en su obra *El Príncipe*, introdujo el concepto de Estado bajo dos dimensiones, la primera, como la posesión permanente sobre un territorio, y la segunda, como la potestad de mando sobre sus habitantes teniendo como misión el gobernante la conquista de nuevos reinos y mantener los territorios bajo la premisa de “el fin justifica los medios”, de modo

que el gobernante podrá realizar cualquier acción, incluso causar daño a otro, si su fin era asegurar la protección del principado (Maquiavelo, 2007).

Empero, con la caída del absolutismo, y el surgimiento de ideas liberales, impulsadas por la revolución inglesa en 1688, la revolución francesa en 1789 y la Independencia de los Estados Unidos en 1776, se torna como punto de partida para los países latinoamericanos, la creación del Estado de Derecho y con suyo, el principio de legalidad.

En este orden de ideas, el principio de legalidad representaba la necesidad de someter el ejercicio del poder de acuerdo con un marco jurídico que determinara la legalidad de las acciones del Estado (Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, 2007). De este modo, se abandona la idea impulsada por Maquiavelo, y hace tránsito la idea que el Estado tiene la potestad y obligación de actuar, pero dicho actuar debe estar sujeto a las disposiciones de la ley.

Así las cosas, el principio de legalidad implicaba la adopción de límites al poder soberano y con base a esta noción se observa los primeros cimientos del constitucionalismo moderno, dado que este proponía que el poder del gobernante debía estar sujeto a una serie de principios básicos, tales como la libertad, la vida e incluso la propiedad, impulsada bajo las ideas de John Locke, que más tarde se consagrarían en las Constituciones (Jiménez, 2013).

La idea de la propiedad como principio natural o bien jurídico tutelado por las constituciones, cobró gran importancia con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789, puesto que según el artículo 17, la propiedad se configura como un derecho inviolable a excepción de que exista necesidad comprobada por parte del Estado según las leyes, y en todo caso se pagará a título de indemnización. A partir de entonces, es posible referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Si bien, esta responsabilidad no se encontraba regulada vía legal o jurisprudencial, se optó por la aplicación de las estipulaciones del Código Civil Francés, surgiendo con ello dos figuras: i) la culpa *in eligendo*, que predicaba que el Estado era responsable frente a las conductas de sus agentes por haberlos elegido, y, ii) la culpa *in vigilando*, que implicaba la

responsabilidad del Estado cuando no vigilaba de manera correcta sus agentes (Fernández, 2003).

En este sentido, se determina que la responsabilidad del Estado era indirecta, por cuánto este era responsable por lo que hacían o dejaban de hacer sus agentes, ya que, el Estado como persona jurídica no podía causar algún daño. Este tipo de responsabilidad se basaba en la culpa, por lo tanto, la administración podía exonerarse de toda culpa, alegando que la elección y vigilancia de sus agentes se realizó con diligencia y cuidado.

Sólo es hasta 1873 que mediante estipulaciones jurisprudenciales se expone la necesidad de la creación de un régimen especial de responsabilidad estatal, colocando de presente que estos asuntos entre la administración y sus administrados no podían seguir sujetos a las normas del código civil.

La necesidad expuesta nace con el caso conocido como Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos Francés, en dicho caso se solicitaba que se declarara responsable civilmente al Estado por el daño que sufrió la hija del señor Blanco producto de una herida que unos obreros contratados por la administración ocasionaron, y por primera vez, el juzgador Francés estipula que al ser el daño el resultado de la actuación de los empleados encargados de servicios públicos, no puede sujetarse este caso por los principios de la jurisdicción civil destinado para los particulares, por lo tanto, la única autoridad competente para resolver asuntos entre el Estado y un particular es la autoridad Administrativa (Boletín Oficial del Estado, 2017)

En consecuencia, la sentencia en mención otorgó a la responsabilidad estatal un carácter especial, estableciendo que las disputas frente a la prestación de servicios a cargo del Estado, se resolverían en los tribunales administrativos; de ahí, el nacimiento del primer título de imputación llamado Falla del servicio, que acontece cuando el Estado no presta el servicio, lo presta tardíamente o lo presta de manera defectuosa, lo que ocasiona un daño a sus ciudadanos, implicando la obligación de responder y reparar los perjuicios producidos (Guerra, 2020).

Posteriormente, se expide el Fallo Cadot y se reitera las competencias especiales del Consejo de Estado como juez natural para conocer de conflictos entre particulares y el Estado; en esta oportunidad, el caso se centró en la supresión del empleo del Sr. Cadot quien reclamó por los daños y perjuicios a la municipalidad de Marsella.

Hasta ese entonces, el único título existente era la Falsa del Servicio, pero a partir de 1919, el Consejo de Estado Francés empezó a reconocer otro tipo de responsabilidad, conocida como responsabilidad por riesgo creado o, como se conoce actualmente, responsabilidad a título de riesgo excepcional, según se evidencia en el fallo *Regnault-Desrozières*.

El fallo *Regnault-Desrozières* tuvo ocasión, gracias a que las autoridades militares almacenaron cerca de un área urbana una gran cantidad de explosivos sin tomar las precauciones necesarias. Este almacenamiento de materiales explosivos implicaba riesgos que superaban los límites para los residentes cercanos, quienes podrían enfrentarse a una posible explosión o a situaciones de guerra. El 4 de marzo de 1916, como resultado de este actuar negligente, se produjo la explosión que causó la muerte de 14 soldados y 19 civiles, y heridas a 81 personas de la comunidad local (Boletín Oficial del Estado, 2017).

Años más tarde, en 1923 el Consejo de Estado Francés profiere el fallo Couitéas, reconociendo otro tipo de responsabilidad que hoy en Colombia es conocido como daño especial.

El señor Couitéas, era propietario de unas parcelas en la finca de Tabia, en dichas parcelas se asentaron otras personas sin su consentimiento. Al señor Couitéas por medio de sentencia, se le había reconocido el derecho de posesión y a su vez, el derecho de que los invasores desalojaran su terreno, por tal sentido, solicitó en varias oportunidades ejecutar la medida de desalojo; no obstante, las autoridades administrativas se negaron, argumentando la posibilidad de graves disturbios debido a la considerable cantidad de personas indígenas que ocupaban el lugar (Consejo de Estado Francés, 1923).

El Tribunal resuelve exponiendo que si bien, la fuerza pública motivaba el rechazo de desalojo con base en razones legales, lo cual era admisible y justificado, al señor Couitéas, no

le era atribuible el perjuicio ocasionado, puesto que representaba una carga desproporcional por motivos de interés general, por lo tanto, los perjuicios causados sobre él debían ser reparados, en aras de restablecer esta igualdad de cargas (Boletín Oficial del Estado, 2017).

Así las cosas, se avizora que el derecho Frances a partir de disposiciones jurisprudenciales, se convierte en pionero en materia de responsabilidad del Estado, imprimiendo el carácter en que el Estado ocasiona daños y que este debe indemnizar los que le sean atribuidos a título de Falla en el Servicio, Riesgo Excepcional y Daño Especial.

1.2. Responsabilidad Estatal en Colombia.

1.2.1. Contexto de la Responsabilidad Estatal en Colombia

Previo a la promulgación y vigencia de la Constitución Colombiana de 1991, en el texto constitucional de 1886, no existía norma que catalogara que el Estado era responsable por acción u omisión, por lo que a partir de las sentencias proferidas en ese entonces por la Corte Suprema de Justicia se fue creando y consolidando la responsabilidad del Estado.

Este órgano colegiado, por primera vez en sentencia del 22 de octubre de 1896, tras analizar el caso de unos agentes policiales que asesinaron a un extranjero en Panamá (que hasta ese momento aún era parte del territorio colombiano), reconoció la responsabilidad del Estado a partir de los perjuicios generados por la conducta punible endilgada a funcionarios públicos y por lo tanto, determinó que la administración estatal estaba en la obligación de indemnizar a las víctimas del hecho delictivo (Gutiérrez, 2021).

A partir de esta providencia, se dejó por sentado que lo dispuesto en el artículo 2347 y 2349 del Código Civil Colombiano, era aplicable para determinar la responsabilidad del Estado.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia, el 20 de octubre de 1898 reiteró su posición, recalcando que en materia de delitos y culpas civiles, la jurisprudencia se encuentra de acuerdo en reconocer responsable al Estado por la actividad de sus agentes (CSJ, No. 685, p, 54-59, 1898).

Años más tarde, en 1939, se modifica la postura exponiendo, que la responsabilidad del Estado en virtud de la falla del servicio, no se atribuye por culpa de la administración en la obligación de elegir o vigilar a sus funcionarios, sino por el contrario, por el deber intrínseco del Estado de prestar de manera eficiente los servicios públicos a sus ciudadanos, en tal sentido, sólo será exonerado de su responsabilidad si logra probar caso fortuito o fuerza mayor, por daño de un tercero o culpa exclusiva de la víctima (CSJ, No.19049, p, 656-671/1939).

Posteriormente, en 1941 mediante la Ley 167 de 1941, se crea la jurisdicción contencioso administrativa teniendo como máximo órgano al Consejo de Estado, acompañada por tribunales y juzgados administrativos. Esta jurisdicción fue creada con el propósito de conocer únicamente los asuntos que se ventilaban contra el Estado por los daños causados en trabajos y obras públicas, el restante seguiría en competencia de la jurisdicción ordinaria. (Castro De Cifuentes, 2017).

Tres años más tarde, el 15 de mayo de 1944, la Corte Suprema de Justicia sostiene que las personas jurídicas del sector público (tales como municipios) o privado, son responsables por los daños hacia otra persona con ocasión a la acción u omisión que se generara de la conducta de un agente a nivel de dirección o gerencia (CSJ,No.789-808/1944). En consecuencia, la exoneración del Estado estaba suscitada a que este probara causa externa, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero o hecho exclusivo de la víctima y ausencia de culpa o debida diligencia del subordinado.

Seguidamente, surge la tesis de la responsabilidad directa, la cual establece que el Estado responderá por las acciones que causen daño y hayan sido cometidas por sus empleados, ello con base, en el artículo 2341 del Código Civil (CSJ, No.2256, p, 88-100/1962).

Sin embargo, en 1964 se expide el Decreto 528 de 1964 y con el artículo 30, se reestructuran las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estableciendo que será competente en única instancia para conocer de las acciones u omisiones cometidas por el Gobierno Nacional.

De este modo la responsabilidad del Estado estuvo dada durante la época de 1886 hasta 1991.

Al llegar a 1991, Colombia a través de la constituyente primaria crea una nueva Constitución la cual no fue ajena a los conflictos derivados entre el Estado y sus particulares, puesto que con esta norma jurídica nace la constitucionalización de la responsabilidad Estatal, ya que 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” (Const. P., art. 90, 1991).

Es decir, que el artículo 90 constitucional de tajo sentó que el Estado es sujeto de responsabilidad por los daños antijurídicos pero que le sean atribuibles por la acción u omisión administrativa. De lo anterior, se derivan dos aspectos de relevancia para la configuración de la responsabilidad, el primero, la existencia de un daño antijurídico, y, el segundo, la imputación (Peña et al., 2022, p.6).

Así las cosas, luego de 1991 y dadas las competencias y funciones del Consejo de Estado, este órgano colegiado ha sentado la posición que, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, es fundamental determinar la configuración del daño antijurídico independientemente del régimen en el que se esté, es decir, precontractual, contractual o extracontractual. (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, No.8118/1995).

Colofón, es menester indicar que las revoluciones y declaraciones de derechos en la época moderna y la edad contemporánea, hicieron hincapié en los límites de la actuación del Estado, implicando con ello, que este se responsabilice por el actuar y el obrar de sus agentes en un primer momento; posterior, con el desarrollo jurisprudencial se cambia a una tesis que la responsabilidad la asume el Estado cuando genera un daño por la acción u omisión administrativa. En consecuencia, a continuación, se procede a abordar el estudio de los elementos de la responsabilidad estatal en Colombia a partir de la Constitución de 1991.

1.2.2. Elementos de la Responsabilidad Estatal a partir de la Constitución de 1991

Como se mencionó en líneas precedentes, en el ordenamiento jurídico colombiano, desde la Constitución de 1991, estipula que la responsabilidad extracontractual del Estado se conforma por el daño y la imputación.

a. El Daño

El Consejo de Estado ha distinguido entre daño y daño antijurídico, el primero, lo ha definido como el “menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” y el segundo, se diferencia en que la persona que lo sufre no está en la posición jurídica de soportarlo (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. 52001-23-31-000-1998-00088-01(18425), 2010)

En similar sentido, la Corte Constitucional ha indicado que la antijuridicidad del daño se determina a partir de la configuración de dos criterios:

- (i) no existe un título jurídico valido que autorice o admita el daño causado, -caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente-
- o, (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar (CC, C-957/14, 2014).

Con base en lo anterior, el régimen de responsabilidad estatal introducido por la Constitución de 1991 no se predica en la culpabilidad con fines de sanción, si no que, contrario *sensu*, radica en la reparación del perjuicio sufrido por la víctima (Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, 2007), cuando este no estaba en la obligación jurídica de soportar el daño o perjuicio sufrido.

En esa perspectiva, para que el daño sea resarcible, la jurisprudencia ha establecido una serie de características que se deben reunir, además de su antijuricidad, propiamente se ha planteado que el daño, debe ser: lícito, personal y cierto. En cuanto a que el daño sea lícito, hace referencia a que la fuente del interés legítimo afectado o dañado, este enmarcada como una actividad permitida dentro de las normas jurídicas; por personal, se entiende que puede ser

reclamado exclusivamente por quien lo sufre, ya sea la víctima, herederos o quien resulte damnificado; y que sea cierto, se refiere, a la necesidad de acreditar aquel daño antijurídico mediante cualquier medio probatorio legalmente aceptado (CE, exp.18425, 2010).

Frente a este último, la certeza del daño, este puede ser pasado, presente o futuro, y su acreditación no se debe entender por el simple hecho hipotético o eventual, para acreditarse el juez debe tener la certeza que el recurrente se habría encontrado en una situación mejor si la actuación del Estado no se hubiese realizado (CE, exp. 21660, 2012).

Al respecto, Adriano de Cupis, define al daño presente como aquel que ya se ha producido y por lo tanto, existe en el momento en que se declara la responsabilidad, por su parte el daño futuro, como aquél que no se ha llegado a producir en el momento que se realiza la reclamación (De Cupis, 2021).

Respecto al daño futuro, la doctrina cuestiona si se presenta la certeza como requisito de la existencia del daño, toda vez que solo se puede tener certeza respecto al daño presente o qué ocurrió en el pasado, en ese sentido cuando se establece el derecho de reparación por un daño futuro, se está indicando que se reconoce porque es creíble que sucederá en virtud de que hay motivos para determinarlo (Zapata García, 2018).

Cabe precisar, que, frente al daño futuro, la discrepancia no está de cara a la certeza del daño antijurídico, toda vez que este ocurrió, lo que se discute es si ese hecho desfavorable en el futuro genera o sigue afectado el goce de un derecho (Carrillo, 2022).

Frente al particular, el Consejo de Estado, no ha dispuesto que un daño futuro no goce de certeza, en sus palabras, para reconocer la responsabilidad con base a un daño antijurídico futuro, basta con que el juez lo vea “relativamente cierto” con aquella certidumbre que permite apreciar lo que es un proyecto a futuro, de modo que, aunque se trata de una certeza relativa, no deja de ser certeza auténtica, que no debe confundirse con eventualidades futuras (CE, exp.18425, 2010). Básicamente se aplica la lógica que es cierto pero futuro, porque en el curso normal de las cosas, sin sobresaltos mayúsculos, ocurrirá.

Con relación a la licitud, se predica a que el daño ocurrió sobre un bien jurídico protegido por el derecho o por lo menos no prohibido por él; siguiendo a Barros Boubre (2006), la licitud, se refiere a la afectación del interés legítimo de una persona el cual merece protección como derecho subjetivo que es; de ahí que el daño antijurídico que puede producirse sobre una persona puede ser en su personalidad y bienes, de carácter patrimonial o extrapatrimonial, tales como la vida, intimidad, honor, entre otros.

Con lo anterior, se ha abordado el primer elemento de la responsabilidad Estado, es decir, el daño. A continuación, se abarca el segundo elemento, la imputación.

b) Imputación

La imputación como elemento de la responsabilidad Estatal en Colombia, ha sido entendida como la atribución fáctica y jurídica al Estado de un daño, por consiguiente, presenta dos dimensiones: i) fáctica y ii) jurídica (Guerra, 2020).

La dimensión fáctica, se refiere a la identificación de los hechos que llevaron a la generación del daño, mientras que la dimensión jurídica, se enfoca en la evaluación de si el Estado cumplió con sus obligaciones y con ello, la causalidad entre la falta de cumplimiento y el daño sufrido.

En este orden de ideas, se ha determinado que, en la dimensión fáctica en específico en la imputación se haya el nexo de causalidad, entendiéndose por este “como la relación inherente entre el hecho imputable a la administración y el daño causado” (CE, exp. 00306 2016), es decir, que para poder establecer que el Estado es responsable administrativamente no basta con solo probar que se sufrió un daño antijurídico, sino que además de ello, este le es imputable.

Por consiguiente, bajo la lógica del nexo de causalidad y la imputación fáctica, se acude a la teoría de la causalidad adecuada, la cual se refiere a determinar si la acción u omisión del Estado es suficiente para producir el daño y si dicho daño podría haber sido evitado mediante la ejecución de medidas razonables. (Rodríguez Gutiérrez & Estupiñán, 2020). Para ello, es

necesario analizar que no exista otra causa que haya contribuido significativamente al daño dentro del asunto en litigio.

Se deben considerar factores como la previsibilidad del daño y que la relación causal sea evaluada de manera objetiva. No se trata de reprochar el comportamiento de la víctima o del agente, sino de cómo esa acción u omisión contribuyó adecuadamente al daño. Normalmente, para este fin se recurren a criterios objetivos, como pruebas técnicas y la sana crítica del juez (CE, No 15001-23-31-000-2006-02954-01(61781), 2021)

Por otro lado, la dimensión jurídica se centra en los títulos de imputación: i) la falla del servicio, ii) el daño especial y iii) el riesgo excepcional. Dicho sea de paso, ha habido algunas posturas que han señalado que la confianza legítima también forma parte de esos títulos de imputación. No obstante, hasta ahora, estos pronunciamientos han sido aislados y aún no se han consolidado como un título de imputación reconocido.

Por la falla en el servicio, ha de comprenderse que el Estado tiene el deber de brindar una prestación del servicio de forma óptima y con diligencia a la población a efectos de satisfacer sus necesidades, puesto que de no ser de ese modo y generarse un daño antijurídico, se concreta la falla del Servicio (González, 2009).

La jurisprudencia y la doctrina solían denominar la falla del servicio como “culpa administrativa”, no obstante, se ha estipulado que es un concepto errado, debido a que el término de culpa supone un elemento propio de los seres humanos.

