

## **RESPONSABILIDAD MEDICO ESTATAL - Régimen aplicable / FALLA PROBADA EN EL SERVICIO - Responsabilidad médica del Estado**

A fin de proceder con el estudio de fondo del caso, la Sala considera pertinente precisar que en el sub iudice es la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado. Así las cosas, a partir del acervo probatorio debidamente allegado al proceso la Sala determinará si bajo el régimen señalado se encuentra configurada, o no, la responsabilidad patrimonial deprecada, aspecto que constituye el objeto central de la impugnación presentada por la parte actora.

### **DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia**

En el expediente está acreditado que la menor Daniela Patricia Henao Bahamón falleció el día 19 de octubre de 1993, en el Hospital Universitario San José de Popayán. El Registro de Defunción No. 740944 aportado por la parte demandante en fotocopia simple no es susceptible de valoración, pero sí lo es el Certificado Individual de Defunción, el cual obra dentro de la prueba trasladada de la Fiscalía General de la Nación, correspondiente a las diligencias preliminares No. 0276, así como la Historia Clínica suministrada en copia auténtica por la entidad demandada. En consecuencia, el daño está probado.

### **FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Imputación / FALLA MEDICA - Nexo de causalidad / ANESTESIA - Dosis excesiva**

La Sala analizará el cargo único presentado en el libelo introductorio por los demandantes, consistente en que las excesivas dosis de anestesia habrían constituido una falla en el servicio médico y habrían dado lugar a la muerte de la menor. Al respecto, la Sala concluye que no hubo prueba alguna que confirmara la acusación de la parte demandante, puesto que, de conformidad con lo que las pruebas han acreditado debidamente, la muerte de la menor Daniela Patricia Henao Bahamón tuvo como causa clínica el síndrome de Reye. Dentro del “Concepto Médico Legal”, rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se respondía concretamente a las inquietudes formuladas por la Seccional del Cauca del mismo instituto, respecto de las causas de la muerte de la menor “desde el punto de vista patología y anestesia”, no se advierte reproche alguno al procedimiento de sedación y anestesia de la paciente, ni se lo responsabiliza de su muerte. De acuerdo con lo expuesto, habida cuenta de que el régimen aplicable al presente asunto es el de la culpa probada, la Sala concluye que no se acreditó que la entidad hubiera tenido falla alguna en lo que concierne a la aplicación de sedación y anestesia para la punción lumbar – argumento único alegado por la parte actora en la demanda – la cual fue practicada con el propósito de confirmar o descartar el diagnóstico de meningitis. En el mismo sentido y a pesar de que la conclusión anterior resulta suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que tampoco se acreditó en el acervo probatorio que hubiera habido una relación de causalidad entre la aplicación de las dosis de anestesia referidas y el resultado mortal para la menor.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 19001-23-31-000-1995-03003-01(17819)**

**Actor: LUIS CARLOS HENAO Y OTROS**

**Demandado: HOSPITAL SAN JOSE DE POPAYAN**

**Referencia: REPARACION DIRECTA**

Procede la Sección Tercera del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia dictada el 31 de agosto de 1999 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. Demanda.**

El 19 de octubre de 1995, los señores Luis Carlos Henao Londoño y Claudia Patricia Bahamón, actuando en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Carlos Arturo Henao Bahamón y Diana Katherine Henao Bahamón, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra del Hospital Universitario San José de Popayán, para que fuera declarado administrativamente responsable y condenado al pago de los perjuicios correspondientes por la muerte de Daniela Patricia Henao Bahamón.<sup>1</sup>

#### **1.1. Hechos.**

Los hechos expuestos por la parte demandante se pueden resumir de la siguiente forma:

- El 18 de octubre de 1993, la familia Henao Bahamón estaba pasando un día de descanso donde unos familiares en la población de El Tambo, en el Departamento de Cauca;