Por ende, el concepto de culpa no puede ser atribuido a una persona jurídica, como los municipios, departamentos o Nación, en ese sentido, es necesario reconocer que este tipo de imputación no es personal, es decir, no examina la actuación del funcionario público, sino por el contrario se examina que la actuación de los agentes estatales constituye un hecho de la propia administración, por lo tanto, no pretende imputar la culpa o dolo de la persona, sino que depende de atribuir la mala o indebida prestación a cargo del Estado (Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, 2007).

Así mismo, vía jurisprudencial se ha estipulado cuatro situaciones que configuran el primer título de imputación por excelencia, es decir, la Falla en el Servicio, la primera, hace referencia al retardo injustificado en la prestación del servicio; la segunda, corresponde a la irregularidad del servicio o su indebido funcionamiento, aquí se hace énfasis en circunstancias donde el servicio público no se brinda conforme a la normatividad establecida o condiciones indicadas, implicando esto que el servicio se lleva a cabo de manera irregular o defectuosa.

Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia del 19 de agosto de 2011, la cual analizó un accidente que sufrió un obrero contratado por el ejército Nacional en una mina explosiva. En este caso, el tribunal determinó que el Ejército había incurrido en una falla del servicio al no cumplir con las reglas militares de seguridad, control y vigilancia, las cuales no fueron aplicadas adecuadamente (CE, No. 54001-23-31-000-1994-08507-01 (20028), 2011)

La tercera situación, se concreta con la falta de eficiencia en la prestación del servicio, es decir, la entidad pública materializa la atención, pero no con la diligencia debida, por ejemplo, es el típico caso de las Empresas Sociales del Estado, debido a que evidentemente sí se presta el servicio, no obstante, es recurrente que sean condenados por ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Finalmente, el último evento ocurre cuando el Estado teniendo el deber legal no actúa, es decir, se materializa una omisión (CE, No. (13168), 2006). Para la configuración de la omisión, previamente debe existir un contenido normativo que indique el deber de actuar, de tal manera que cuando con la omisión se transgrede una obligación que tiene como fuente una norma de contenido concreto, el nivel de exigencia en el incumplimiento será mayor (CE, No. 25000-23-26-000-2005-00320-01 (34359A), 2018).

Lo anterior se menciona con el propósito de señalar que, aquí opera a parte de las causales de exoneración ya mencionadas previamente, el eximente de responsabilidad de la diligencia, cuidado y pericia por parte del demandado.

En este entendido, el demandante asume la carga de probar el daño antijurídico, el nexo causal entre el daño y la falla del servicio, así como la configuración de la situación que constituye el título de imputación y la obligación incumplida. Esto se debe a que en este tipo de régimen no se presume la culpa, por ende, el demandante podrá demostrarlo utilizando cualquier medio probatorio aceptado legalmente.

En lo que concierne a la prestación del servicio de salud, se ha estipulado que para que se determine la existencia de la responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio, es necesario demostrar que en la atención médica no cumplió con los parámetros de la *Lex artis* o que la atención no se prestó de manera diligente (Castaño et al., 2016, p. 38).

De referido, es pertinente aclarar que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desde antaño ha variado, ya que antes de 1991, había estipulado que la carga probatoria estaría en cabeza del demandante y tratándose de una obligación de medios, la simple demostración del daño no conduce por defecto a tenerse por probada la falta de eficiencia en la atención médica.

Esta postura hizo tránsito hasta 1990, toda vez que, la Sala en Fallo del 24 de octubre del año en cuestión, declara la responsabilidad del Estado precisando que si bien, en materia médica las obligaciones son de medios, quien tiene una mejor posición de probar la diligencia es la entidad hospitalaria. Esto en coherencia con el artículo 1604 inc. 3) del Código Civil.

No obstante, esta interpretación fue asumida nuevamente por el Consejo de Estado en 1992 con razones diferentes, puesto que acogió el criterio de la falla presunta del servicio y con suyo, se determinó que en los procesos por responsabilidad médica asistencial la carga de la prueba es invertida.

Tanto es así, que se señaló que, aunque inicialmente la carga de la prueba recaía en el demandante, en el ámbito médico, dada su complejidad y especialización técnica, resultaba prácticamente imposible para el demandante cumplir con esta carga. Por lo tanto, se argumentó que eran los especialistas en la materia, es decir, los proveedores del servicio médico oficial,

quienes, al contar con un conocimiento técnico más profundo, debían responder a los cuestionamientos sobre los procedimientos que empleaban. Si demostraban la idoneidad de dichos procedimientos, así como su diligencia y pericia, es decir, la ausencia de fallas, quedarían exentos de responsabilidad.

Esta línea jurisprudencial fue sostenida hasta el año 2000, ya que con la sentencia del expediente 118781, se realizaron nuevos cuestionamientos, precisando que presumir la falla del servicio y a cambio, exigir prueba de su diligencia implicaba ignorar que en diversos casos quien tenía la mejor posición de probar era el demandante. Por tal motivo, se concluyó que el juez fijaba a quien les correspondía la carga probatoria conforme a los supuestos de la demanda y la contestación.

Así pues, la teoría de la falla presunta se morigeró con la denominada carga dinámica de la prueba, que nació bajo una construcción jurisprudencial y hoy se encuentra prevista legalmente en el artículo 167 del Código General del Proceso. Bajo esta carga dinámica, se regresa a la falla del servicio probada, pero se reconoce que, en lugar de asignar una carga estática de la prueba, donde una parte tiene la responsabilidad exclusiva de probar o refutar un hecho, se distribuye tal carga, dependiendo de las circunstancias propias de cada caso y determinando a cuál parte le es más fácil probar.

En este contexto, de cara con la investigación que aquí se adelanta, es pertinente manifestar entonces que, en la prestación del servicio de salud la responsabilidad se imputa jurídicamente desde la falla del servicio probada, por consiguiente, si la entidad accionada busca exonerarse, de cualquier forma, debe demostrar que actuó con diligencia y cuidado, o que aconteció una causa extraña, esto teniendo en cuenta que, la parte actora podrá demostrar la falla incluso a través de la prueba indiciaria. (CSJ, No. 095339-01, 2005).

Ahora bien, en cuanto al título de daño especial, este se configura en los eventos en que el Estado en ejercicio y deber de actuación legítima, lícita, segura y oportuna, causa un daño a un ciudadano, rompiendo el principio de igualdad frente a las cargas públicas, generándole una

carga anormal y grave a la víctima que por ende no se encuentra en la obligación jurídica de soportarla.

El fundamento constitucional y teórico de esta figura se encuentra en el principio de solidaridad, consagrado en el artículo 1 de la Constitución colombiana, en el entendido que, si la Administración realiza una obra legítima en virtud del interés general, debe indemnizar a la persona o grupo de personas que hayan sufrido un daño cuya connotación sea anormal y grave (CC, C-333/96, 1996)

Sea de precisar que, pese a que la actividad de la administración es lícita y legítima, no quiere decir que el daño no sea antijurídico, pues la antijuricidad del daño en asuntos de responsabilidad estatal, no se basa en si la conducta del autor es contraria a derecho, si no, en si la persona victima en un caso concreto no estaba obligado a soportar el menoscabo. No obstante, como previamente se señaló, en el siguiente acápite se profundizará en la antijuricidad como una característica necesaria del daño para ser reparado.

La jurisprudencia frente al daño especial también ha estipulado una serie de criterios o requisitos para la procedencia, entre ellos se destaca:

- Que la actuación, se derive de una actividad legítima de la administración, es decir que la actuación del Estado debe estar justificada en el beneficio general o interés público.
- Que la actividad del Estado debe tener como consecuencia la vulneración de un derecho, el cual surge de la ruptura de las cargas públicas y del principio de igualdad.
- Lo anterior, debe generar un daño que es grave y especial, que afecta a uno o más sujetos en específico.

Frente a lo mencionado, vale la pena traer a colación un ejemplo del reconocimiento del daño especial en casos de muerte: En 1994, ocurrió un enfrentamiento entre la Policía General de la Nación y un grupo armado al margen de la ley, del cual resultó asesinado el señor Juan María Valencia, frente a esta situación, el Estado alegó que la actuación de la Policía General de

la Nación fue legítima, debido a que había limitado a repeler un ataque injusto contra su persona, no obstante el tribunal expuso que a pesar que la actuación fue legítima, no se puede liberar a la entidad demandada, por cuanto el resultado de dicha operación resultó con la muerte del señor Juan María, quien en este evento se sometió a una carga excepcional y desproporcional que no estaba obligado a soportar (CE, No. 7136, 1994).

Bajo la misma línea, en el presente régimen, el demandado sólo podrá exonerarse probando la ocurrencia de una causa extraña, entiéndase, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero y hecho exclusivo de la víctima.

Finalmente, dentro de los títulos de imputación jurídica se encuentra el riesgo excepcional, el cual surgió en Colombia, como consecuencia de la asunción del Estado del ejercicio de actividades peligrosas asumidas en aras del progreso económico y en algunas ocasiones en razón a actividades encaminadas a proteger la comunidad y el orden público (Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, 2007).

Teniendo en cuenta lo anterior, no se trata de una acción reprochable a la administración ilícita, negligente o ilegítima, lo que se reprocha es la producción de un daño, que surge por el desarrollo de un riesgo excepcional, que ha sido creado conscientemente por el Estado (CE, No. 11.585, 2000).

Para que se configure la responsabilidad del Estado, es necesario que se presente y se acredite, la creación de un riesgo de naturaleza excepcional cuya concreción se presente u ocurra, aun cuando se ha creado y realizado de manera completamente legal (CE, No. 15187, 2006).

En el presente título, el recurrente tiene la carga de la prueba, en cuanto a acreditar el daño y el nexo causal entre el daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho de la administración (Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, 2007).

Al igual que en el título de imputación de responsabilidad previamente estudiado, la administración sólo podrá exonerarse de responsabilidad bajo causales de exoneración

extrañas, por ende, no podrá eximirse alegando el caso fortuito, por considerar que este evento se encuentra dentro de la esfera jurídica interna de quien causa el daño, así tampoco aduciendo que empleó el cuidado y diligencia en el ejercicio de aquellas actividades peligrosas.

En otra dirección, pero que tiene incidencia en la imputación, se encuentran las causales exonerativas de responsabilidad, que son aquellas que impiden imputar determinado daño a la administración, rompiendo con ello la imputación y haciendo por ende improcedente la declaratoria de responsabilidad.

Estas causales son la fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, o aquellas que se desprendan de las características básicas de cada título de imputación en particular.

Respecto a la fuerza mayor, en Colombia se encuentra definida en el artículo 1 de la ley 95 de 1890, el cual subrogó el artículo 64 del Código Civil. A partir del artículo en mención, pareciera que la fuerza mayor se entendiera como sinónimo del caso fortuito, no obstante, el Consejo de Estado ha afirmado que sólo exonera la fuerza mayor, ya que tal como se expuso, el caso fortuito es la concreción de un riesgo. Así las cosas, la fuerza mayor se acredita mediante la prueba de la ocurrencia de un hecho externo y concreto, que debe ser imprevisible e irresistible. (CE, No. 12423 2000).

Por hecho externo, se refiere a que el fenómeno debe ser ajeno del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino.

La imprevisibilidad de la fuerza mayor comprende los eventos cuando no es posible contemplar el fenómeno con anterioridad a su realización, dicho en otras palabras, la imprevisibilidad se predica cuando en condiciones normales hubiese sido imposible para la persona precaverse contra él (Patiño, 2008).

Por su parte, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad para el individuo evitar las consecuencias que se derivan del hecho imprevisto.

En otro sentido, el hecho de un tercero implica que el causante directo del daño es un tercero diferente al Estado; por lo que, el Consejo de Estado ha señalado que para que se configure esta causal es necesario que el hecho sea único, exclusivo y determinante del daño producido y debe ser producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles (CE, No. 25000-23-26-000-2005-00320-01 (34359A), 2018).

Por último, sobre el hecho exclusivo de la víctima, se predica que esta causal parte que quien ha ocasionado el daño o perjuicio ha sido la propia persona damnificada, el cual debe ser imprevisible e irresistible.

Todo lo *ut supra*, da cuenta de la evolución en los fundamentos históricos de la responsabilidad estatal, trazando su origen desde el Derecho Romano hasta su desarrollo en el contexto del Derecho Francés. Lo cual, evidencia un cambio de paradigma legal, especialmente con la transición hacia el Estado de Derecho, donde el principio de legalidad y la sujeción del poder estatal a la ley adquieren una importancia central. Además, se destaca la influencia del Derecho Francés en el desarrollo de la responsabilidad estatal, especialmente a través de decisiones judiciales clave que sentaron las bases para reconocer diferentes tipos de responsabilidad, como la responsabilidad por falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

De igual forma, se evidenció que la evolución histórica de la Responsabilidad Estatal en Colombia muestra un desarrollo progresivo desde una ausencia de fundamentos constitucionales claros antes de 1991 hasta la incorporación de la cláusula de responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991, de la que se desatan los dos elementos que deben acreditarse para declarar la responsabilidad estatal: el daño antijurídico y la imputación.

En línea con lo plasmado, se decantó el daño, sus características y su tipología, dejando claro en mérito de la investigación emprendida, que la antijuricidad se desarrolla en el siguiente apartado. Así mismo, se explicó la imputación en sus dos dimensiones, fáctica y jurídicas, haciendo especial énfasis en la falla frente a la prestación del servicio de salud. De último

momento, se esbozaron las causales exonerativas de responsabilidad, las cuales podrán ser alegadas por la entidad para romper y evitar la atribución del daño.

CAPÍTULO II: ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO, UN INGREDIENTE JURÍDICO NECESARIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En línea con lo previamente planteado, el artículo 90 constitucional plantea el derrotero de la responsabilidad estatal, al determinar que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, dejando en evidencia que el primer elemento a estudiarse en el análisis de responsabilidad del Estado, es precisamente el daño antijurídico, el cual aunque carece de definición legal, jurisprudencialmente se ha definido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (CC, C-333/96, 1996).

La anterior definición se erige como el fundamento de la obligación que tiene el Estado de reparar a quien ha sufrido un daño antijurídico por el actuar u omisión de la administración y que se imputable a la administración, resaltando que no basta con la sola acreditación de un daño, sino que este debe ser antijurídico, puesto que el ciudadano no tiene el deber de soportarlo.

En este punto, el concepto de antijuridicidad en el ámbito jurídico colombiano es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad en distintas ramas del derecho, verbigracia, en el derecho penal y administrativo. Por lo que, dada la complejidad y la evolución de este concepto, es pertinente analizarlo desde distintas perspectivas.

Por consiguiente, a continuación, se aborda brevemente la antijuridicidad desde el derecho penal, aclarando que, aunque en ese campo del derecho, se refiera específicamente a la vulneración de un bien jurídico protegido por la ley que merece una sanción penal, es útil

analizarla desde esta óptica, ya que en algunos grados ha influenciado en otras ramas del derecho, incluyendo la responsabilidad del Estado, aunque aquí conlleva no una sanción penal sino a la indemnización del perjuicio.

Así mismo, se esbozan una serie de particularidades del derecho español, toda vez que ofrece una visión enriquecedora que puede contribuir significativamente al entendimiento y aplicación de la antijuridicidad en Colombia.

2.1. La Antijuridicidad: Desde la Responsabilidad Penal

El derecho penal, es la rama del Derecho que se encarga de establecer, reglamentar y aplicar las normas que contienen las sanciones sociales o penas que, deben imponerse a quien con su acción u omisión atentan contra bienes jurídicamente protegidos o que, dicho en otras palabras, cometen un delito.

El desarrollo del derecho penal se encuentra estrechamente ligado a la evolución que ha tenido la teoría del delito, constituida esta como el eje central del compendio normativo punitivo. Sin embargo, en los diferentes sistemas del delito, hay conceptos fundamentales que le son comunes y de donde sustenta su estructura idiosincrática.

En materia penal, la antijuridicidad como primera medida es un elemento general de la responsabilidad, es decir que, para que se configure responsabilidad penal debe existir antijuridicidad, definida esta, como la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídico (L. 599, art.11, 2000; CC, C-181/16, 2016).

Ahora bien, para determinar la ilicitud o antijuridicidad penal se requiere que se acrediten diferentes criterios, el primero, es que se demuestre la existencia de un bien jurídicamente tutelado; el segundo, la necesidad de acreditar un afectación sobre aquel bien jurídicamente protegido, y el tercero, que se pueda imputar objetivamente el hecho típico, además, en este punto de análisis de la antijuridicidad, el juez debe analizar si no se está en presencia de alguna causal de justificación (Ramírez Bustos, 2005).

Lo que permite indicar que la antijuricidad en el derecho penal es punto de partida para considerar demostrada la existencia del daño en asuntos de responsabilidad patrimonial.

De esta manera, la antijuricidad en materia ostenta similitud con la responsabilidad patrimonial del Estado, la diferencia radica en que, en el sistema penal, no depende si la conducta del Estado es ilícita, es decir, no se basa que la conducta de la administración se subsuma en la descripción legal, sino por el contrario, en este caso, esa antijuricidad depende de la obligación o no que tenía el ciudadano de soportar el daño en él afligido.

De tal modo, que esta acepción de la antijuricidad implica que el régimen de responsabilidad patrimonial, a diferencia del sistema penal, no se base en un sistema condenatorio, sino por el contrario, este parte desde un sistema resarcitorio, en donde no se pretende principalmente en condenar al Estado, sino en indemnizar a la víctima de los perjuicios.

Ahora, sea de manifestar que esta tesis del fin resarcitorio del régimen de responsabilidad estatal tiene su origen en el ordenamiento jurídico español, que se expondrá a continuación.

2.2. La Doctrina Española y su aporte a la concepción de Antijuridicidad

El profesor Eduardo García de Enterría (como se citó en Espinoza, 2016) desarrolló el concepto de daño antijurídico como aquel “perjuicio que el titular del patrimonio afectado no tenía el deber jurídico de soportar, precisando que entonces “existía el deber jurídico de soportar un daño cuando hubiera alguna causa de justificación expresa y concreta que lo legitimara” (Espinoza, 2016, p. 171).

Bajo lo anterior, se sustraen tres situaciones que deben ser diferenciadas al momento de determinar la ocurrencia del daño antijurídico:

- (i) Cuando la Ley impone una obligación que el ciudadano está en la obligación de soportar, *v.gr.* el pago de impuestos o tributos, en efecto, el ciudadano sufre una lesión en su patrimonio, por cuanto su pecunio se ve disminuido –daño emergente-. Sin embargo, aunque exista el daño, este no da lugar a su reparación o indemnización,

- por cuanto es un daño o una carga que el sujeto debe soportar en virtud del contrato social.
- (ii) Si la ley impone al Estado la obligación de indemnizar a ciudadanos con características específicas, puede deberse a daños ocasionados por comportamientos ilegales de terceros (por ejemplo, delitos terroristas, ciertos delitos sexuales) o a daños no provocados por acciones ilícitas, sino por causas fortuitas o fenómenos naturales (Espinoza, 2016).
 - (iii) Aquellos supuestos fácticos, que no se podían prever o evitar con el conocimiento científico o técnico que existía en el momento en que ocurrieron, no darán lugar a una indemnización por daños causados. Sin embargo, las leyes pueden establecer beneficios económicos o asistenciales para las personas que sufren este tipo de daños (Gómez, 2019).

De lo señalado, ha precisado la doctrina española que, no existen Estados de cosas antijurídicas, por cuanto lo antijurídico es siempre una conducta, es decir una acción u omisión. Dicho de otro modo, lo que determina el carácter antijurídico es la vinculación con una conducta humana. Así entonces, afirmar lo contrario implicaría aceptar que el Derecho rige no solo para las personas, sino también para el mundo natural. En esa perspectiva, los hechos ocasionados por un fenómeno natural y que causen un daño, estos no se tornan antijurídicos en sí mismos ni en sus efectos, siempre que estos sean independientes del obrar humano. (Espinoza, 2016).

A propósito de lo anterior, el artículo 106 de la Constitución española, trae a colación la responsabilidad patrimonial del Estado, expresando que está podrá ser alegada por las personas bajo los términos establecidos por la Ley, y dado el caso de la declaratoria de responsabilidad, tendrán derecho a ser indemnizados por la lesión sufrida de sus bienes y derechos, excepto si ha ocurrido fuerza mayor.

Así mismo, el artículo 121 constitucional reconoce que los daños causados por error judicial y por el funcionamiento anormal de la administración, serán causa para acceder a indemnización por parte del Estado (Const. E., art. 121, 1978)

En este sentido, la responsabilidad Estatal en España no se torna como un mecanismo sancionatorio, puesto que la indemnización corresponde al reclamo de un derecho que goza la víctima que haya sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial.

Ahora, también en diversas ocasiones se puede configurar un daño antijurídico sin que exista culpa o falla en el servicio, significando esto que la responsabilidad estatal se deriva aun cuando el servicio público se preste en las condiciones en que en el curso de las cosas debía hacerse; lo relevante es que la carga no debía ser soportada por el ciudadano (Gallargo Castillo, 1999).

En esa perspectiva, para España la regla general es la del "funcionamiento anormal" y "funcionamiento normal", en el primero, se declara la culpa, y el segundo, se aduce a las cargas que un ciudadano no está en la obligación de soportar, en otras palabras, se centra en el principio de igualdad ante las cargas públicas (Tejada Hernández, 2014).

Así las cosas, la doctrina española en materia de responsabilidad patrimonial ha sido referente en materia de responsabilidad estatal para el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto la concepción expuesta del daño antijurídico ha sido admitida y aplicada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Lo precitado, se compagina en la manera en que, en Colombia, la noción de daño esta encaminada a que el Estado "es el guardián de los derechos y garantías sociales, por lo tanto, debe reparar la lesión que sufre toda víctima de un daño causado por su gestión, debido a que aquella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo" (CC, C-430/00, 2000).

2.3. La Antijuridicidad en la Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia

En el capítulo que antecede, se decantó los elementos de la responsabilidad estatal en Colombia, salvo aquello relacionado con la antijuridicidad del daño para ser reparado, ya que esta sería desarrollada como una categoría autónoma dentro de la investigación, debido a que constituye el concepto jurídicamente relevante que se está estudiando.

Dicho lo anterior, el artículo 90 constitucional es la puerta que habilita el reclamo hacia el Estado para que este sea responsable y con ello, le asista el deber de reparar e indemnizar por los daños cometidos siempre y cuando estos tengan el carácter de ser antijurídicos e imputables a una entidad Estatal, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996.

Esta postura que hizo tránsito y en la evolución jurisprudencial con la sentencia C-892 de 2001, se destacó que el artículo 90 “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”.

Ahora bien, frente al daño antijurídico como elemento de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado colombiano, en su calidad de máxima autoridad judicial de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que le corresponde al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. (CE, No. 32912, 2015)

En este sentido se ha señalado que en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico. Por consiguiente, se torna relevante efectuar una revisión de las posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, esto con el ánimo de avizorar el análisis que debe realizarse de la antijuridicidad del daño, como ingrediente del daño mismo.

Con base en lo referido, a continuación, se presenta, por un lado, el análisis de posiciones jurisprudenciales asociadas con el estudio de la antijuridicidad en asuntos diferentes a la prestación

de servicio de salud, y por el otro lado, con ocasión al objeto esta investigación, se examinan aquellas posiciones jurídicas desatadas por el Consejo de Estado concretamente en asuntos en los que se discute la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios de salud, esto con la finalidad de demostrar la tendencia jurisprudencial de diluir el estudio de la antijuricidad del daño.

2.3.1. Análisis de la antijuricidad del daño desde la jurisprudencia del Consejo de Estado

En desarrollo de lo expuesto y tras llevar a cabo una minuciosa lectura y análisis de las providencias, se sostiene en términos de esta investigación que hay un panorama donde se plantean distintas interpretaciones y enfoques sobre la antijuricidad del daño en casos de responsabilidad estatal por falla en la prestación del servicio de salud.

A través de este análisis, se propone que tales razonamientos pueden encuadrarse, en dos tesis jurídicas disimiles, por un lado, en una corriente que aboga por la necesidad de demostrar, además del daño sufrido, la antijuricidad de este, por lo que implica un criterio más riguroso en la evaluación de la antijuricidad.

Por el otro, se plantea una postura que sugiere que, una vez probado el daño, este es antijurídico *per se*, así que este enfoque simplifica el análisis al vincular la mera ocurrencia del daño con su antijuricidad.

2.3.1.1. Tesis #1: Necesidad de demostrar además del daño su antijuricidad

Conforme se indicó en líneas anteriores, dentro de esta corriente jurisprudencial se plantea un enfoque riguroso en la evaluación de la antijuricidad, ya que la postura se fundamenta en la premisa de que la mera existencia del daño no es suficiente para atribuir responsabilidad al Estado, sino que también debe demostrarse que dicho daño es antijurídico, es decir, que la víctima no tenía el deber jurídico de soportarlo.

Es más, las sentencias que se encuadran dentro de este razonamiento revelan que en litigios donde se ha probado el daño, pero no se ha logrado demostrar su antijuricidad, las pretensiones de los demandantes han sido denegadas y, por ende, no se ha declarado la responsabilidad estatal. Ejemplos específicos incluyen casos de abuso y maltrato, pérdida de propiedad por ejecución hipotecaria, y privación injusta de la libertad.

En estos asuntos, la falta de demostración de la antijuricidad del daño ha sido atribuida a diversas razones, como la prescripción de la acción penal, la convivencia en el mismo hogar que dificultaba la denuncia del delito, el deber jurídico de soportar la ejecución de una hipoteca conocida al momento de la compra de la propiedad, y la aplicación de una inferencia razonable en procesos penales. De esta tesis jurisprudencial dan cuenta los siguientes pronunciamientos:

En expediente No. 42243 del 05 de diciembre de 2017, la Sección Tercera del Consejo de Estado, analiza la responsabilidad del Estado en el caso de Ricardo Antonio Solano Torres, acusado de delitos graves contra sus hijas y sobrina. A pesar de que se decretó la prescripción de la acción penal a su favor debido a la demora en la denuncia de las víctimas, se argumentó que no se demostró la antijuricidad del daño imputable a la Nación - Fiscalía General de la Nación y tampoco la ocurrencia de la falla en servicio, pues existían pruebas contundentes de abuso y maltrato por parte de Solano Torres hacia sus hijas (CE, No. 23001-23-31-000-2010-00025 (42443), 2017).

Las razones por las cuales no se demostró la antijuricidad del daño, se reducen en que:

- La prescripción de la acción penal no implicaba su inocencia, puesto que las pruebas señalaban y daban cuenta de su comportamiento delictivo y abusivo.
- La convivencia en el mismo hogar dificultaba la denuncia del delito, pero no eximía la responsabilidad individual del acusado en los actos cometidos.

Así mismo, en sentencia del 30 de julio del 2018, bajo el expediente 41602, se expone la noción de Daño antijurídico desde dos aspectos i) como entidad jurídica y ii) si corresponde soportar o no el daño.

De otro lado, en sentencia (42213) del 29 de marzo del 2019, se estima que el daño se encuentra acreditado con la muerte de dos personas que pertenecían al Ejército Nacional, por consiguiente, se analiza si dicho daño es antijurídico, obteniendo como conclusión que para que se aduzca su antijuridicidad, el menoscabo debe: i) Versar sobre un derecho subjetivo; ii) que el bien jurídico afectado no tenga un título que ampare su lesión; y, iii) que no haya sido culpa de la víctima.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es suficiente probar la existencia del daño material, sino que es imprescindible identificar la antijuricidad, en el entendido que el demandante, no estaba en la obligación de soportar el daño.

La jurisprudencia en diversas ocasiones ha defendido la presente tesis, es así como en sentencia del 5 de marzo de 2021, el Consejo de Estado concluyó en un caso de un ejecutivo hipotecario que la pérdida del inmueble dado en garantía real y propiedad de un tercero, no era antijurídico, porque el recurrente al momento de comprar la propiedad conocía que este estaba como garantía de pago de una obligación ajena (ya que la hipoteca se encontraba inscrita en la matrícula vigente), en tal sentido le asistía el deber de soportar la ejecución

En otras palabras, el Consejo de Estado, expuso que no basta acreditar el padecimiento de un daño por desposesión de un bien inmueble de su propiedad, puesto que en el presente caso no sería antijurídico, debido a que el demandante estaba en el deber jurídico de soportarlo (CE, No. 25000-23-36-000-2013-00639-01(51780), 2021).

En sentido similar, la antijuricidad ha sido objeto de estudio en los Tribunales Administrativos, como sucede por ejemplo en el caso de resuelto el 8 de diciembre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, donde examina una demanda de reparación directa en contra de la Unidad Administrativa de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, el Congreso de la República y la Rama Judicial, por la extinción del derecho de dominio de un predio rural como consecuencia de la expedición de la Ley 1448 de 2011 y su omisión respecto a la regulación de la situación jurídica de “los segundos ocupantes” de bienes

rurales y por consiguiente, el presunto error judicial contenido en la sentencia del 23 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia dentro del proceso de restitución de tierras con Rad. No. 2015-00001 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, 25000-23-36-000-2018-00506-00 (SC3-21092442), 2021).

Frente a este caso, el mencionado Tribunal concluyó que aunque efectivamente con la expedición de la sentencia del 23 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia se causó un daño a la demandante, que se materializa en el menoscabo de derecho de propiedad que ostentaba sobre su bien, este daño no se configuraba como antijurídico, por cuanto no se probó que la accionante actuara bajo el principio de buena fe exenta de culpa y además no poseía la calidad de segunda ocupante cualificada, por lo la decisión emitida por el Tribunal es razonable, adecuada y fundamentada en la ley 1448 de 2011 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, 25000-23-36-000-2018-00506-00 (SC3-21092442), 2021).

Otro de los eventos donde se evidencia frecuentemente la ausencia de antijuricidad del daño, son en los casos de privación injusta de la libertad, un ejemplo de ello es la sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019)- proceso con número interno 48292.

Aquí el Consejo de Estado resuelve un caso en el que los hechos giran en torno a una orden de captura con fines de indagatoria por los delitos de trata de personas, entre otros, y en el trámite procesal esta precluyó. Los demandantes alegan falla del servicio por que en virtud de la orden de captura la persona fue deportada de Japón a Colombia y porque la captura fue registrada en medios de comunicación.

Frente al particular, el Consejo de Estado sostuvo que no había lugar a reparación por cuanto, no se había acreditado la existencia de un daño antijurídico, ya que, en el curso de un proceso judicial en la jurisdicción penal, cualquier persona que actúa como sujeto procesal debe asumir la carga del cumplimiento del deber que le asiste con la administración de justicia. Así mismo, frente a la difusión de la captura aseveró que tampoco era un daño antijurídico debido a

que, estas no dieron certeza sobre los hechos (CE, No. 05-001-33-31-023-2006-00002-00; 05-001-33-31-012-2006-00019-00; 05-0001-33-31-021-2006-00022; 05-001-33-31-012-2006-00021-00; 05001-23-31-000-2005-06076-01(48292) Acumulados, 2019)

Esta misma postura ha hecho carrera en los Tribunales Administrativo, de ello da cuenta la sentencia del 11 de noviembre de 2021, proferida por el Tribunal administrativo de Boyacá, en sede de segunda instancia, en donde se pretendida la declaratoria de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad del señor Yeferson Manuel Avendaño, en razón a una investigación penal por el presunto delito de acceso carnal violento en persona con imposibilidad de resistirse (Tribunal Administrativo de Boyacá, 5001-33-33-004-2018-00232-01, 2021).

En el desarrollo del proceso, las pruebas practicadas arrojaron que los fluidos corporales hallados en la víctima no eran del procesado, por lo que el juez resolvió con fallo absolutorio quedando ejecutoriada porque no que hubo lugar a recurso por las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal analizó que partiendo que el presunto delito por el que se investigaba correspondía a uno cometido en persona menor de edad, por la relevancia que tienen los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, permitieron asumir al juez que la medida de aseguramiento era procedente, por la que la decisión se tomó con fundamento a una inferencia razonable (Tribunal Administrativo de Boyacá, 5001-33-33-004-2018-00232-01, 2021).

Como conclusión, el fallador precisó que no existía duda del daño ocasionado en el demandante por la privación de su libertad, sin embargo, no podía configurarse como antijurídico por haberse tomado desde una inferencia razonable exigida en la norma procedimental penal para la aplicación de la medida de aseguramiento.

2.3.1.2. Tesis #2: Probado el daño per se demostrada su antijuricidad

Bajo este criterio, tal como se mencionó previamente, en términos de esta investigación se reunieron una serie de posiciones jurisprudenciales en las que el juzgador se limitó a analizar la

presencia del daño en el caso específico y consideró *per se* que su mera configuración conllevaba la antijuridicidad de este. Véase:

El Consejo de Estado el 31 de octubre de 1991, expide sentencia mediante la cual se declara la responsabilidad estatal en un caso en el cual a un transeúnte que circulaba en su automotor por la vía nacional, de repente le cae una piedra y como consecuencia sufre lesiones, argumentando que la condena al Estado obedece en razón a que “los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo” (CE, No. 6515, 1991).

Para el presente caso, el problema jurídico se suscita exclusivamente al elemento del daño, dejando de lado su antijuridicidad y el nexo causal que requiere para su imputación.

De igual forma, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 2014, analizó una demanda acerca de la detención de una persona que se encontraba en un compartir portando un arma de fuego con su respectivo salvoconducto; no obstante, cuando la policía llega al lugar de los hechos proceden a arrestar a la mujer y la agreden de manera física y verbal.

En vista de la situación, los agentes de policía denunciaron a la persona por el delito de violencia contra servidor público y el 14 de marzo de 2005, el juez cognoscente profirió sentencia absolutoria. En consecuencia, la señora interpuso demanda de reparación directa a título de falla del servicio por: i) la extralimitación de la Policía en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, y, ii) por haber sido vinculada en un proceso penal (CE, 2001-23-31-000-2005-01640-01 (40411), 2014).

En el presente caso, el cuestionamiento jurídico estuvo dado en si se había acreditado la ocurrencia de un daño. En ese sentido, se determinó que efectivamente demostró la existencia del daño antijurídico de la demandante, al estar privada de la libertad y finalmente su presunción de inocencia no se desvirtuó. No obstante, sobre la antijuridicidad solo se expuso que es aquella carga que la víctima no tiene el deber de soportar, y pese a ello, la corporación

decidió que el daño alegado estaba probado (CE, 2001-23-31-000-2005-01640-01 (40411), 2014).

Así mismo, el alto Tribunal el 12 de noviembre de 2014, conoció de un asunto en contra del Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA), por un recurso propuesto mediante el cual se pretendía la indemnización por los presuntos perjuicios causados por la entrega de la posesión y posterior de un bien inmueble de propiedad del recurrente a un tercero (CE, 2001-23-31-000-2005-01640-01 (40411), 2014).

En dicho caso, se reiteró la teoría del daño frente a la responsabilidad extracontractual y se trajo a colación que el daño antijurídico, se define como aquel que la víctima no tiene el deber de soportar, pero no realiza un estudio de manera más profunda.

Así las cosas, una vez decantadas ambas tendencias aquí propuestas, se procede en los siguientes acápite, a analizar de manera concreta la antijuridicidad en aquellos asuntos relacionados con la prestación del servicio de salud.

2.3.2. Análisis del daño antijurídico en la prestación del servicio de salud: Consejo de Estado

El Consejo de Estado, a través de su jurisprudencia, desempeña un papel fundamental en materia de responsabilidad estatal, especialmente en lo concerniente a la prestación del servicio de salud, por ello, sus decisiones no solo garantizan la justicia para las víctimas, sino que también sientan precedentes importantes que orientan futuras actuaciones tanto de autoridades como de los prestadores de la salud.

Así las cosas, tras un ejercicio de análisis dinámico, se ha llevado a cabo una categorización de las posturas jurisprudenciales emitidas por el Consejo de Estado en aquellos casos que se discute la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud.

En este sentido, se identifican tres principales enfoques adoptados por la Corporación: en primer lugar, se establece que una vez se prueba el daño, este *per se* es considerado antijurídico;

en segundo lugar, se sostiene que la antijuricidad del daño está condicionada por la magnitud de la omisión cometida por la entidad prestadora de salud; y, por último, se afirma que el daño es antijurídico cuando afecta un interés legítimo protegido como derecho fundamental.

Esta clasificación permite comprender de manera más precisa cómo el Consejo de Estado aborda y fundamenta sus decisiones en materia de responsabilidad estatal en la prestación de servicio de salud, contribuyendo a una mejor comprensión de la evolución de la jurisprudencia y sus implicaciones para la protección de los derechos de los involucrados.

De lo anterior puede anticiparse que, hay una estrecha similitud con aquellas que fueron previamente abordadas, no obstante, se avizora que a diferencia del estudio de aquellos litigios que no se relacionan con la prestación del servicio de salud, la Corporación ha tendido a diluir la antijuricidad para incluso llegarla a determinar conforme a la magnitud de la omisión cometida.

Colofón, en virtud de la categorización propuesta, se procede a reseñar los casos estudiados y emitidos por el Consejo de Estado, con el fin de brindar una visión más completa sobre los razonamientos tenidos en cuenta por el fallador, véase:

2.3.2.1 *Probado el daño per se es antijurídico*

Todo lo explicado, respalda que el artículo 90 de la Constitución colombiana requiere que para declarar la responsabilidad estatal se debe constatar que el daño sea antijurídico, es decir, que la víctima no tuvo el deber jurídico de soportarlo. Sin embargo, a pesar de esta exigencia constitucional, el Consejo de Estado ha tendido a considerar el daño como antijurídico una vez demostrada su ocurrencia, sin profundizar en un análisis específico sobre si la víctima tenía o no el deber jurídico de soportarlo. Esto se evidencia en diversas sentencias donde, al constatar el daño sufrido por los demandantes, se asume automáticamente su carácter antijurídico, véase:

a) Sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009) proceso bajo Radicación número: 44001-23-31-000-1998-00441-01(21463). La situación fáctica que dio

lugar al pronunciamiento del Consejo de Estado se resume en que el demandante sufrió una serie de problemas médicos vinculados con su rodilla derecha.