---

<sup>1</sup> Folios 3 – 17, Cuaderno 1

- Hacia las 4:00 P.M., de ese día la niña Daniela Patricia Henao Bahamón sufrió un decaimiento, *“con una especie de mareo”*, razón por la cual sus padres la llevaron al servicio de urgencias del Hospital de El Tambo, donde fue atendida por el médico Víctor Manuel Rodríguez y experimentó una cierta mejoría;
- En el mismo día, a las 9:00 P.M., la menor fue recibida en el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario San José de Popayán *“presentando ésta un buen estado anímico e incluso entró al centro asistencial caminando”*. El buen estado fue advertido por los médicos de turno *“pues la niña se mostraba atenta y extrovertida con los médicos que la asistieron en esos primeros momentos”*;
- *“Valorada la paciente, los médicos deciden realizarle una punción lumbar para descartar una posible meningitis y dado que la niña no permitía la realización de dicho examen con la dosis de anestesia normal para su edad y contextura física que le había sido suministrada, se ordena la aplicación de otra dosis la cual al parecer tampoco fue suficiente y se procediéndose (sic) a la aplicación de una tercera dosis que conllevó al fatal desenlace a saber la muerte culposa de la niña Daniela Katherine (sic)”*;
- Cuando los padres recibieron el cuerpo de la menor fallecida notaron que su piel tenía un color morado intenso *“causado por la sobre dosis de anestesia y que descarta la posibilidad de una muerte natural como los galenos del hospital demandado han pretendido hacer creer.”*

## **1.2. Pretensiones.**

Con fundamento en el título de imputación de falla del servicio, la parte demandante solicitó que se hicieran, por parte de la autoridad judicial, las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Declárase al Hospital Universitario San José de Popayán administrativamente responsable de la muerte de Daniela Patricia Henao Bahamón ocurrida el 19 de octubre de 1993 y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a Luis Carlos Henao Londoño, Claudia Patricia Bahamón, Carlos Arturo Henao Bahamón y Diana Katherine Henao Bahamón.*

2. Como consecuencia de la anterior declaración condénese al Hospital Universitario San José de Popayán, a pagar los perjuicios a los actores así:

- a. Por perjuicios morales páguese a Luis Carlos Henao Londoño y Claudia Patricia Bahamón el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino, a cada uno, según el precio internacional en que se encuentre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República.
- b. Por perjuicios materiales páguese a Luis Carlos Henao Londoño y Claudia Patricia Bahamón, en la modalidad de daño emergente, la suma de un millón de pesos (\$1'000.000), guarismo para el que se tendrán en cuenta los gastos en que se incurrió.”

## **2. Admisión de la demanda.**

El 7 de noviembre de 1995, el Tribunal Administrativo del Cauca profirió el auto admisorio de la demanda<sup>2</sup>, el cual fue notificado a la entidad demandada el 1 de diciembre del mismo año<sup>3</sup>.

## **3. Contestación de la demanda.**

El 26 de enero de 1996, el Hospital Universitario San José de Popayán – Empresa Social del Estado dio respuesta a la demanda<sup>4</sup>.

En relación con los hechos comprendidos en la misma manifestó que algunos de ellos eran ciertos y otros no, mientras que respecto de los demás afirmó que se atenia a lo que se probara. En concreto, acerca de las afirmaciones de la parte demandante en el sentido de que la causa de la muerte de la menor había sido la anestesia que le fue aplicada respondió:

*“NO ES CIERTO que el desenlace fatal de la niña DANIELA HENAO se debiera al procedimiento anestésico que se realizara para llevar a cabo la punción lumbar. Como se puede observar y así consta en la historia clínica No. 090103 paciente DANIELA PATRICIA HENAO se demuestra claramente que la clínica aplicada por los médicos vinculados al Hospital y las ayudas paraclínicas señalaron claramente la presencia del SINDROME DE REYE que posteriormente se confirmara con la necropsia practicada en el Instituto de medicina legal seccional Cauca a la niña Daniela Henao.*

*Esta patología del SINDROME DE REYE: Se definida (sic) como una encefalopatía aguda acompañada de degeneración grasa del hígado y otras visceras. En la biopsia hepática se demuestra mitocondrial, elevación del amoníaco sanguíneo, hipoglicemia, convulsiones, hepatomegalia e incremento de los niveles séricos de algunos aminoácidos... Se ha podido*