Después de varias consultas y exámenes, fue sometido a una artroscopia y una meniscoplastia en octubre de 1996. A pesar de la cirugía, continuó experimentando dolor y rigidez en la rodilla, lo que llevó a una segunda artroscopia en febrero de 1997. Se encontraron complicaciones graves, incluida la ruptura del ligamento cruzado anterior. Posteriormente, se determinó que el demandante era un candidato para un reemplazo total de rodilla. Las intervenciones quirúrgicas resultaron en una destrucción del ligamento cruzado posterior, daños en el ligamento cruzado anterior y la pérdida de flexibilidad en la rodilla.

Al respecto, el órgano colegiado consideró que el daño correspondió a la lesión en la rodilla derecha del señor Alberto Mario Bastidas, la cual imposibilita su movimiento y, por ende, cualquier labor o práctica de deporte. No obstante, la Corporación no realiza explícitamente ninguna elucubración frente a su carácter antijurídico.

b) Sentencia de abril veintiocho (28) de dos mil once (2011), Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963): Se estudió el caso de la señora Onaida Esther Vega quien mediante cesárea concibe gemelas en la Clínica Santa Marta del ISS en 1992. A pesar de conocer el riesgo de isoinmunización por factor RH debido a la incompatibilidad sanguínea entre la madre (O-) y las niñas (O+), estas no recibieron atención pediátrica después del parto. Dos días después, mostraron síntomas de ictericia y se requirió sangre O RH negativo para una exanguinotransfusión, pero la falta de disponibilidad y la demora resultaron en daño cerebral para una de las niñas.

En el caso de marras, la Sala dio por demostrado el daño consistente en que la menor sufre de una perturbación funcional del sistema nervioso central y conexiones nerviosas secundarias a kernicterus.

c) Sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011)- Radicación número: 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316): El caso se remonta al año 1995 y versa

sobre una demanda a al extinto Instituto de Seguros Sociales por las graves lesiones sufridas debido a una inyección mal aplicada, según el demandante a raíz de dicho daño se le generó una pérdida de capacidad laboral del 80%.

En consecuencia, la Corporación determinó que estaba acreditado un daño pero que conforme al historial de capacidad laboral se pudo concluir que la enfermedad que sufre no fue a raíz de la inyección, por tal motivo pese a la existencia del daño este no superó la imputación.

d) Sentencia del cinco (5) de abril de dos mil trece (2013)- Radicación número: 63001-23-31-000-2000-00161-01(24353): Se estudió la responsabilidad estatal aducida por Luz Adriana Posada Vélez cuando ingresó al I.S.S., donde fue inducida en trabajo de parto. No obstante, por complicaciones en el mismo se decidió la práctica de cesárea. Días después, ingresó a la clínica con sangrado vaginal excesivo, el cual obligó a su inmediata hospitalización y a intervenciones quirúrgicas de diferentes órdenes, que no bastaron para salvarle la vida.

En el caso en concreto, el daño probado fue la muerte de la señora Luz Adriana Posada Vélez. Finalmente accedió a las pretensiones ya que encontró que el daño era atribuible a la entidad demandada.

e) Sentencia del veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014)- Radicación número: 88001-23-31-000-2002-00183-01(32600): Persona que demanda a entidades hospitalarias por la indebida atención en la prestación del servicio al tratar una fractura en su brazo izquierdo. El Consejo de Estado, consideró que el daño se encontraba probado con la calificación por parte de la Junta de Invalidez. Las entidades fueron declaras responsables.

f) Sentencia veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)- Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00993-01(30628): En el presente caso, el Consejo de Estado, sustentó que el daño se materializó con la muerte del familiar de los demandantes puesto que el deceso ocurrió en las instalaciones del hospital porque estando hospitalizado decidió aventarse y como consecuencia del golpe recibido, muere. Si bien, las pretensiones de la demanda se niegan, esto ocurre porque no se logra imputar el daño a la entidad.

g) Sentencia del primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269): El 31 de marzo de 2006, los señores César Antonio Ramírez Rico y otros, activan el aparato judicial contra diversas entidades de salud por la muerte de una familiar, se alegó que la fallecida sufría de diabetes y fue mal atendida por lo demandada, lo que contribuyó a su fallecimiento. En el asunto en cuestión, se afirmó que el daño antijurídico se encontraba acreditado con el registro de defunción.

h) Sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019)- Radicación número: 76001-23-31-004-2007-00539-01 (43327): Los familiares del señor Francisco Antonio Tapasco Guevara, demandan por los perjuicios ocasionados a raíz de su deceso, el cual endilgan a la ESE Antonio Nariño, por una atención inadecuada, error de diagnóstico y de tratamiento, a raíz un episodio indicativo de un accidente cerebro vascular. El Consejo de Estado, sin hacer ninguna reflexión a la antijuricidad del daño, da por probado ese elemento, con las pruebas obrantes en el proceso, que dan cuenta que el señor Tapasco Guevara falleció el día 29 de junio de 2005.

i) Sentencia del tres (3) de julio de dos mil veinte (2020), dictada en el proceso con radicado número: 17001-23-31-000-2005-02339-02(47155): en el caso en concreto, se acusó a las entidades demandadas de haber prestado un servicio médico deficiente e inoportuno a la señora Nohelia Martínez, los días 20 a 23 de noviembre de 2003, y que fue esa falla del servicio la que le causó su fallecimiento.

En la providencia, la Corporación luego de hacer citas jurisprudenciales sobre la necesidad que el daño sea antijurídico para ser reparado, consideró demostrado este mediante el certificado de Registro Civil de Defunción de la occisa y la historia clínica expedida por las entidades, es decir por encontrar acreditada la muerte.

De igual forma, sucedió en sentencia dictada en el proceso número: 66001-23-31-000-2011-00052-01 (47772) del trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020), donde el Consejo de Estado resolvió la controversia presentada el 7 de mayo de 2009, cuando un bebé de dos meses

fue vacunado por una auxiliar de enfermería en su casa en Pueblo Rico, Risaralda. Después de la vacunación, el menor presentó malestar general y otros síntomas. Al día siguiente, fue llevado al hospital donde se le diagnosticó una urgencia vital y se ordenó su traslado a Pereira.

Sin embargo, el traslado se demoró y la ambulancia carecía de los medios necesarios. Durante el traslado, el paciente convulsionó y la ambulancia sufrió desperfectos mecánicos. Llegó al hospital de Pereira con diagnóstico de severa sepsis bacteriana y falleció poco después de ser ingresado en cuidados intensivos.

En el asunto en cuestión, se encontró probado el daño con la muerte del infante de dos meses de edad, como consecuencia de una neumonía.

j) Sentencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), bajo Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02454-01(48387): El Consejo de Estado dirimió la litis presentada por los señores Marina Gambasica de Numpaque y Hernando Numpaque Martínez, junto con sus hijos menores contra el Hospital El Tunal ESE.

Los demandantes alegaron que el hospital era responsable por los daños causados al menor William Numpaque Gambasica debido a un diagnóstico médico omisivo y tardío de torsión testicular, que resultó en la extirpación de su testículo derecho y secuelas psicológicas. Por lo que, según los demandantes, el menor sufrió pérdida del 50% de su capacidad reproductiva y hormonal, así como traumas psicológicos, incluyendo depresión, ansiedad y baja autoestima. (CE, 2021)

Del razonamiento del juzgador se desprende que dio por demostrado el daño antijurídico al haberse probado que efectivamente se realizó la intervención quirúrgica de orquiectomía derecha al menor. Esto indica que el Consejo de Estado calificó el daño como antijurídico debido a que se demostró la ocurrencia del daño alegado. Sin embargo, no se evidencia que la Corporación haya realizado un análisis específico sobre la antijuridicidad.

2.3.2.2 La antijuricidad del daño se determina de acuerdo con la magnitud de la omisión cometida

El Consejo de Estado, en su función de impartir justicia, ha abordado casos donde la antijuricidad del daño se vincula estrechamente con la magnitud de la omisión por parte de la entidad prestadora del servicio de salud. Tal es el caso de las siguientes sentencias:

a) Sentencia del treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)- Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01017-01(30944): El caso involucra la muerte de Candis Cristina Barros Socarrás, quien fue llevada a varios centros médicos debido a un sangrado vaginal persistente. A pesar de los esfuerzos de la familia por buscar atención médica adecuada, se encontraron con obstáculos burocráticos y negligencia médica. El médico que la atendió inicialmente no la internó a pesar de su estado delicado, y luego, en otro centro, se le negó la atención adecuada debido a problemas administrativos. Finalmente, cuando se ordenó su traslado a otra clínica, su condición ya era crítica y falleció.

En el asunto bajo análisis, el Consejo de Estado afirmó:

Que la más grave antijuricidad observable en este caso está constituida por la absurda trabazón administrativa a la que fue sometida la paciente, debido a la cual permaneció diez días sin recibir atención médica, mientras sus parientes rogaban en vano que le fuera prestado el servicio de salud y su estado se deterioraba progresivamente.

Además, la Corporación refuerza su postura al considerar que la víctima exigía una especial protección, en la medida que se trataba de una menor.

b) Sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)- Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01762-01(38805): La señora Elvia Delgadillo Méndez, afiliada al Instituto de Seguros Sociales, recibió atención en la Clínica Carlos Lleras Restrepo debido a complicaciones durante su embarazo, incluyendo amenaza de aborto y sospecha de infección amniótica. A pesar de los tratamientos y cuidados médicos, su bebé nació prematuramente en la

misma clínica, donde falleció, según afirmaba la parte demandante, debido a la falta de equipos adecuados.

El Consejo de Estado, en este caso, asumió que, de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en la muerte del feto por una falla en la prestación del servicio médico, consistente en la atención tardía y negligente, y debido a que la institución no contaba con los recursos técnicos para la atención de esos casos, lo que lo condujo a su muerte.

c) Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015) bajo radicado Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02178-01(46466): El Consejo de Estado resolvió el caso de una persona que fue víctima en un asalto y recibió un disparo con un revólver calibre 38. La víctima inicialmente fue trasladado a la Clínica para efectos de estabilizarlo y posterior, fue remitido a otra clínica. Siendo atendido por remisión, el paciente recibió tratamiento para shock hipovolémico y se intentó una arteriografía, pero esta no pudo realizarse en esa institución por lo que tuvo que ser remitido nuevamente.

En virtud del diagnóstico médico del cirujano -compromiso de la arteria femoral- la víctima fue intervenida quirúrgicamente. Sin embargo, debido al retraso, la pierna sufrió daño por falta de irrigación sanguínea, resultando en necrosis y posterior amputación.

En el asunto en cuestión, el juzgador luego de realizar una serie de indicaciones frente al daño antijurídico de las que se sustrae que comprende dos elementos: uno material o sustancial, que representa el hecho o fenómeno físico o material (por ejemplo, la lesión, la muerte, etc.), y otro formal, que proviene de la norma jurídica correspondiente.

Consideró, sin más elucubración que el daño se tradujo en la pérdida del miembro inferior derecho del paciente debido a una amputación, la cual fue consecuencia de una prestación tardía y descuidada de los demandados. A tenor literal señala el Consejo de Estado: “En este caso, de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en la pérdida del miembro inferior derecho del paciente por amputación”.

Es decir, el Despacho, en su análisis, realmente no razonó frente a la existencia o no de la antijuridicidad del daño, sino que sólo se limitó a considerar que la pérdida del miembro inferior derecho del paciente debido a una amputación fue consecuencia de una prestación tardía y descuidada por parte de los demandados. Es como si el juzgador, asimilara que la antijuridicidad se prueba conforme a la magnitud de la omisión cometida por la entidad.

d) Sentencia del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00527-01(47214): Durante el curso de diversas patologías que sufría el menor Samuel Fernando Cifuentes Ortiz, por las cuales era atendido en el Hospital Militar Central, entre ellas la hidrocefalia, cuyo tratamiento requería una derivación para disminuir los niveles de líquido cefalorraquídeo; el paciente padeció una infección, complicación inherente a la colocación de una de las válvulas de derivación, patología que no fue diagnosticada en forma oportuna por la ausencia de la práctica del examen necesario para ello, lo que generó la agravación de su estado de salud y afecciones renales que los actores atribuyen a dicha omisión.

Reglón seguido, el Consejo de Estado planteó que producto de las fallas en el servicio, los actores padecieron un daño que no estaban en el deber jurídico de soportar, cual fue el consistente en haber tenido que soportar la agudización del cuadro clínico.

e) Sentencia proferida el diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021), dentro del proceso radicado número: 05001-23-31-000-2007-02926-01(51569): El Consejo de Estado analizó un caso en el que se alegaba la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy liquidado, por la muerte del señor Francisco León Londoño Ángel debido a una omisión en la prestación de servicios de salud.

Los demandantes argumentaron que la no realización de un cateterismo afectó directamente la posibilidad de someter al paciente a una cirugía para mejorar su enfermedad coronaria.

Tras revisar el material probatorio, el Consejo de Estado encontró que la omisión del ISS fue grave y constitutiva de responsabilidad. Se evidenció que el paciente había sido

diagnosticado con enfermedad coronaria y se había recomendado la realización del cateterismo. A pesar de ello, el ISS no autorizó ni practicó el examen de manera oportuna, incluso después de una orden judicial en una acción de tutela. De igual forma, al valorar el dictamen médico se concluyó que cateterismo era urgente y necesario para definir el tratamiento adecuado, el cual tenía el potencial de mejorar la calidad de vida del paciente, por lo que la omisión del ISS privó al paciente de un procedimiento médico con expectativas de recuperación.

Bajo lo anterior, el Consejo de Estado gracias a la gravedad de la omisión de la entidad demandada dio con ello demostrada la antijuricidad del daño, plantea expresamente la Corporación: “Así las cosas, el daño antijurídico es imputable a la demandada, por cuanto su omisión en la prestación del servicio de salud fue muy grave”.

En todos los casos presentados, el Consejo de Estado concluye que la gravedad de la omisión cometida por las entidades prestadoras del servicio de salud es suficiente para establecer la antijuricidad del daño. Esto implica que la magnitud de la negligencia se convierte en un factor determinante en la evaluación de la antijuricidad del daño, lo que sugiere una correlación directa entre la gravedad de la omisión y la antijuricidad de este, lo cual evidentemente, conlleva a afirmar que, bajo esta interpretación, se está uniendo ambos elementos de la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputación jurídica.

2.3.2.3. El daño es antijurídico al afectar un interés legítimo protegido como derecho fundamental

En estos pleitos, a pesar de no profundizar en un análisis detallado sobre si la víctima tenía o no la obligación jurídica de soportar el daño, el Consejo de Estado consideró que el daño era antijurídico debido a su impacto en derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Véase:

a) Sentencia diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014)- Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01146-01(30622): Marisol Alfonso Camargo demandó al Hospital Mario Gaitán de Soacha por la muerte de su hijo Sebastián Felipe Alfonso Escobar, alegando

negligencia médica. El 9 de julio de 2001, Marisol llevó a su hijo Sebastián al hospital, pero los médicos se negaron a atenderlo sin el pago de una suma de dinero. Al día siguiente, encontró a su hijo fallecido en su casa.

En el juicio de responsabilidad, la Corporación estimó que el hecho dañoso sufrido por la demandante, en tanto la muerte del menor Sebastián Felipe Alfonso Camargo, constituye una lesión que supone, por sí misma, una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

b) Sentencia del primero (1) de junio de dos mil veinte (2020) con radicación número: 25000-23-26-000-2005-01184-01(45699): El Consejo de Estado, resolvió la siguiente situación fáctica: El 10 de mayo de 2003, Alicia Alayón Alayón y su hija, Viviana Daza Alayón, estuvieron involucradas en un accidente de tránsito en la vía de Bogotá a Villavicencio. Viviana fue trasladada al Hospital San Rafael para recibir primeros auxilios y luego remitida a la Fundación Hospital de la Misericordia para un procedimiento quirúrgico debido a un politraumatismo y trauma raquimedular incompleto.

El 21 de febrero de 2005, el Instituto de Medicina Legal determinó que Viviana tenía paraplejía y problemas en el control de esfínteres. Las demandantes consideran responsables al Hospital San Rafael y a la Fundación Hospital de la Misericordia por las secuelas físicas de Viviana, teniendo en cuenta su falta de gestión, coordinación y administración en la prestación del servicio hospitalario.

En la sentencia bajo estudio, la Corporación si bien denegó las pretensiones de la demanda por cuanto no encontró probado el elemento de imputación, llama la atención la forma en que encontró acreditado el daño. Particularmente el Consejo de Estado, sustentó que, la Constitución Política de Colombia consagra en su Preámbulo la obligación del Estado de asegurar la vida de sus ciudadanos, además, que el artículo 11 establece que el derecho a la vida es inviolable. En cuanto a la salud, hace alusión a la sentencia T-760 del 2008, por medio de la cual se reconoció como un derecho fundamental.

Del análisis de la sentencia en cita, se puede sostener que el Consejo de Estado, estimó que el daño es antijurídico porque implica una afectación directa a derechos fundamentales protegidos por la Constitución y el ordenamiento jurídico colombiano, pero no indicó los razonamientos relacionados en si la víctima tenía o no la obligación jurídica de soportar el daño.

c) Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020) con radicación número: 76001-23-31-000-2009-00895-01(46622): El Consejo de Estado se pronunció sobre la siguiente situación fáctica: 6 de noviembre de 2007, Juan José Aristizábal Ortiz se presentó en el servicio de urgencias del Hospital San Esteban de la Unión Valle con fuertes dolores abdominales, mareos y otros síntomas. A pesar de recibir atención médica que incluyó medicamentos y procedimientos para estabilizarlo, su condición empeoró rápidamente, llegando a sufrir un paro respiratorio. A pesar de los esfuerzos por reanimarlo, el paciente no respondió y falleció. La necropsia reveló que la causa de su muerte fue una gastritis hemorrágica que condujo a un choque hipovolémico.

En el asunto en cuestión, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se detuvo a analizar el daño antijurídico y concluyó que con la muerte de la persona y el certificado de defunción que daba cuenta de ello, se encontraba probado el daño antijurídico.

Reglón seguido, la Corporación sustenta que, la Constitución Política de Colombia consagra en su Preámbulo la obligación del Estado de asegurar la vida de sus ciudadanos, además, que el artículo 11 establece que el derecho a la vida es inviolable. En cuanto a la salud, hace alusión a la sentencia T-760 del 2008, por medio de la cual se reconoció como un derecho fundamental.

Del análisis de la sentencia en cita, se puede sostener que el Consejo de Estado, consideró que el daño (consistente en la muerte de Juan José Aristizábal) es antijurídico porque implica una afectación directa a derechos fundamentales protegidos por la Constitución y el ordenamiento jurídico colombiano.

CAPÍTULO III: ESTUDIO DE CASO DESDE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÉDICO EN EL HOSPITAL MARÍA INMACULADA DE FLORENCIA, CAQUETÁ

En el presente acápite se realiza un estudio del daño antijurídico a partir de los fallos judiciales proferidos en Florencia, Caquetá, en los cuales se tuvo como parte demandada al Hospital María Inmaculada en un periodo de seis años.

En virtud de lo dicho, los criterios de selección de las sentencias se realizaron teniendo en cuenta: i) especificidad; ii) delimitación espacial; iii) nivel de complejidad de la entidad hospitalaria; iv) temporalidad.

En cuanto a la especificidad, se partió del objeto de estudio, es decir, sentencias relacionadas con la prestación de servicio médico hospitalario; frente al segundo, delimitación espacial, se relacionó conforme al ámbito geográfico, por lo que se seleccionó Florencia, Caquetá; frente al tercer criterio, nivel de complejidad de la entidad hospitalaria, se tomó al Hospital Departamental María Inmaculada, ya que es una empresa social del Estado creada mediante Ordenanza 014 de 1994 de la Asamblea del Departamento del Caquetá, con sede principal en Florencia, Caquetá, y ser la única entidad pública que presta servicios de salud de mediana complejidad (servicios de salud de segundo y tercer nivel de complejidad).

Además, por ser el mayor centro de referencia y contrarreferencia del departamento en el sector público toda vez que agrupa centros de salud en los municipios de Morelia, La Montañita y la Inspección Unión Peneya.

Finalmente, la temporalidad se enmarca en un periodo de seis años tomados a partir del 2017 al 2023, acudiendo a una metodología de muestreo aleatorio simple seleccionando como mínimo dos sentencias, aunado a ello, puesto que se tratan de sentencias de segunda instancia, implica el estudio de la decisión proferida por el *ad quo*.

3.1. Sentencias objeto de estudio

Una vez aplicada la metodología propuesta, se seleccionaron las sentencias que más adelante se señalan, dejando la salvedad que a pesar de los esfuerzos realizados para acceder a las sentencias correspondientes al año 2019 mediante solicitudes elevadas ante las entidades pertinentes, ya sea de forma verbal o escrita, ninguna de las providencias obtenidas cumplió con los criterios de selección establecidos, por lo tanto, no se incluyó en el estudio pronunciamientos del año 2019.

Dicho lo anterior, se procede a relacionar las sentencias que son objeto de análisis:

Tabla 1:

Relación de sentencias objeto de análisis.

N°	RADICADO	DEMANDANTE	FECHA DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	FALLO PRIMERA INSTANCIA	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA	FALLO SEGUNDA INSTANCIA
				SENTIDO		SENTIDO
1	180013331001 20070033901	María Victoria Villegas	29/02/2012	Condena a la demandada	4/09/2017	Confirma la primera instancia
2	180013331002 20070026101	Bellanid Salazar Rivera	30/08/2013	Deniega las pretensiones	19/05/2017	Revoca la primera instancia
3	180012331000 20030008001	Argemiro De Jesús García	30/05/2014	Deniega las pretensiones	30/10/2017	Revoca la primera instancia
4	180013331001 20110046201	Norma Costanza García	30/05/2014	Deniega las pretensiones	30/10/2017	Confirma la primera instancia
5	180013331703 20120003401	Doris Yaneth Pedraza	27/03/2015	Deniega las pretensiones	27/11/2017	Confirma la primera instancia
6	180013331002 20090036101	Susana Sánchez	30/04/2015	Condena al HMI	14/11/2017	Revoca la primera instancia y deniega las pretensiones
7	180013331001 20070051601	Edna Constanza Ramírez	30/06/2015	Condena a la demandada	20/11/2017	Confirma la primera instancia
8	180013331701 20110025201	María Del Carmen Facundo	30/06/2015	Condena a la demandada	27/10/2017	Revoca la primera instancia y

						deniega las pretensiones
9	180013331001 20110074201	Nelson Ramos	30/06/2015	Condena a la demandada	31/08/2017	Deniega las pretensiones, revoca parcialmente la primera instancia y declara
10	180012331002 20060008401	Wilson Ocampo	30/09/2013	Deniega las pretensiones	31/08/2018	Revoca la primera instancia
11	180013331001 20110071901	Yolima Cerón Hernández	30/09/2013	Deniega las pretensiones	26/04/2018	Confirma la primera instancia
12	180013331001 20070031701	Juan De La Cruz Montoya	31/01/2014	Deniega las pretensiones	29/10/2018	Confirma la primera instancia
13	180013331001 20110032301	Jorge Eliecer Rivera	30/05/2014	Deniega las pretensiones	28/05/2018	Confirma la primera instancia
14	180013331002 20060041001	Emerita Arroyo Daza	29/08/2014	Deniega las pretensiones	18/06/2018	Confirma la primera instancia
15	180013331001 20080038501	Sandra Milena Zambrano	27/03/2015	Deniega las pretensiones	16/10/2018	Confirma la primera instancia
16	180013331002 20100001401	Isabel Rojas Vega	27/08/2015	Condena a la demandada	8/02/2018	Confirma parcialmente la primera instancia y modifica
17	180013331001 20080007601	Luis Alfredo Micolta	30/09/2015	Condena al H.M.I. y absuelve a las demás entidades	24/09/2018	Revoca la primera instancia y deniega las pretensiones
18	180013331001 20110057301	Sandra Patricia Castro	30/09/2015	Condena a la demandada	15/03/2018	Revoca parcialmente en el sentido de los prejuicios materiales
19	180013331001 20080046201	Albertina Mota Ortiz	30/11/2017	Deniega las pretensiones	6/10/2020	Confirma la sentencia de primera instancia

20	180013331002 20080032001	Margoth Chique Casanova	29/09/2017	Deniega las pretensiones	16/06/2020	Confirma la sentencia de primera instancia y modifica por falta de legitimación en la causa por pasiva
21	180013331001 20080023401	Paola Andrea Ríos Cuellar	29/03/2019	Deniega las pretensiones	26/10/2021	Revoca la sentencia de primera instancia, declarando y condenando responsable al H.M.I
22	1800133310012 0100016801	Eduin Frey Caballero Rodríguez	30/08/2018	Condena a la demandada	9/12/2021	Revoca la sentencia de primera instancia y niega las pretensiones de la demanda
23	180013333002 20160104001	Adriana Gutiérrez Romero	30/08/2019	Deniega las pretensiones	14/12/2022	Confirma la sentencia de primera instancia
24	180013331002 20110055900	Orlando Valderrama	30/06/2020	Deniega las pretensiones	20/10/2022	Confirma la sentencia de primera instancia
25	180013300220 120041701	Arcadio Trujillo Londoño	30/09/2019	Deniega las pretensiones	15/06/2023	Confirma la sentencia de primera instancia
26	180013333022 0150031501	Fernando Facundo Apraez	30/09/2019	Condena a la demanda	20/09/2023	Confirma la sentencia de primera instancia

Fuente: Elaboración propia.

Conforme a la anterior tabla, se procede a realizar un breve análisis de las providencias, sustrayendo los fundamentos fácticos y los razonamientos realizados por los jueces frente al daño antijurídico.

1. Sentencia proceso radicado No. 18001333100120070033901 (2017)

Los hechos del caso se relacionan a una persona que llega al Hospital María Inmaculada en estado de gestación y comienza con el proceso de dar a luz y para ello la ginecobstetra le practica una episiotomía y al momento de aplicar la anestesia, la demandante manifestó que “sintió mucho dolor y lo describió como si le cortaran algo”; no obstante, su hija nace en condiciones saludables.

La demandante regresa al Hospital María Inmaculada cinco (5) después de haber sido dada de alta por motivo de secreción de materia fecal por la vagina, es decir, una fístula recto vaginal, por lo que tuvo que ser sometida a una colostomía y a los tres días siguientes médicamente se le recomendó una coloproctología.

Pasado tres meses se le realizó el cierre de la colostomía. La persona demandó porque manifestó que sufrió un daño el cual consiste en no poder quedar nuevamente embarazada, sentir temor a las relaciones sexuales y sufrir complicaciones en sus órganos, así mismo porque su hija no podría tener hermanos

El *ad quo*, en su fallo realizó una descripción de lo que significa la responsabilidad estatal e invoca que según sentencias del Consejo de Estado tratándose de responsabilidad médica si el embarazo ha surgido en forma normal, la carga exigida al Hospital es de resultado. Por lo tanto, determinó que hubo un daño a la salud de la demandante porque se logró acreditar el desgarro y ausencia de consentimiento informado, de tal manera que, si el Hospital hubiese aplicado los preceptos y principios de la *lex artis*, la señora no hubiese tenido que someterse a otro procedimiento quirúrgico.

En trámite de segunda instancia, el Tribunal Administrativo confirma la sentencia afirmando que el daño consistió en haber comprometido el correcto funcionamiento de las mucosas, ocurrida luego de la episiotomía durante el parto, situación que la paciente no estaba en el deber de soportar en consideración a que este es un procedimiento normal, catalogado de bajo riesgo como consta en la historia clínica (Pág. 16/Párr. 3) (María Victoria Villegas vs. Hospital María Inmaculada, 2017)

2. Sentencia proceso radicado No. 18001333100220070026101 (2017)

En este caso se suscita a la indebida prestación del servicio a la salud a una menor de edad gestante, quien llega al Hospital María Inmaculada por remisión de la Inspección de San Antonio de Getuchá, y por condiciones en su salud falleció en conjunto con su hijo.

El fallador de instancia denegó las pretensiones de la parte actora, si bien al realizar el estudio del daño antijurídico estableció que el daño se encontraba configurado por la muerte de la madre y el menor, las pretensiones se rechazan en virtud de que el mismo no le era imputable a la entidad hospitalaria, ya que, la actividad probatoria y argumentativa de la demandante no fue suficiente para determinar la mala *praxis* del personal hospitalario.

Sin embargo, en segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia con ocasión a que tiene como daño antijurídico la muerte de las personas, pero centró la discusión en el nexo de causalidad encontrando que el Hospital actuó de forma contraria a los protocolos médicos (Pág. 17) (Bellanid Salazar y otros Vs. Hospital María Inmaculada y otros , 2017)

3. Sentencia proceso radicado No. 18001233100020030008001 (2017)

Una menor de edad es atendida inicialmente en el Hospital Comunal Las Malvinas por un cuadro de fiebre y tos seca, por lo que se remite al Hospital María Inmaculada donde fallece trece (13) días después a causa de un edema pulmonar y un paro cardiorrespiratorio.

El juzgado de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda porque la actividad probatoria y argumentativa de la parte actora no fue lo suficientemente proactiva para demostrar la falla del servicio, faltando una indicación precisa de la mala *praxis* de los procedimientos médicos practicados a la menor.

En segunda instancia se revoca la sentencia, en razón a que la jurisprudencia ha reconocido un daño a la salud, cuando en la prestación del servicio médico ha existido negligencia en la aplicación inmediata del tratamiento larga e injustificada en la atención médica, exámenes y diagnósticos, así como la demora en la ejecución de procedimientos que no llegaron o que se realiza de manera tardía (Pág. 30). De tal manera que las omisiones de las entidades

demandadas generaron un daño antijurídico no por haber causado la muerte de la menor, sino por truncar la posibilidad de sobrevivir o al menos de haber realizado la atención integral que requería para su salud y en consecuencia, los demandantes no están en la obligación de soportar dicha situación (Pág. 35). (Argemiro de Jesús Alzate y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada y otros, 2017)

4. Sentencia proceso radicado No.18001333100120110046201 (2017)

El presente caso hace referencia a un menor de edad que ingresa al Hospital María Inmaculada por urgencias debido a que presentaba un cuadro clínico de diarrea y vómito, es atendida y valorada por un médico quien le señala a la madre del menor que se le practicarán exámenes y de ahí nace la necesidad de dejarlo internado, pese a ello, luego de suministrar los medicamentos y presentar mejoría se da de alta, pero posteriormente, fallece. Los demandantes reclaman bajo el supuesto de la mala praxis médica.

El juzgado en primera instancia tiene por probado el daño antijurídico con la muerte del menor; no obstante, niega las pretensiones de la demanda en razón a que no se encuentra probado el nexo de causalidad puesto que las atenciones médicas y el tratamiento fue el adecuado conforme a los síntomas presentados por el menor, por lo tanto, se tuvo todo el cuidado, diligencia y cumplimiento con todos los protocolos por parte de los médicos.

En trámite de segunda instancia confirma la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la existencia del daño antijurídico existió por el solo hecho de estar acreditada la muerte empero como no se demostró el nexo de causalidad entre la muerte del menor y las actividades médicas realizadas por el ente hospitalario, confirma la decisión del fallador de primera instancia (Pág. 17) (Norma Constanza García y otros Vs. Hospital María Inmaculada , 2017)

5. Sentencia proceso radicado No. 18001333170320120003401 (2017)

Un menor de edad sufre un accidente de tránsito, el cual trae como consecuencia una herida en la parte frontal del cráneo, de manera inmediata es llevado a la sala de urgencias del

Hospital María Inmaculada; no obstante, en la prestación del servicio fallece. Los demandantes alegan deficiencia en la atención del servicio.

En el trámite de primera instancia el juez declara que el daño antijurídico se encuentra probado por sí solo con la muerte del menor; sin embargo, niega las pretensiones por la ausencia del nexo de causalidad, toda vez que, no se aportó pruebas que permitiera inferir que la muerte del menor fue consecuencia de la falta de atención médica suministrada por el H.M.I, por el contrario, se probó que todo el personal médico obró en forma diligente y oportuna. (Pág. 28)

En fallo de segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia bajo la misma lógica del ad quo. (Doris Yaneth Pedraza y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2017)

6. Sentencia proceso radicado No. 18001333100220090036101 (2017)

Persona que presenta problemas respiratorios y es llevada al Centro de Salud de Unión Peneya (quien depende del Hospital María Inmaculada) en la prestación del servicio fallece. Se demanda al HMI con base en falta de atención médica.

El juzgado de primera instancia declara responsable al HMI aduciendo que el daño antijurídico consistió por sí solo en la muerte de la paciente y, además, que dicho daño fue imputable al hospital por la actuación negligente.

En segunda instancia se revoca se invoca la misma lógica acerca del daño antijurídico; no obstante, deniega las pretensiones por no tenerse probado el nexo de causalidad de cara con la falla médica. (Susana Sanchez Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2017)

7. Sentencia proceso radicado No. 18001333100120070051601 (2017)

Una paciente en estado de embarazo, presenta dolores los cuales se relacionan con dolores de parto, por lo que acude al servicio de urgencias del Hospital María Inmaculada, y en el servicio médico se dictamina ausencia cardiaca fetal no audible, membranas rotas y salida por vagina con meconio, por lo que le practican cesárea de manera inmediata y se le extrae un neonato cubierto de meconio, con su piel morada a falta de oxígeno, sin ningún signo de vida y

con señales de haber tragado líquido amniótico con meconio. Se demanda al HMI por deficiencia en el servicio médico.

El juzgado de primera instancia falla declarando que el H.M.I es responsable porque de las circunstancias en las que se atendió el trabajo de parto de la paciente, se puede establecer que el daño fue la muerte del menor el cual es producido por la actuación negligente del actuar médico del H.M.I.

En segunda instancia, se confirma la sentencia de primera instancia indicando que el daño antijurídico se pregona de la muerte del menor y que el daño es imputable a la entidad hospitalaria. (Beatriz Teresa Galvis Bustos Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2017)

8. Sentencia proceso radicado No. 18001333170120110025201 (2017)

Paciente de setenta y siete (77) años que ingresa al servicio de urgencias del Hospital María Inmaculada tras un fuerte dolor abdominal, una vez valorada se ordena hospitalización y se le asigna camilla. En la historia clínica se relata que por aviso de un familiar se percatan que la paciente no se encuentra en su habitación, por lo que es arduamente buscada y finalmente la encuentran en una cuneta de la parte exterior del primer piso tras caer del tercer piso, por tal razón es trasladada a la UCI presentando graves traumas, contusiones y laceraciones en todo su cuerpo, permaneció en estado de coma profundo y la misma noche fallece. Se demanda por negligencia en el servicio.

El juzgado falla a favor de las pretensiones y declara que el H.M.I es responsable porque para acreditar del daño antijurídico en los casos de responsabilidad médica, se parte desde el perjuicio de los reclamantes, para el caso en concreto con la muerte de la paciente y este fue imputable al HMI por falta del cuidado sobre la persona fallecida.

En segunda instancia, la sentencia se revoca teniendo en cuenta que, si bien se probó el daño a partir de la muerte de la señora, la parte demandante no acreditó la falla en la prestación de servicios médicos. (Maria del Carmen Facundo y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2017)

9. Sentencia de proceso radicado No. 18001333100120110074201 (2017)

Una persona portadora de VIH afiliada a la EPS CAPRECOM, es hospitalizado en el Hospital María Inmaculada donde por dictamen médico se ordena hacerle un examen de Genotificación viral. En razón al estado de salud del paciente se emite orden por parte del H.M.I para el traslado de manera urgente del paciente para que se le practique el examen, pero el mismo día el paciente fallece.

El *ad quo* falla a favor de las pretensiones de la demanda estipulando que para acreditar del daño antijurídico en los casos de responsabilidad médica, se parte desde el perjuicio de los reclamantes, para el caso en concreto con la muerte de la paciente y este fue imputable al HMI y este fue imputable a la entidad por actuar negligente.

El *ad quem* en la sentencia revocó parcialmente y denegó las pretensiones de responsabilidad frente al HMI; no obstante, tuvo por acreditado el daño antijurídico por sí solo con la muerte del paciente, pero el nexo causal no le era imputable a la entidad. (Nelson Ramos Campos y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2017)

10. Sentencia proceso con Radicado No. 18001233100220060008401 (2018)

Paciente en estado de embarazo diagnosticada con preeclampsia, remitida al Hospital María Inmaculada y en el parto fallece junto con los menores. Se demanda a la entidad por mala praxis.

El juez denegó las pretensiones de la demanda; sin embargo, frente al daño antijurídico estipuló que se tenía con la muerte de la paciente y esta no fue imputable al hospital porque no hubo negligencia.

En segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia y se argumenta que el daño antijurídico se encuentra acreditado con la muerte de la paciente y dicho daño era imputable al HMI porque existió pérdida de la oportunidad al no trasladar a la paciente a un centro asistencial de mayor nivel. (Wilson Ocampo y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2018)

11. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120110071901 (2018)

Persona que ingresa a urgencias del Hospital María Inmaculada por presentar dolor abdominal, es remitido a cuidados intensivos donde el paciente fallece. Se demanda por atención deficiente del servicio médico y diagnóstico errado.

El juzgado negó las pretensiones de la demanda porque no se consideró probada la falla en el servicio; no obstante, el daño antijurídico lo predicó por la muerte del paciente.