---

<sup>2</sup> Folios 3 – 17, Cuaderno 1

<sup>3</sup> Folio 71, Cuaderno 1

<sup>4</sup> Folios 73 – 85, Cuaderno 1

*establecer que la gravedad del síndrome depende de la severidad de la enfermedad viral previa a él y de la respuesta del enfermo. El síndrome es verdaderamente raro, se informó 300 casos en los años 1972 – 1973... Por lo general ataca a niños que están en período de convalecencia por enfermedad viral y especialmente en las épocas frías, con gran frecuencia la enfermedad precedente ha sido influenciada (sic) tipo B, varicela o cualquiera de las 12 o 13 afecciones virales que se han encontrado asociadas con el síndrome... Por desgracia, con gran frecuencia el desenlace es la muerte (Tribuna Médica, año 1975)”*

#### **4. Apertura del período probatorio. Audiencia de Conciliación.**

El 18 de abril de 1996 se profirió, por parte del *a quo*, el auto de apertura a pruebas del proceso<sup>5</sup>.

El 21 de octubre de 1996 se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por parte del Tribunal Administrativo del Cauca<sup>6</sup>.

#### **5. Alegatos de conclusión.**

El 28 de octubre de 1996 se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para lo de su cargo<sup>7</sup>.

La entidad demandada presentó los alegatos correspondientes, mediante los cuales reiteró lo dicho en la contestación de la demanda<sup>8</sup>. La parte demandante hizo lo propio en relación con lo dicho en el libelo introductorio y además enfatizó sobre ciertos puntos especiales de lo que consideraba había sido la atención indebida prestada por la entidad demandada<sup>9</sup>.

#### **6. Auto de pruebas de oficio de primera instancia.**

El 9 de septiembre de 1997, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca profirió un auto<sup>10</sup> para que, en atención al artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, se practicara una prueba pericial con el propósito de esclarecer algunos aspectos dudosos de la controversia planteada.

---

<sup>5</sup> Folios 162 – 166, Cuaderno 1

<sup>6</sup> Folios 184 – 185, Cuaderno 1

<sup>7</sup> Folio 187, Cuaderno 1

<sup>8</sup> Folios 189 – 192, Cuaderno 1

<sup>9</sup> Folios 193 – 200, Cuaderno 1

<sup>10</sup> Folios 218 – 219, Cuaderno 1

La prueba exigía de la designación, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de un neurólogo clínico y de un neuropatólogo, de entre los profesionales adscritos, para que de acuerdo con el examen de la *“historia clínica, las notas de evolución y las notas de enfermería”* respondiera, en calidad de peritos, en relación con el fallecimiento de la niña Daniela Patricia Henao Bahamón, el siguiente cuestionario:

- “1. Existe otro medio diferente a la punción lumbar para descartar que la paciente presentaba meningitis?”*
- 2. Es posible que con el manejo médico que se le dio a la paciente, concretamente con la medicación y aplicación de INYESPRIN, se hubiera desencadenado el SINDROME DE REYE? Por qué?”*
- 3. Qué implicaciones tiene la formulación y aplicación de RIVOTRIL, en caso de que afirmativamente la paciente presentara EL SINDROME DE REYE?”*
- 4. Examinada la historia clínica, las notas de evolución y notas de enfermería, se puede afirmar que: La atención dispensada a la paciente DANIELA PATRICIA HENAO BAHAMON, fue la científicamente idónea y adecuada?”*

Para tales efectos se comisionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>11</sup> y posteriormente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca<sup>12</sup>, pero en ninguna de las dos comisiones fue posible cumplir con la práctica de la prueba ante la falta de los profesionales requeridos dentro del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

## **7. Sentencia impugnada.**

El 31 de agosto de 1999, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca profirió la sentencia objeto de impugnación<sup>13</sup>, en la cual se decidió:

*“PRIMERO: Niéganse las súplica de la demanda.  
SEGUNDO: Sin costas, por no haber constancia de haberse causado.”*

Los argumentos sobre los cuales se estructuró el fallo tuvieron como régimen de responsabilidad aplicable el de la falla presunta, el cual, de conformidad con el *a quo*, es el que corresponde utilizar cuando quiera que se discuta la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud y en virtud del cual se *“...impone a la parte demandada la carga de demostrar que la*

---

<sup>11</sup> Folios 284 – 285, Cuaderno 3

<sup>12</sup> Folios 310 – 311, Cuaderno 3

<sup>13</sup> Folios 229 – 237, Cuaderno principal

*atención médica fue idónea y eficiente lo que traería como consecuencia reconocer que no existió falla en el servicio.”*