En segunda instancia se confirma la decisión con base en los motivos expuestos en la primera instancia. (Yolima Ceron Hernandez Vs. Hospital Maria Inmaculada , 2018)

12. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120070031701 (2018)

Una menor ingresa al Hospital María Inmaculada con diagnóstico de cuadro febril, es atendida por urgencias y debido al estado de salud es trasladada a la Clínica Medilaser de Neiva, Huila, se le practica una cirugía donde se le amputa el miembro inferior izquierdo y se encuentra tejido necrótico en todo el cuerpo inferior de la pierna. Posteriormente a los dieciséis (16) días presenta paro cardiorrespiratorio y finalmente fallece. Se demanda por negligencia en la *praxis* médica.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones expuestas por el demandante ya que el daño antijurídico el cual se pregonaba de la muerte del menor no fue imputable a las entidades por falta de nivel probatorio. En trámite de segunda instancia se confirma con base en la mismo aducido por el *ad quo*. (Maria Mercedes Hernández Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2018)

13. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120110032301 (2018)

Persona que es arrollada por una motocicleta y sufre lesiones corporales, entre ellas, un trauma en pierna izquierda, debido a eso es trasladado al Hospital María Inmaculada donde le diagnosticaron fractura de la diáfisis de la tibia y el peroné, por lo tanto, le practican cirugía y curaciones diarias.

Un mes después, es remitido a la Clínica Medilaser de Neiva, donde le realizan una cirugía plástica siendo valorado por el cirujano y el ortopedista, quienes reparan un colgajo con

injerto y ordena su remisión de nuevo al Hospital M.I. Pasados 4 meses es ingresado nuevamente a cirugía donde se le retira el tutor de tibia al no haber consolidación, existiendo una infección en el trayecto de los clavos del tutor, como consecuencia se generó una Pseudoartrosis en su pierna izquierda y deformidad de la misma.

El juez falló negando las pretensiones porque pese a que se tuvo por probado el daño antijurídico por el solo hecho de la ocurrencia de la lesión, este no fue imputable a la entidad por el actuar diligente del hospital. El *ad quem* confirma la sentencia de primera instancia bajo los mismos argumentos. (Jorge Eliecer Rivera Vs. Hospital María Inmaculada , 2018)

14. Sentencia proceso con Radicado No. 1800133310022006004101 (2018)

Paciente gestante acude a control prenatal en el Hospital María Inmaculada siendo valorada por una médica que conocía sus antecedentes, los cuales consistían en pérdida del primer neonato por nacimiento natural y dos cesáreas puesto que la paciente era estrecha de pelvis, siendo así acude al ginecólogo para que le fijará fecha y hora para su cesárea y la pomey, pero este le dice que lo busque en urgencias el día que presente los dolores de parto para hacer dichas prácticas. La paciente se presenta para ser atendida por el nacimiento de su hijo, pero en el parto, el médico ginecólogo le informa a la paciente que su bebé había nacido muerto. Demandan al hospital por la muerte del feto.

El juzgado deniega las pretensiones de la demanda, el juez determinó acreditado el daño antijurídico con la sola muerte del feto, pero no hubo imputación por inexistencia de nexo causal. En segunda instancia, se confirma la sentencia de primera instancia. (Emérita Arroyo y otros Vs. Hospital María Inmaculada, 2018)

15. Sentencia. Radicado 18001333100120080038501 (2018)

Un menor ingresa al servicio de urgencias del Hospital María Inmaculada con dificultad respiratoria severa y bronco obstructivo, al día siguiente es remitido a la UCI pediátricos de la Clínica Medilaser, cuando se encontraba en el interior de la ambulancia del H.M.I los enfermeros se

percatan que la pipeta de oxígeno está vacía y se procede a conseguir una llena. Al llegar a la Clínica Medilaser y pese a recibir atención fallece.

El juzgado falla negando las súplicas de la demanda, invocando que pese a existir un daño antijurídico el cual se predica por la sola muerte del menor, esta no fue imputable al HMI por que este actuó con diligencia y cuidado. En plano de segunda instancia se confirma la sentencia con base en los mismos argumentos. (Sandra Milena Zambrano Vs. Hospital María Inmaculada, 2018)

16. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100220100001401 (2018)

Paciente con desarrollo gestacional que es remitida al Hospital María Inmaculada quien venía presentando complicaciones en su proceso de parto en el Hospital Comunal Las Malvinas. Por medio de cesárea da a luz, pero presenta problemas de tensión alta entre otras complicaciones, al día siguiente su estado de salud empeora y es remitida a la Clínica Uros de Neiva, Huila donde falleció. Se demanda por la muerte de la paciente.

El juzgado falla a favor de las pretensiones de la demanda por tener acreditado el daño por sí solo con la muerte de la gestante y este le fue imputable al HMI por falla en el servicio. En sentencia de segunda instancia se confirma parcialmente con base en los mismos argumentos de primera instancia, pero se modifica los valores de la condena. (Isabel Rojas Vega y otros Vs. Hospital María Inmaculada, 2018)

17. Sentencia proceso con Radicado No. 18001333100120080007601 (2018)

Persona que ingresa al Hospital de San Roque de Belén, Caquetá por recibir un “machetazo” que propició la amputación de la mano izquierda a la altura del antebrazo, ingresa al HMI por remisión ser una entidad de segundo nivel y al ser valorado por el ortopedista se concluye que se requiere remisión a una institución de tercer nivel, ya que tenía menos de ocho (8) horas desde el incidente, por lo que le posibilita el reimplante por cirugía de mano.

Se presenta remisión a diversos centros de salud, pero ninguno lo acepta a falta de camilla o de cirujano, en vista de esto es pasado a sala quirúrgica donde el ortopedista le realiza

una remodelación del muñón del antebrazo izquierdo. Se demanda por la falta de atención médica oportuna.

El fallador de primera instancia declaró responsable al H.M.I toda vez que el daño antijurídico se acreditó por la existencia de la prueba de la junta de invalidez que determinó la pérdida de capacidad laboral a raíz de la pérdida de la mano y que hubo falla en el servicio por no haber actuado con diligencia y prontitud para llevar a cabo la remisión a un centro hospitalario de tercer nivel.

En segunda instancia, se revoca la sentencia proferida por el *a quo*, no realiza un estudio del daño antijurídico, sino que solo se remite expresamente a la imputabilidad concluyendo que no hubo pérdida de oportunidad a raíz de las opciones del éxito del trasplante. (Luis Alfredo Micolta Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2018)

18. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120110057301 (2018)

Mujer gestante que ingresa al Hospital Sor Teresa Adele de Doncello, Caquetá, por fuerte dolor abdominal por su estado de salud, es remitida al Hospital María Inmaculada donde es atendida y dada de alta tras presentar mejoría. Posteriormente, ingresa nuevamente al HMI donde se le practica ecografía y se percatan que la paciente presentaba 32 semanas de gestación, en cuanto al estado del feto, presentó signos vitales y movimientos, por los fuertes dolores es inducida en labor de parto donde nace su hijo muerto y debido a la infección ginecológica la paciente fallece.

El juez de primera instancia declara prósperas las pretensiones del H.M.I ya que, encontrado acreditado el daño antijurídico por el solo hecho de estar el registro de defunción de las personas y que la muerte fue atribuible al HMI por negligencia. En segunda instancia se confirma la decisión aduciendo los mismos argumentos. (Sandra Patricia Castro. Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2018)

19. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120080046201 (2020)

Una menor ingresa por urgencias al Hospital María Inmaculada a causa de dolor abdominal, vómito y cuadro febril, es atendida por un médico general quien le diagnostica amibiasis, por lo que le suministra medicamentos para tratarla y le da de alta. Dos días después la menor es llevada nuevamente al H.M.I por cuanto persistía el dolor abdominal, donde es atendida por otro médico de turno que le hace un diagnóstico de dolor abdominal secundario y como resultado es diagnosticada con apendicitis aguda. La menor es dada de alta. La madre de la menor demanda por falta de diligencia en la atención médica.

El fallador de primera instancia niega las pretensiones de la demanda porque al estudiar el daño antijurídico este no cumple con las características de ser cierto por lo que consideró que era superfluo con el resto de los elementos de la responsabilidad. En resolución de segunda instancia se confirma la decisión. (Albertina Mota Ortiz Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2020)

20. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100220080032001 (2020)

Mujer gestante que realiza controles prenatales en el Hospital María Inmaculada, presenta dolores de parto por lo que asiste al H.M.I donde le dicen que, para acelerar el procedimiento de dilatación y parto, que caminara, pero en últimas se le da de alta al no haber nada de dilatación; la paciente regresa a las 2am al H.M.I donde allí le dicen que el parto posiblemente sería a las 8:00 am.

A las 9:00 am es llevada a sala de parto, donde el médico le informa que le deben hacer cirugía y que debía firmar la autorización por cuanto el neonato había tomado líquido amniótico, posteriormente se le practica cesárea a la paciente, vio a su pequeña hija quien había nacido viva, pero el médico le dijo sin ningún fundamento que la niña había nacido acomplexada, por lo que la paciente sufre un fuerte dolor en el pecho y le ponen oxígeno, después el médico le informa a la familia que la menor había nacido muerta ya que presentaba falta de crecimiento y peso; al despertar la paciente pregunta por su hija y le manifiestan que había fallecido. Se demanda por la negligencia médica y la muerte de la menor.

En primera instancia el juzgado niega las pretensiones de la demanda en razón a que, si bien el daño antijurídico se halló acreditado por el fallecimiento antes de nacer de la hija de los demandantes, este daño no era atribuible al HMI porque actuó conforme a la *lex artis*. En trámite segunda instancia el *ad quem* confirma la primera instancia con base en las mismas consideraciones del *ad quo*. (Samuel Córdoba y otros Vs. Hospital María Inmaculada, 2020)

21. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120080023401 (2021)

Paciente que ingresa por urgencias al Hospital María Inmaculada tras fuerte dolor abdominal, donde se le diagnostica Colecistitis aguda y colelitiasis, por lo que al día siguiente se le practica una cirugía de colecistectomía. La paciente se le ordena una nueva cirugía por la mala evolución postquirúrgica, la familia pide remisión a otra entidad hospitalaria que ofreciera mejores servicios.

Se ordena remisión a una entidad de III nivel por existir riesgo de necesitar cuidados especiales; después de un año la paciente junto con su pareja acuden a un médico especialista para consultar el motivo por el cual no podían procrear, a lo que el especialista les informa sobre la esterilidad de la paciente, a esto se le agrega que las cirugías practicadas por el HMI causaron daño y la paciente no puede realizar mayores esfuerzos o exigencias en actividades habituales o cotidianas y presenta cicatrices.

El despacho niega las pretensiones de la demanda con base a que el único daño antijurídico que se logró probar por dictamen pericial fueron las cicatrices externas, es decir, que sufrió un daño estético, pero, la actora no demostró la falla en el servicio.

En segunda instancia, se revoca la decisión y se toma como cierto el daño antijurídico por las lesiones padecidas por la demandante y este es imputable al HMI por falla en el servicio en la prestación médica. (Paola Andrea Ríos Cuellar y otros Vs. HMI, 2021)

22. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100120100016801¹ (2021)

Paciente gestante que acude al Hospital María Inmaculada donde le diagnostican amenaza de parto pretérmino, se le practica valoración por ginecología y ecografía, se observó que el bebé estaba en posición transversa, pero ordenan salida de la paciente. Al día siguiente presenta nuevamente sangrado y fuerte dolor pélvico, después de 3 horas es atendida y presenta el mismo diagnóstico, por lo que se ordena pasarla a sala de parto.

En el momento del parto la menor nace viva; sin embargo, presenta sangrado en la boca, es incubada y se remite a la Clínica Medilaser de Neiva donde permaneció tres meses, es sometida a procedimientos quirúrgicos y tratamientos médicos, pero quedó en estado vegetal sin responder a ningún estímulo y su alimentación es realizada por medio de una manguera conectada a su estómago.

El juzgado despacha favorablemente las pretensiones de la demandante con base en encontrar acreditado el daño antijurídico el cual se configuró por el estado de salud graves en que nació la menor presentando 87% de pérdida de capacidad laboral y que este, fue atribuible al HMI por nexo de causalidad.

El *ad quem* revoca la sentencia de primera instancia y niega las pretensiones de la demanda, frente al daño antijurídico predicó su existencia con base en la historia clínica por la pérdida de capacidad laboral; no obstante, no se logró probar la falla médica por parte del HMI. (Eduin Frey Caballero y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2021)

23. Sentencia proceso con radicado No. 18001333300220160104001 (2022)

Paciente gestante en etapa de controles prenatales, en uno de los controles se le practica exámenes, entre ellos el de VIH, el cual arrojó como no reactivo, después la paciente tiene cita con ginecóloga, quien le practica exámenes médicos de TORCH, entre ellos el de VIH 1 y 2

¹ Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare el 09 de diciembre de 2021. Dicho caso fue resuelto en segunda instancia por este Tribunal en virtud del Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Medidas de descongestión”.

anticuerpo, al momento en que la paciente se dirige al laboratorio a la entrega de los resultados, se le indica que se debe realizar nuevamente la toma de exámenes y es diagnosticada con VIH positivo.

En consecuencia, le es ordenada la cesárea y no pudo amamantar a su hijo, no obstante, se le realiza otra prueba para confirmar el VIH y esta arroja que es negativa. Demanda al HMI por el daño sufrido a nivel psíquico y en sus relaciones externas.

El juzgado niega las pretensiones de la demanda, aduce como fundamento de la decisión que el daño antijurídico se traduce en la divergencia entre las dos primeras pruebas de VIH reactivas y la confirmatoria de resultado negativo, la cual la motivó a una cesárea segmentaria, sin embargo, dicho daño no es imputable al HMI porque no hubo falla en el procedimiento médico.

El fallo de segunda instancia confirma la decisión de primera instancia bajo los mismos presupuestos. (Adriana Gutierrez Romero y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2022)

24. Sentencia proceso con radicado No. 18001333100220110055901 (2022)

Persona que acude a la E.S.E Sor Teresa Adele del municipio de Paujil, Caquetá presentando dolor abdominal, por lo que se mantiene en observación y posterior se le da de alta, pero el mismo día los fuertes dolores persistieron y vuelve al centro de salud, donde se le ordena remisión al Hospital María Inmaculada con previo diagnóstico de infarto agudo de miocardio; se le practican exámenes y estableció que tenía la vesícula inflamada, se le suministró medicamentos y es dado de alta.

El paciente ingresa nuevamente al H.M.I al no cesar los dolores, se le practica cirugía y posterior, es remitido a la Clínica Medilaser de Neiva, Huila donde le practicaron intervención quirúrgica y se determina que al paciente se le había extraído parte del páncreas y que la herida había quedado abierta, por lo que es llevado nuevamente a cirugía para limpieza y verificación del estado de salud, sin embargo, el paciente fallece.

El juzgado niega las pretensiones de la demanda estipulando que el daño antijurídico se da con la muerte del señor; sin embargo, no es imputable al HMI, porque no se logró acreditar la falla en la prestación del servicio.

En sentencia de segunda instancia se confirma la providencia de primera instancia con base en las mismas razones. (Orlando Valderrama y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2022)

25. Sentencia proceso con radicado No. 18001333300220120041701 (2023)

Persona que es remitida por la E.S.E Fabio Jaramillo Londoño de Valparaíso al HMI, quien padece diabetes, una vez ingresado al HMI presenta convulsiones, no obstante, al presentar mejora en su salud es dado de alta. Siete días después el paciente fallece.

El *a quo* niega las pretensiones de la demanda, sostiene que el daño antijurídico se acreditó a partir del Registro Civil de Defunción de la paciente, pero dicho daño no le es imputable al HMI porque no se evidencia que la atención médica que recibió la paciente en las instituciones de salud constituya la causa de su muerte. En segunda instancia se confirma la sentencia con base en los mismos argumentos del juez cognoscente en primera instancia.

26. Sentencia proceso con radicado No. 18001333300220150031501 (2023)

Una persona ingresa por urgencias al Hospital María Inmaculada debido a un fuerte golpe que recibió en el tobillo jugando Fútbol, le diagnostican fractura bimalleolar-trimalleolar (tobillo), fue valorado por el ortopedista, quien ordena cirugía de osteosíntesis.

Posteriormente, el paciente expresa dolor y el diagnóstico es que uno de los tornillos quedó mal ubicado; se interviene quirúrgicamente, le retiran el tornillo y le dan de alta.

En sentencia de primera instancia se condena al H.M.I porque el juez encuentra acreditada la existencia del daño antijurídico, debido al mal procedimiento y al no haberse usado todos los medios para reducir en su mayor grado los riesgos. En sentencia de segunda instancia se confirma la decisión del *a quo*. (Fernando Facundo Apraéz y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada, 2023)

3.2. Análisis y reflexión

Colofón de lo expuesto, se procede a realizar un análisis sistemático y comparativo de las providencias proferidas en Florencia Caquetá interrelacionándolas a su vez con las posturas jurisprudenciales del Consejo de Estado expuestas en el acápite anterior.

Concretamente se busca encuadrar los pronunciamientos judiciales locales dentro del marco fácticos y las tesis jurídicas establecidas por las sentencias del Consejo de Estado.

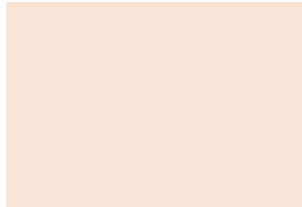
Así las cosas, del análisis jurisprudencial dinámico antes mencionado, se desprende que se examinó el concepto de antijuricidad en dos supuestos distintos: Por un lado, se abordaron casos no relacionados con la prestación de servicios de salud, mientras que, por otro lado, se profundizó en la jurisprudencia específica asociada con la antijuricidad en asuntos de prestación de servicios de salud.

En este orden de ideas, los supuestos y las tesis jurídicas aquí decantadas se pueden reunir esquemáticamente de la siguiente forma:

Tabla 2

Representación gráfica de la tesis aplicada en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

Supuesto # 1: Casos no relacionados con la prestación de servicios de salud	La antijuricidad del daño en Colombia: Consejo de Estado	Supuesto # 2: Casos relacionados con la prestación de servicios de salud
Análisis dinámico • Tesis #1: Se debe probar el daño y además su antijuricidad • Tesis # 2: Probado el daño per se demostrada su antijuricidad		Análisis dinámico • Tesis #1: Probado el daño per se es antijurídico • Tesis #2: La antijuricidad del daño se determina de acuerdo con la magnitud de la omisión cometida



- **Tesis #3:** El daño es antijurídico al afectar un interés legítimo protegido como derecho fundamental

Fuente: Elaboración Propia.

Bajo lo precedente, en ambos estudios se ahondó concretamente en la antijuricidad del daño, pero en el primer supuesto – aquellos no relacionados con la prestación del servicio de salud – se proponen dos tesis jurídicas distintas. La primera, exige que para atribuir responsabilidad al Estado no solo se debe probar la existencia del daño, sino que este también debe ser antijurídico, es decir, que la víctima no tenía el deber jurídico de soportarlo.

Sea de manifestar esta posición se respalda por la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, al considerar que el artículo 90 Constitucional impone el ingrediente de la antijuricidad del daño, para entenderse que pueda atribuirse la responsabilidad al Estado. Argumento que, por demás, se refuerza con que al darse tal exigencia - la demostración de la antijuricidad del daño - contribuye a evitar demandas frívolas y a optimizar los recursos del Estado.

No obstante, al margen de tal afirmación, se suscitan argumentos en contra, como la dificultad probatoria que representa para el demandante, ya que implica *prima facie* el reconocimiento de aquellas cargas que generalizadamente se deben soportar, para con ello demostrar que el daño alegado, no era de aquellos que tenía el deber jurídico de soportarlo. Así entonces, la rigidez de esta postura puede conllevar a afectar derechos constitucionales y convencionales, como la tutela judicial efectiva, garantías judiciales (Art. 8 de la CADH) y la reparación integral de las víctimas (Art. 63.1 de la CADH y Art. 16 de la Ley 446 de 1998).

En este mismo sentido, hay casos donde se compromete el derecho a la igualdad y equidad de las víctimas, puesto que, como se demuestra en la segunda tesis jurisprudencial, se hallan pronunciamientos, donde el Consejo de Estado ha flexibilizado la exigencia de la antijuridicidad y sin mayores elucubraciones al respecto ha procedido a declarar la responsabilidad del Estado.

Ahora, como se puede denotar, esa segunda tesis del primer supuesto es en esencia la misma que se planteó en el segundo, ya que en ambas una vez probado el daño *per se* este se consideró antijurídico.

En la misma línea, una vez estudiados los fallos judiciales proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá, se denota que siguieron también esta tendencia del Consejo de Estado pues (en su gran mayoría) tanto de primera instancia y de segunda instancia, además de precisar que para que el daño sea reparado este debe cumplir con las características de ser: i) cierto, presente o futuro; ii) determinado o determinable y anormal y iii) que se trate de una situación jurídicamente protegida, esto es, que no se trate de situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución.

El juzgador, no efectuó ningún análisis de cara con la antijuricidad, dado que encontraron acreditado el daño antijurídico con la prueba de la lesión o muerte, esto ocurrió concretamente en las siguientes providencias:

Tabla 3

Relación sentencias Tesis: *Probado un daño per se es antijurídico*

Antijuridicidad del año 2017 al 2023 Sentencias de segunda instancia donde el HMI es parte demandada. Tesis: Probado un daño per se es antijurídico

18001333100120070033901	18001333100120110071901	18001333100220080032001
18001333100220070026101	18001333100120070031701	18001333100120080023401
18001333100120110046201	18001333100120110032301	1800133100120100016801
18001333170320120003401	18001333100220060041001	18001333300220160104001
18001333100220090036101	18001333100120080038501	18001333100220110055900
18001333100120070051601	18001333100220100001401	180013300220120041701
18001333170120110025201	18001333100120080007601	1800133330220150031501
18001333100120110074201	18001333100120110057301	
18001233100220060008401	18001333100120080046201	

Fuente: Elaboración Propia.

Sobre esta tesis jurisprudencial se debe indicar que comporta a su vez un riesgo en sí misma, porque no es menos cierto que la antijuricidad es un requisito previsto en la Constitución colombiana (Art. 90), por lo que flexibilizar o no exigir este requisito sin fundamentos sólidos o deliberadamente, implicaría además de desconocer el artículo 90 de la norma jurídica superior, afectar gravemente el debido proceso, el derecho de defensa de las entidades públicas (Art. 29) y estándares interamericanos como las garantías judiciales (Art. 8 de la CADH). Es más, esto podría conducir a decisiones judiciales arbitrarias o desproporcionadas, lo que puede socavar la confianza en el sistema judicial y generar incertidumbre en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes involucradas.

No obstante, es fundamental señalar que, en el ámbito de la prestación de servicios de salud, la aplicación del principio de antijuricidad debe reconocer que la relación médico-paciente se basa en un principio fundamental de confianza, donde el paciente deposita su bienestar en manos de profesionales de la salud, y donde esta confianza no solo se fundamenta en la competencia técnica de los proveedores de servicios de salud, sino también en la expectativa de que actuarán en el mejor interés del paciente.

La relación asimétrica entre el paciente y el proveedor de servicios de salud, junto con la vulnerabilidad inherente del primero en situaciones de enfermedad, refuerza la necesidad de proteger los derechos del paciente y permite afirmar que en estos casos, la rigidez en la aplicación del requisito de antijuricidad podría dejar a la víctima desprotegida frente a daños graves e irreparables, erosionando así su derecho a la reparación integral e incluso socavando la confianza en el sistema de salud en su conjunto.

En otro sentido, de la jurisprudencia del Consejo de Estado se postuló la tesis que relaciona la magnitud de la omisión con la antijuricidad del daño, la cual, descendiendo al estudio de la jurisprudencia local de la jurisdicción del Caquetá, se avizora que se acogió en una sola de las sentencias de las veintiséis (26) analizadas, esto es, en la *Sentencia. Radicado 18001233100020030008001 (2017)* donde se precisó que las omisiones de las entidades

demandadas generaron un daño antijurídico no por haber causado la muerte de la menor, sino por truncar la posibilidad de sobrevivir o al menos de haber realizado la atención integral que requería para su salud y, en consecuencia, los demandantes no están en la obligación de soportar dicha situación (Pág. 35). (Argemiro de Jesús Alzate y otros Vs. Hospital Maria Inmaculada y otros, 2017)

Frente al particular, al establecerse que la antijuricidad del daño está condicionada por la magnitud de la omisión cometida por la entidad prestadora de salud, implica que los juzgadores, incluido el Consejo de Estado, generaron una confusión entre la antijuricidad y la imputación jurídica, ya que en esta última es donde se examina la falla en el servicio, es decir, la omisión cometida.

Así las cosas, en el contexto de la prestación de servicios de salud, la magnitud de la omisión cometida por la entidad prestadora de salud no debería condicionar automáticamente la antijuricidad del daño, porque afirmarlo de esa forma implicaría desconocer el artículo 90 Constitucional. Más bien, la antijuricidad debe evaluarse en función de si la víctima tenía la obligación jurídica de soportar el daño.

Por lo tanto, al confundir la antijuricidad con la imputación jurídica y condicionar la antijuricidad del daño a la magnitud de la omisión, el Consejo de Estado corre el riesgo de llegar a conclusiones incorrectas y desviarse de los principios fundamentales de responsabilidad estatal. Esta confusión puede conducir a una interpretación sesgada de los casos y a una aplicación inconsistente de la Constitución, lo que a su vez compromete la integridad del sistema judicial y la confianza en la administración de justicia.

Ante lo anterior, es esencial señalar que uno de los riesgos inherentes de la jurisprudencia, es la posibilidad de afectar la seguridad jurídica, no obstante, es vital reconocer que profundizar en esta cuestión podría exceder el alcance del objeto de esta investigación.

Bajo este entendido, resulta pertinente resaltar que la sentencia con Radicado 18001333100120080046201 (2020) proferida por la jurisdicción contenciosa administrativa del

Caquetá, la cual si bien fue aislada, pareciera que acoge la tesis que se acaba de decantar, pero la realidad de las cosas, es que en la resolución de ese caso, se denota una discrepancia entre el fallo de primera instancia y el de segunda instancia que pone de relieve la interpretación arbitraria del concepto de daño antijurídico. Mientras que el primer fallo niega las pretensiones de la demanda argumentando que el daño no cumplió con las características de ser cierto, el segundo pronunciamiento sostuvo que no se probó el daño antijurídico debido a la falta de prueba de una falla en el servicio médico. Es decir, en este litigio, no se atendió a la magnitud de la omisión, sino que más bien se redujo la existencia del daño antijurídico a la configuración de la falla en el servicio, como si se trataran de un mismo elemento de la responsabilidad estatal.

Por último, se encuentra aquel razonamiento en el que el Consejo de Estado afirma que el daño es antijurídico cuando afecta un interés legítimo protegido como derecho fundamental, frente a esta postura, sea de manifestar que la misma se sustenta en la jurisprudencia Constitucional citada en los primeros acápites de este escrito, y en la que se establece que la antijuricidad del daño no depende de la licitud o ilicitud de la conducta de la Administración, sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. En este sentido, se destaca que el daño antijurídico se encuadra en los principios constitucionales de solidaridad, igualdad y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos. Por lo tanto, esta afirmación se alinea con la Constitución Política de Colombia, que reconoce la primacía de los derechos fundamentales.

Ahora, esta tesis no podría interpretarse o aplicarse de manera rígida, porque de hacerlo así, implicaría excluir de análisis aquellos daños que no afecten directamente a un derecho fundamental. Precísese que, en los fallos estudiados de la jurisdicción contenciosa administrativa del Caquetá, esta posición jurisprudencial no ha sido acogida o aplicada.

Dicho todo lo anterior, se puede afirmar que existe una tendencia jurisprudencial en diluir el concepto de daño antijurídico.

En primer lugar, se observa una creciente flexibilización en la exigencia de antijuricidad del daño, especialmente cuando se trata de situaciones vinculadas a la atención médica. Esta

flexibilización, aunque motivada por la necesidad de proteger los derechos de los pacientes y garantizar una reparación adecuada, conlleva el riesgo de diluir la importancia y exigencia del requisito de antijuricidad, establecido directamente por la Constitución Colombiana.

No obstante, lo antes referido, si bien es creciente la tendencia a considerar el daño como intrínsecamente antijurídico una vez es demostrada su ocurrencia, sin profundizar en un análisis específico sobre si la víctima tenía el deber jurídico de soportarlo, en términos de esta investigación, esta inclinación es razonada, ya que se fundamenta en la naturaleza de la prestación de servicios de salud, donde se busca amparar y salvaguardar la vida o integridad de un individuo.

Empero, este enfoque no puede interpretarse como una presunción de la antijuricidad del daño, pues implicaría encontrar probado bajo la presunción un elemento de la responsabilidad. Más bien, esta condición intrínseca del daño se justifica en los principios y derechos fundamentales de la vida y la salud, que son pilares fundamentales del ordenamiento jurídico y que demandan una protección especial en el contexto de la prestación de servicios de salud.

En segundo lugar, se evidencia una confusión entre los conceptos de antijuricidad y la omisión o falla en el servicio, toda vez que condicionar la antijuricidad del daño a la magnitud de la omisión puede llevar a interpretaciones erróneas de los casos y a una aplicación inconsistente de los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, puesto que el juez, bajo su análisis, se dedicaría a estudiar la gravedad de la conducta de la entidad, en lugar de analizar las cargas públicas pertinentes, lo cual, conllevaría en una seria afectación al derecho de defensa, pues se sometería las entidades a las decisiones judiciales carentes de criterios objetivos.

Esta postura implica, por ende, un desafío fundamental para la correcta determinación de la responsabilidad estatal, en razón a que el análisis de la antijuricidad debe realizarse independientemente de la evaluación de la omisión o la falla en el servicio.

Por último y considerando que aún no existen pronunciamientos judiciales relacionados con la responsabilidad por la prestación del servicio de salud en la pandemia del COVID-19, es evidente que bajo esos escenarios excepcionales y dependiendo de cada caso en concreto, será necesario que los jueces decanten y esbocen un escenario del rompimiento de las cargas públicas. Este enfoque permitirá evaluar de manera más equitativa y justa las circunstancias excepcionales en las que se desarrolló la pandemia y su impacto en la prestación de servicios de salud, al margen claro está, de los eximentes de responsabilidad. Asegurando así una justicia que responda a las particularidades y necesidades de cada caso, sin perder de vista los principios fundamentales de equidad y protección de los derechos de las personas afectadas, pero también reconociendo las obligaciones de las entidades de salud y de sus prestadores.

CONCLUSIONES

Una vez agotada la investigación y teniendo en cuenta todos los aspectos analizados, se llega a las siguientes conclusiones:

El concepto de responsabilidad estatal ha evolucionado desde las antiguas legislaciones, este desarrollo refleja una comprensión cada vez más sofisticada de las obligaciones del Estado hacia los ciudadanos y viceversa.

Es por ello, que la influencia del derecho francés en la configuración de la responsabilidad estatal es innegable, especialmente a partir de fallos judiciales emblemáticos como el Fallo Blanco y el Fallo Cadot, que sentaron las bases para la responsabilidad estatal moderna, reconociendo diferentes formas de responsabilidad y estableciendo la autonomía del derecho administrativo.

Así entonces, en el derecho colombiano, la responsabilidad del estado ha sido influenciada por corrientes propias del Derecho francés.

Ahora, sea de precisar que antes de la Constitución de 1991, la responsabilidad estatal no estaba explícitamente consagrada en la legislación, pero se fue construyendo y consolidando a través de decisiones judiciales, especialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia. Es más, la jurisprudencia colombiana ha transitado por diversas teorías de responsabilidad, desde la responsabilidad indirecta, pasando por la teoría organicista, hasta llegar a la consolidación de la tesis de la responsabilidad directa, donde el Estado responde por los actos de sus agentes como si los hubiera realizado él mismo.

Con la Constitución de 1991, se incorporó una cláusula que establece la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos imputables a la acción u omisión de las autoridades. Esta constitucionalización de la responsabilidad del Estado refleja la adopción del Estado Social de Derecho y garantiza la reparación de los daños causados por la acción administrativa.

Es así como, en virtud de la creación de la Constitución Política de Colombia de 1991, la responsabilidad del Estado se ha convertido en un punto angular en el sistema normativo Colombiano, ya que al preverse en el artículo 90 que la administración responde tanto por acción como por omisión por los daños antijurídicos causados y que le sean imputables, la categoría de protección en el derecho de daños implica una evolución en la concepción del Estado y sus administrados, pues se imponen límites constitucionales a dicha relación.

Si bien es cierto, que el artículo 90 no instruye que se deba realizar un marco legal para el desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado, como sí lo precisa la Constitución de España; la Corte Constitucional colombiana y el Consejo de Estado por medio de la jurisprudencia han sentado las bases de la configuración de la responsabilidad patrimonial a partir de una interpretación constitucional.

Bajo esta misma línea, en Colombia no hay una Ley en materia contencioso administrativa que defina que se entiende por daño antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, ya que lo que hace la Ley 1437 de 2011 en el artículo 140, es replicar que las personas tienen derecho a demandar a través del medio de control de reparación por los daños antijurídicos sufridos en los términos del artículo 90 constitucional; no obstante, no estipula que se entiende porque un daño se considere antijurídico.

De igual forma, tampoco se especifica cuáles son los elementos de la responsabilidad, empero, con base en las decisiones judiciales de los máximos órganos de cierre de la jurisdicción constitución y la jurisdicción contenciosa administrativa, se ha decantado que la Constitución Colombiana determinó que son dos los elementos que se deben configurar para que al Estado le asista la obligación de reparar, el daño antijurídico y la imputación.

Del análisis detallado de esos elementos se revelan varios aspectos fundamentales: En primer lugar, se destaca la importancia del concepto de daño como elemento central en la determinación de la responsabilidad del Estado, el cual no solo significa un menoscabo de los bienes materiales o inmateriales de una persona, sino que también implica que deba ser

antijurídico, es decir, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo. Así mismo, se relacionan otras características que debe cumplir el daño para ser reparado y en virtud de ello, la víctima podrá solicitar la reparación conforme a la tipología, sea por daños materiales e inmateriales.

Por consiguiente, el análisis del daño como elemento fundamental de la responsabilidad del Estado sienta las bases para abordar la siguiente etapa del proceso: la imputación, que implica la atribución del daño al Estado a través de un nexo de causalidad entre la acción estatal y el perjuicio sufrido. Este proceso se convierte en un punto crucial para la determinación de la responsabilidad estatal en el contexto legal colombiano. Por lo que en el texto se analiza la imputación como elemento esencial de la responsabilidad estatal en Colombia y con suyo, se distinguen dos dimensiones: la fáctica y la jurídica.

Ahora, en respuesta al problema de investigación formulado, se debe mencionar que, en Colombia, la definición del daño antijurídico, nace desde una óptica constitucional, ya que es la Corte Constitucional con la sentencia hito C-333 de 1996, la que indica que el concepto se suscita al “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” y a partir de allí, ha sido reiterada la jurisprudencia que sostiene que el carácter de antijurídico está en: i) comprobar la existencia de un daño y ii) habiéndose probado el daño, la persona no estaba en el deber jurídico de soportarlo.

De igual forma, téngase en cuenta que, aunque el concepto de antijuridicidad tiene su origen en el derecho penal, su aplicación en el ámbito de la responsabilidad del Estado se orienta hacia la indemnización del perjuicio más que hacia una sanción penal. Es más, resáltese que la influencia de la doctrina española, especialmente a través de la obra de Eduardo García de Enterría, ha sido significativa en el desarrollo del concepto de daño antijurídico en Colombia, pues ha proporcionado una visión enriquecedora para la jurisprudencia nacional.

Ahora, como la responsabilidad estatal surge como un puente armonizador entre los principios, los valores y la salvaguarda de los derechos de los administrados y la actuación estatal, en materia de prestación de servicios de salud, el Estado es garante del derecho a la salud y con ello, le asiste la obligación de brindar una atención en condiciones adecuadas y conforme lo prescribe la *lex artis*.

Es así como, en respuesta a la pregunta de investigación formulada y luego de haber efectuado un barrido por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá (Juzgados Administrativos del Circuito de Florencia, Caquetá y Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá), se concluye que para declarar responsable al Estado en materia de prestación del servicio de salud, en cuanto al daño antijurídico se formularon diversas tesis: i) Probado el daño *per se* es antijurídico; ii) La antijuricidad del daño se determina de acuerdo con la magnitud de la omisión cometida; y iii) El daño es antijurídico al afectar un interés legítimo protegido como derecho fundamental.

En el análisis de la jurisprudencia local de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá, se destaca que de las veintiséis (26) providencias seleccionadas y que reunían los criterios metodológicos adoptados, veinticuatro (24) de ellas siguieron la tesis del Consejo de Estado, donde se enfocaron en la existencia del daño antijurídico a partir de la prueba de la lesión o muerte, sin realizar un análisis específico de la antijuricidad del daño en sí misma, dicho de otro modo, hay una tendencia generalizada a considerar el daño como intrínsecamente antijurídico una vez que se demuestra su ocurrencia, sin profundizar en un razonamiento detallado sobre si la víctima tenía el deber jurídico de soportarlo.

Lo anterior se denota, porque en caso de muerte el daño antijurídico se entiende probado con el registro civil de defunción, y en caso de lesiones se echa mano de la prueba de pérdida de capacidad laboral que se arriba al expediente.

Ahora, sea de precisar que, aunque en asuntos donde se discute la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, la postura de asumir que una vez probado el daño *per se*

este es antijurídico, resulte razonable, la verdad es que, de las providencias emitidas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá, no se encuentran argumentos que permitan inferir que el juzgador se detuvo a realizar un examen de antijuridicidad del daño, que justifiquen y motiven tal posición, lo que entonces comporta una afronta al derecho de defensa y debido proceso del demandante, esto es del Hospital María Inmaculada.