El análisis de los elementos probatorios aducidos en el proceso, como son la historia clínica, las pruebas técnicas, los testimonios, llevaron a que en la sentencia impugnada se sostuviera:

*“... que el Hospital San José de Popayán puso todo su empeño y capacidad profesional, técnica y científica disponibles en ese momento en procura de luchar por la mejoría de la paciente, frente a una enfermedad (Síndrome de Reye) que dada su naturaleza hizo nugatorios todos los esfuerzos, lo que lleva al Tribunal a concluir que se demostró por parte del ente demandado la causal de exoneración a la que se ha aludido y destruir la presunción de falla en el servicio en este caso, circunstancia que determina que las peticiones de la demanda forzosamente deban despacharse en forma negativa a los actores, como en efecto se hará.”*

## **8. Recurso de apelación.**

El recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandante<sup>14</sup>, concedido por el a quo<sup>15</sup> y admitido por el Consejo de Estado<sup>16</sup>.

Los argumentos con base en los cuales se sustentó el recurso<sup>17</sup> estuvieron referidos a sostener que el Tribunal Administrativo del Cauca:

*“...fundamentó su análisis exclusivamente en testimonios que no fueron del todo imparciales por cuanto los testigos laboran en la Entidad Hospitalaria demandada, una historia clínica mal valorada y las pruebas técnicas que solo determinaron un resultado, la muerte; obviando el análisis del tratamiento médico científico determinando si fue el adecuado o no para el esclarecimiento de los hechos”*

Específicamente sostuvo el apelante que la sedación y anestesia que se le dio para efectos de la realización de la punción lumbar fue excesiva, puesto que estuvo sometida a 3 dosis; que el diagnóstico no fue oportuno; que el uso de “*inyesprin*” sobre una paciente como la menor Daniela Patricia Henao Bahamón, quien experimentaba una infección viral, desencadenó el síndrome de Reye, el cual le causó la muerte.

---

<sup>14</sup> Folio 241, Cuaderno principal

<sup>15</sup> Folio 243, Cuaderno principal

<sup>16</sup> Folio 263, Cuaderno principal

<sup>17</sup> Folios 247 – 249, Cuaderno principal

## **9. Alegatos de conclusión de segunda instancia.**

El 24 de marzo de 2000 se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión<sup>18</sup>. La parte demandante, la entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Jurisdicción y competencia.**

La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, toda vez que la pretensión mayor, referida a los supuestos perjuicios morales sufridos por cada uno de los demandantes por la muerte de la menor Daniela Patricia Henao Bahamón, los cuales ascienden a 1.000 gramos oro y equivalían a la fecha de presentación de la demanda, 19 de octubre de 1995, de acuerdo con el texto de la misma, a \$11'380.000, exceden el valor mínimo exigido en la época, \$9'610.000.00, para que un juicio de esta naturaleza tuviera doble instancia.

### **2. Régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto.**

A fin de proceder con el estudio de fondo del caso, la Sala considera pertinente precisar que en el *sub iudice* es la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, el régimen bajo el cual se debe estructurar la responsabilidad del Estado, tal y como lo ha venido reiterando la Sala<sup>19</sup>,

*“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ..., deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”*<sup>20</sup>

Así las cosas, a partir del acervo probatorio debidamente allegado al proceso la Sala determinará si bajo el régimen señalado se encuentra configurada, o no, la

---

<sup>18</sup> Folio 265, Cuaderno principal

<sup>19</sup> Ver, entre otras, las sentencias del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878; del 31 de agosto de 2006, expediente 15.238; y del 30 de noviembre del mismo año, expedientes 15.201 y 25.063; del 23 de abril de 2008, expediente 15.750.

<sup>20</sup> Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400



responsabilidad patrimonial deprecada, aspecto que constituye el objeto central de la impugnación presentada por la parte actora.

### **3. Argumentos del demandante que constituyen los elementos de la responsabilidad patrimonial en el caso concreto.**

Es bien sabido que la naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos<sup>21</sup>, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente. El juez, por su parte, en aplicación del principio de congruencia<sup>22</sup>, deberá estarse a ese camino, es decir a la *causa petendi* y al *petitum*, para la toma de la decisión final en el proceso.

En atención a lo anterior y de conformidad con los argumentos expuestos por la parte demandante, los elementos de la responsabilidad en el asunto *sub judice* están constituidos por:

- La muerte de la menor Daniela Patricia Henao Bahamón, ocurrida el 19 de octubre de 1993, es el daño en el presente proceso;
- La entidad demandada, Hospital Universitario San José de Popayán, habría incurrido en una falla del servicio por haber aplicado dosis excesivas de anestesia a la menor;
- La falla del servicio habría sido la causa del daño, esto es el nexo de causalidad como el elemento de la responsabilidad;
- Como resultado de la muerte de la menor, los demandantes habrían sufrido perjuicios materiales y morales;

---

<sup>21</sup> H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216;

<sup>22</sup> “Código de Procedimiento Civil, Artículo 305.- Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas su así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.”

- En consecuencia, el Hospital San José de Popayán sería responsable administrativa y patrimonialmente;

A partir de lo anterior, la Sala iniciará el estudio correspondiente para verificar en el caso concreto la existencia de los elementos de la responsabilidad, para lo cual analizará el material probatorio obrante en el expediente.

#### **4. Daño.**

En el expediente está acreditado que la menor Daniela Patricia Henao Bahamón falleció el día 19 de octubre de 1993, en el Hospital Universitario San José de Popayán.

El Registro de Defunción No. 740944 aportado por la parte demandante en fotocopia simple<sup>23</sup> no es susceptible de valoración, pero sí lo es el Certificado Individual de Defunción<sup>24</sup>, el cual obra dentro de la prueba trasladada de la Fiscalía General de la Nación, correspondiente a las diligencias preliminares No. 0276, así como la Historia Clínica suministrada en copia auténtica por la entidad demandada<sup>25</sup>.

En el primero se señala claramente que la menor falleció y en el segundo, en el mismo sentido, se precisa que a las 19:35 horas del 19 de octubre de 1993, la niña Daniela Patricia Henao Bahamón:

*“... hace el 7 (sic) paro cardiorrespiratorio y no responde a las maniobras de resucitación, se explica a la familia que la niña ha fallecido y se procede a desconectar de respirador, monitorías y líneas centrales”*

En consecuencia, el daño está probado.

#### **5. Relación de pruebas.**

---

<sup>23</sup> Folio 23, Cuaderno 1

<sup>24</sup> Folio 112, Cuaderno 2

<sup>25</sup> Folios 89 – 143, Cuaderno 1

A lo largo del proceso los demandantes han expuesto los hechos que, de acuerdo con su parecer, hacen responsable a la entidad demandada por la falla del servicio en la atención médica prestada. En sentido contrario, esta última ha argumentado que no es responsable del deceso de la menor, puesto que obedeció a la evolución normal y fatal del síndrome de Reye.

Antes de proceder con la relación de las pruebas, es necesario advertir que dentro del expediente obra una prueba trasladada que concierne al proceso penal adelantado por parte de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Popayán, la cual fue decretada por el *a quo*, mediante auto del 18 de abril de 1996<sup>26</sup>, en atención a la petición formulada por la parte demandante dentro del libelo introductorio y por la entidad demandada en la contestación de la demanda. Por tal razón, la Sala encuentra que los documentos que ahí reposan tienen valor probatorio y procederá con el estudio correspondiente.

De entre las pruebas que se han aportado al proceso resultan de suma relevancia para la decisión que tomará la Sala, las siguientes:

### **5.1. Historia Clínica.**

Como se advirtió antes, el documento obra en copia auténtica del original<sup>27</sup>, además de lo cual, por orden del Tribunal *a quo*<sup>28</sup>, la entidad demandada suministró una transcripción original de la Historia Clínica<sup>29</sup>.