No obstante, en términos de esta investigación, se sostiene que la tesis jurisprudencial señalada es razonada, en razón a que se fundamenta en la naturaleza de la prestación de servicios de salud, donde se busca amparar y salvaguardar la vida o integridad de un individuo.

Al respecto, también resulta importante manifestar que, teniendo en cuenta que el concepto de daño antijurídico no tiene sustento legal sino eminentemente jurisprudencial, sería de viable que para los asuntos donde se ventila la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios de salud, que la antijuridicidad en esta área del derecho de daños tuviera un alcance diferente a la simple obligación del particular, de soportar o no, un menoscabo.

Lo precedente se plantea desde una perspectiva que tal vez puede ser exclusiva del derecho médico, por ejemplo, en aquellos eventos en los que se trata de patologías propias del organismo, desarrollo tórpido de una enfermedad, el cuestionamiento que permite determinar la antijuridicidad del daño, no debería estar direccionado a la soportabilidad de esta, porque no podría exigírsele al individuo que tenga una obligación legal de soportar una enfermedad o su desarrollo tórpido.

Ahora, este enfoque no puede interpretarse como una presunción de la antijuridicidad del daño, ya que implicaría encontrar probado bajo la presunción un elemento de la responsabilidad. Más bien, esta consideración intrínseca del daño se justifica en los principios y derechos fundamentales de la vida y la salud, que son pilares fundamentales del ordenamiento jurídico y que demandan una protección especial en el contexto de la prestación de servicios de salud.

En otro sentido, sólo una (1) de las sentencias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del Caquetá, valora la magnitud de la omisión cometida por la entidad demandada

para determinar la antijuricidad del daño. Debiéndose a su vez resaltar que existió una posición jurídica aislada, porque se aseveró en la providencia que el daño antijurídico no se acreditó toda vez que no se demostró la falla en el servicio, es decir ya la antijuricidad del daño no se decanta por la magnitud de la omisión, sino por su mera ocurrencia.

Así entonces, de seguir acogándose el anterior criterio, se puede conducir a desdibujar la naturaleza de la antijuridicidad y, además, podría llevar al juez a asumir, bajo su criterio, la gravedad de la conducta de la entidad, en lugar de analizar las cargas públicas pertinentes, lo cual, resultaría en una seria afectación al derecho de defensa, pues se sometería las entidades a las decisiones judiciales carentes de criterios objetivos.

Finalmente, y previendo que aún no existen pronunciamientos judiciales relacionados con la responsabilidad por la prestación del servicio de salud en la pandemia del COVID-19, es evidente que bajo esos criterios excepcionales y dependiendo de cada caso en concreto, será necesario que los jueces decanten y esbocen un escenario del rompimiento de las cargas públicas. Este enfoque permitirá evaluar de manera más equitativa y justa las circunstancias excepcionales en las que se desarrolló la pandemia y su impacto en la prestación de servicios de salud, al margen claro está, de los eximentes de responsabilidad. Asegurando así una justicia que responda a las particularidades y necesidades de cada caso, sin perder de vista los principios fundamentales de equidad y protección de los derechos de las personas afectadas, pero también reconociendo las obligaciones y derechos de las entidades de salud y de sus prestadores.

REFERENCIAS

- Ballesteros, J. M. (2001). Dos Lustros de la vigencia del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de derecho privado*, 87-104.
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Bermúdez, M. (1998). *Responsabilidad de los jueces y del Estado: la reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la administración de justicia y por el error judicial*. Librería del Profesional.
- Burbano, M. (2016). Régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, en privación injusta de la libertad [Trabajo de grado especialización]. Universidad Militar Nueva Granada (Colombia).
- Claus, R. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Civitas
- Carrillo, S. M. (2022). Daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del estado a partir de la noción de derecho subjetivo. *Revista digital de derecho administrativo*, 319-358.
- Castaño, C., Duque, S., y Gil, D. (2016). Evolución jurisprudencial respecto a la responsabilidad del Estado colombiano por falla médica [Trabajo de grado Especialización]. Universidad Libre (Colombia).
- Castro De Cifuentes, M. F. (2017). Evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Obtenido de <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/09-Castro- Figueredo- Vargas.pdf>

- Castro, M. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, como consecuencia del hecho del legislador frente a la norma inconstitucional* [Tesis Maestría]. Universidad Santo Tomás (Colombia).
- Consejo de Estado Francés. (2017). Jurisprudencia administrativa del consejo de Estado Francés. *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*. (C. Dalloz, Trad.) Casa Dalloz.
- Consejo de Estado Francés. (30 de Noviembre de 1923). Fallo Couitéas. Francia. Jurisprudencia administrativa del consejo de Estado Francés. *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*. (C. Dalloz, Trad.) Casa Dalloz.
- Cohen Urzola, L. V. (2022). El régimen de responsabilidad objetiva y aplicación de los conceptos de daño especial y riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado Colombiano. En C. U. Caribe-CECAR, & B. Narváez Mercado (Ed.), *La ciencia del Derecho: Aportes de la investigación jurídica en posgrados Colombia y México* (págs. 136-169). Sincelejo, Colombia: CECAR. Obtenido de <https://libros.cecar.edu.co/index.php/CECAR/catalog/view/140/194/2836-3>
- De Cupis, A. (2021). *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Ediciones Olejnik.
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. Thomson Reuters.
- Duque, E. y García, J. (2021). *Tratamiento judicial en Colombia a los desmovilizados de la guerrilla reclutados en la niñez o adolescencia* [Tesis de Maestría]. Universidad Católica de Colombia.
- Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2007). *Responsabilidad del Estado*. Colombia: Gráfico Impacto Ltda.

Espinoza, D. (2016). *Evolución de la antijuridicidad y su ubicación en el sistema del delito en México* [Tesis de Doctorado]. Universidad San Pablo CEU (España).

Fernández Muñoz, M. (2003). La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. Bogotá, Colombia: Scielo. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100007#:~:text=Culpa%20in%20eligendo%20es%20la,custodia%20tiene%20encomendada%20el%20responsable.

Francesa, A. N. (1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Francia.

Gallargo Castillo, M. J. (1999). La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Scielo. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05791999000200002

García del Corral, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona.

García de Enterría, E. (1986). *Problemas actuales de régimen local*. Civitas

García de Enterría, E. (2006). *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*. Marcial Pons.

García, J. (2019). Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/sobre-la-antijuridicidad-como-requisito-para-la-responsabilidad-de-la-administracion-por-dano-extracontractual>

Gil Botero, E. (2001). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado* (2 ed.). Medellín: Librería jurídica Sánchez.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia* (Quinta ed.). Bogotá: Temis.

- Gil, E. (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Tirant lo Blanch.
- Gómez, D. (22 de octubre de 2019). Responsabilidad patrimonial: Algunas pinceladas sobre la antijuridicidad del daño. *Es de justicia, Blog de derecho administrativo y urbanismo*.
<https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/2019/10/21/responsabilidad-patrimonial-algunas-pinceladas-sobre-la-antijuridicidad-del-da%C3%B1o>
- González, O. C. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes. Colombia: Humanidades.
- Guerra Moreno, D. (2014). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia y Derecho*, 157-184.
- Guerra, D. L. (2020). Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia. *Revista Espacios*, 41(08), 29. Obtenido de <https://www.revistaespacios.com/a20v41n08/a20v41n08p29.pdf>
- Gutiérrez, H. D. (2021). Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado. *Revista Nueva época*, 56, 21.
- Hart, H. (1960). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2 ed.). Oxford University Press. Obtenido de <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0004>
- Henao, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 277-366.

Jiménez, W. G. (2013). Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad Estatal. Bogotá, Colombia: Diálogos de saberes.

Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado* (2 ed.). (E. G. Máñez, Trad.) México: Textos Universitarios UNAM.

López, M. J. (2007). *Responsabilidad del Estado por Error Judicial* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

M'Causland Sánchez, M. C. (2015). *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

M'Causland, M. C. (2015). Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En M. C. M'Causland, *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿Qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* Universidad del Externado. Obtenido de <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/956191eb-954b-439a-b4e9-2a017257e768/content>

Maquiavelo, N. (2007). *El príncipe* (Vol. 7). Bogotá: Panamericana Editorial Ltda.

Muñoz Villamizar, H. M. (2014). Caracterización del daño a la salud en el marco de la reparación integral en la jurisprudencia del consejo de Estado Colombiano. *Revistas Universidad Libre*.

Navia Arroyo, F. (1979). *Estudio sobre el daño moral*. Bogotá: ANIF.

Navia Arroyo, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Patiño, H. (2008). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del

- Consejo de Estado. *Revista Javeriana* (14). Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539/9707>
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina Y Ley.
- Peña-Cuellar, D. M., Vidal-Lasso, A. D., & Puyo Cárdenas, J. D. (2022). La responsabilidad del Estado con ocasión de las omisiones legislativas a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. *Vía Iuris*, 95-112.
- Ramírez Bustos, J. (2005). Antijuricidad y causas de justificación. *Conferencia pronunciada en la Universidad EAFIT, en el marco de las II Jornadas de Derecho penal*. Medellín, Colombia. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6263236.pdf>
- Real Academia Española. (2001). Definición de responsabilidad. 22. España.
- Rodríguez Gutiérrez, A., & Estupiñán, J. P. (2020). Capítulo 2. Títulos de Imputación en la Responsabilidad Extracontractual.
- Rodríguez Mora, S. M. (2012). La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado. Colombia: Universidad colegio mayor de nuestra señora del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/4d0f371b-abb2-4b5d-818a-6bea374808a9/content>
- Ruiz, W. (2007). *Responsabilidad del Estado*. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Sanz Encinar, A. (2000). El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2000-

10002700056#:~:text=Esta%20visi%C3%B3n%20no%20es%20nueva,tercero%20cometiera%C2%BB%20(13).

Tamayo Jaramillo, J. (1999). *De la responsabilidad civil, de los perjuicios y su indemnización*.

Bogotá: Temis

Tejada Hernández, V. (2014). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho

español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1137-1164. Obtenido de

<https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-la-responsabilidad-patrimonial-del-estado-S004186331471186X>

Quesada, J. (2018). Antijuridicidad material. *Revista Digital en la Maestría en Ciencias Penales*,

(10). 1 – 17. <https://doi.org/10.15517/rdcp.2018.33905>

Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil Extracontractual*. Bogotá: Temis, obras

jurídicas y Universidad de la Sabana

Zapata García, P. (2018). *Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad*

patrimonial de la Administración pública. Barcelona: Universitat de Barcelona

Constitución y Leyes

Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. 26 de mayo de 1873 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 90. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 01 de agosto

de 1996. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; 26 de mayo de 1998. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; 12 de abril de 2000. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-829 del 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; 8 de agosto de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 10 de diciembre de 2014. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 13 de abril de 2016. Colombia.

Consejo de Estado

Consejo de Estado. (20 de febrero de 1989). *Rad. 4655*. Colombia.

Consejo de Estado. (31 de agosto de 1990). *Auto 5891*. Colombia.

Consejo de Estado. (31 de octubre de 1991). *Rad. 6515*. Colombia.

Consejo de Estado. (08 de mayo de 1995). *Rad. No. 8118*. Colombia.

Consejo de Estado. (11 de septiembre de 1997). *Rad. No. 1764*. Colombia.

Consejo de Estado. (19 de julio de 2000). *Rad. 11842*. Colombia.

Consejo de Estado. (15 de junio de 2000). *Rad. No. 12423*. Colombia.

Consejo de Estado. (10 de agosto de 2000). *Rad. No. 11.585*. Colombia.

Consejo de Estado. (10 de marzo de 2005). *Rad. No. 15.182*. Colombia.

Consejo de Estado. (20 de octubre de 2005). *Rad. No. 15854*. Colombia.

Consejo de Estado. (16 de agosto de 2006). *Rad. 15187*. Colombia.

Consejo de Estado. (04 de diciembre de 2006). *Rad. 25000-23-26-000-1994-09817-01*.

Colombia.

Consejo de Estado. (30 de agosto de 2007). *Rad. 15635*. Colombia.

Consejo de Estado. (26 de marzo de 2008). *Rad. 16530*. Colombia.

Consejo de Estado. (11 de febrero de 2009). *Rad. 05001-23-26-000-1995-01203-01*. Colombia.

Consejo de Estado. (26 de marzo de 2009). *Rad. 17994*. Colombia.

Consejo de Estado. (14 de abril de 2010). *Rad. 50001-23-31-000-1996-05277-01(17921)*.

Colombia.

Consejo de Estado. (24 de marzo de 2011). *Rad. 66001-23-31-000-1998-00409-01 (19067)*.

Colombia.

Consejo de Estado. (29 de febrero de 2012). *Rad. 54001-23-31-000-1996-09890-01(21660)*.

Colombia.

Consejo de Estado. (14 de marzo de 2012). *Rad. 25000-23-26-000-1997-03611-01(22298)*.

Colombia.

Consejo de Estado. (29 de julio de 2013). *Rad. 19001-23-31-000-1999-00288-01(21564)*.

Colombia.

Consejo de Estado. (28 de agosto de 2014). Sentencia de Unificación No. 36149. *Rad. 68001-*

23-31-000-2002-02548-01(36149). Colombia.

Consejo de Estado. (28 de agosto de 2014). Sentencia de Unificación No. 32988. *Rad. 05001-*

23-25-000-1999-01063-01. Colombia.

Consejo de Estado. (09 de octubre de 2014). *Rad. 2001-23-31-000-2005-01640-01*. Colombia.

Consejo de Estado. (12 de noviembre de 2014). *Rad. 29828*. Colombia.

Consejo de Estado. (26 de noviembre de 2015). *Rad. 25000-23-26-000-2005-01762-01(38805).*

Colombia.

Consejo de Estado. (14 de diciembre de 2016). *Rad. 19001-23-31-000-2008-00327.* Colombia.

Consejo de Estado. (05 de diciembre de 2017). *Rad. 23001-23-31-000-2010-00025.* Colombia.

Consejo de Estado. (07 de marzo de 2018). *Rad. 25000-23-26-000-2005-00320-01.* Colombia.

Consejo de Estado. (30 de julio de 2018). *Rad. 70001-23-31-000-1999-01878-01.* Colombia.

Consejo de Estado. (30 de julio de 2018). *Rad. 32912.* Colombia.

Consejo de Estado. (31 de mayo de 2019). *Rad. 05-001-33-31-023-2006-00002-00, 05-001-33-31-012-2006-00019-00, 05-0001-33-31-021-2006-00022, 05-001-33-31-012-2006-00021-00 y 05001-23-31-000-2005-06076-01(48292)* Acumulados. Colombia.

Consejo de Estado. (28 de octubre de 2019). *Rad. 76001-23-31-004-2007-00539-01(43327).*

Colombia.

Consejo de Estado. (01 de junio de 2020). *Rad. 25000-23-26-000-2005-01184-01(45699).*

Colombia.

Consejo de Estado. (13 de agosto de 2020). *Rad. 66001-23-31-000-2011-00052-01(47772).*

Colombia.

Consejo de Estado. (23 de octubre de 2020). *Rad. 08001-23-31-003-2007-00806-01.* Colombia.

Consejo de Estado. (10 de febrero de 2021). *Rad. 05001-23-31-000-2007-02926-01(51569).*

Colombia.

Consejo de Estado. (05 de marzo de 2021). *Rad. 25000-23-36-000-2013-00639-01(51780).*

Colombia.

Consejo de Estado. (08 de noviembre de 2021). *Rad. 18001-23-31-000-2006-00364-01*. Colombia.

Consejo de Estado. (18 de noviembre de 2021). *Rad. 25000-23-26-000-2002-02454-01(48387)*. Colombia.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (22 de octubre de 1896). *Rad. 353-357*. Colombia.
<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia, (20 de octubre de 1898), *Rad. No. 685*
<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia. (21 de agosto de 1939). *Rad. No. 19049-656-671*. Colombia.
<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia. (15 de mayo de 1944). *Rad. No.789-808. 2006-2008*. Colombia.
<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia. (30 de junio de 1962). *Rad.2256- 88-100*. Colombia.
<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia. (16 de noviembre de 2005). *Rad. 095339-01*. Colombia.
<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia. (17 de noviembre de 2011). *Rad. No. 11001-3103-018-1999-00533-01*. Colombia. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Corte Suprema de Justicia. (09 de diciembre de 2013). *Rad. 88001-31-01-001-2002-00099-01*. Colombia. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Tribunal Administrativo Del Caquetá

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Transitoria (2017). María Victoria Villegas vs. Hospital María Inmaculada. Radicado N°18001333100120070033901.

Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá (2017). Bellanid Salazar y otros Vs. Hospital María Inmaculada y otros. Radicado 18001333100220070026101.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2017). Argemiro de Jesús Álzate y otros Vs. Hospital María Inmaculada y otros, Radicado 2023-00080-01.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Transitoria de Descongestión (2017). Norma Constanza García y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 2011-00462-01.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Transitoria (2017). Doris Yaneth Pedraza y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333170320120003400.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2017). Beatriz Teresa Galvis Bustos Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120070051601.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Tercera de Decisión (2017). María del Carmen Facundo y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333170120110025201.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2017). Nelson Ramos Campos y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120110074201.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Transitoria (2017). Susana Sánchez Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100220090036101.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Transitoria (2018). Sandra Milena Zambrano Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120080038501.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Transitoria (2018). Wilson Ocampo y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001 233100220060008401.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Tercera de Decisión (2018). Yolima Cerón Hernández Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120110071901.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2018). María Mercedes Hernández Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120070031701.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2018). Jorge Eliecer Rivera Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120110032301.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2018). Emérita Arroyo y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 1800133310022006004101.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Tercera de Decisión (2018). Isabel Rojas Vega y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100220100001401.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala de Descongestión (2018). Luis Alfredo Micolta Vs. Hospital María Inmaculada, Radicado 18001333100120080007601.

Tribunal Administrativo del Caquetá (2018). Sandra Patricia Castro Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120110057301.

Tribunal Administrativo de Caquetá - Sala Cuarta (2020). Albertina Mota Ortiz Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120080046201.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Cuarta de Decisión (2020). Samuel Córdoba y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100220080032001.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Segunda de Decisión (2021). Paola Andrea Ríos Cuellar y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120080023401.

Tribunal Administrativo de Casanare (2021). Eduin Frey Caballero y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100120100016801.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Tercera de Decisión (2022). Adriana Gutiérrez Romero y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333300220160104001.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Segunda de Decisión (2022). Orlando Valderrama y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333100220110055901.

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Tercera de Decisión (2023). Arcadio Trujillo Londoño y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 180013300220120041701

Tribunal Administrativo del Caquetá - Sala Tercera de Decisión (2023). Fernando Facundo Apraez y otros Vs. Hospital María Inmaculada. Radicado 18001333300220150031501.