En la Historia Clínica se hace constar la situación clínica de la menor al momento de la entrada al Hospital Universitario San José de Popayán, el 18 de octubre de 1993, sin que aparezca la hora correspondiente. En concreto:

*“HISTORIA CLÍNICA 090103  
PACIENTE HENAO BAHAMON DANIELA PATRICIA  
Servicio pediatría Urgencias Octubre 18 de 1993  
Sexo femenino, 4 ½ años, estado civil menor, fuente de información: Padre y madre dignos de crédito. Hospitalizaciones anteriores: ninguna  
Motivo de consulta: “Remitida de centro de salud del Tambo”  
Enfermedad actual: Cuadro que inicia hace +/- 8 días con cuadro gripal consistente en rinorrea clara tos son expectoración no cianosante;*

---

<sup>26</sup> Folios 162 – 166, Cuaderno 1

<sup>27</sup> Folios 89 – 143, Cuaderno 1

<sup>28</sup> Folios 89 – 143, Cuaderno 1

<sup>29</sup> Folios 268 – 274, Cuaderno 2

posteriormente el sábado, presentó fiebre alta no cuantificada en las horas de la tarde y el domingo en la mañana episodio diarreico de consistencia líquida, fética, con moco, sin sangre, concomitante hiporexia y sed. Hoy +/- a las 2:30 de la tarde presenta convulsión tónico clónico generalizada con desviación de la mirada hacia la izquierda episodio diarreico de consistencia líquida sin relajación de esfínteres de +/- 5 minutos de duración.

Eliminación urinaria adecuada. Período post ictal

Antecedentes Natales y Perinatales:

Hija de madre de 32 años G4 P3 A1 C0 [4 embarazos, 3 partos, 1 aborto, 0 cesáreas], producto del 4º embarazo bien tolerado. Realizó control prenatal, parto institucional, aparentemente sin antecedente de hipoxia perinatal. Inmunizaciones completas recibió leche materna hasta un año de edad, complementaria con S-26 desde el nacimiento. Caldos y jugos desde cuatro meses de edad.

DPM [Desarrollo psicomotor]: Sostén cefálico 3 meses, gateo 7 meses, caminó 11 meses.

Antecedentes personales: Antecedentes de infección urinaria a repetición desde el 1 ½ de edad, tratados en este centro con: TMS [Timetroprim] – Ampicilina Eco renal que aparentemente es normal.

Antecedentes familiares: Madre con Epilepsia sin tratamiento. Abuelos diabéticos. Sin antecedentes de Asma – TBC [Tuberculosis]– cardiopatías RS. Genitourinario antecedentes de infección urinaria a repetición.

Examen físico: pre-escolar febril, hidratada, orientada en tiempo y lugar, colaboradora con Frecuencia Cardiaca: 160' Frecuencia respiratoria: 30' Temperatura: 38º Peso 16 Kilos.

Cabeza: normacéfalo, cabello de buena calidad, bien implantado

Ojos: pupilas isocóricas fotoreactivas, escleras anictéricas, conjuntivas rosadas

Oídos: Contacto auditivo externo permeable, no otorrea.

Nariz: Tabique centrado, narinas permeables

Boca: Caries dentales, amígdalas eutróficas, no congestivas

Cuello: no masas ni tiromegalias

Tórax: Pulmones: murmullo vesicular presente en ambos campos pulmonares no estertores, no similancias

Corazón: ruidos cardíacos rítmicos, buena intensidad, no soplos, no S3

Abdomen: blando depresible, peristaltismo positivo, no dolor a palpación superficial ni profunda.

Extremidades: condiciones normales

Genitourinario: Genitales externos femeninos de aspecto normal

Sistema nervioso central: Alerta, orientada, colaboradora, No rigidez de nuca, no KERNING, no BRUDZINSKY

Reflejos osteotendinosos (normales)

Impresión Diagnóstica: 1) Convulsión febril compleja  
2) Sx febril a estudio

Conducta: 1) Uroanálisis + Gram de Orina sin centrifugar  
2) Coprológico si presenta diarrea  
3) Epamin impregnación  
4) Acetaminofen  
5) Bajar fiebre con medios físicos"

Fdo. Adriana Ospina M.

Camilo Cifuentes

Con posterioridad al ingreso, las notas dentro de la historia clínica revelan, en términos generales, lo siguiente:

- A las 11:00 P.M., del mismo día 18 de octubre de 1993 la niña fue valorada por los médicos residentes de pediatría y por el médico pediatra de turno, quienes después de estudiar las pruebas realizadas a la menor decidieron buscar el foco infeccioso en el sistema nervioso central, para lo cual, con el propósito de descartar o confirmar una meningitis, ordenaron una punción lumbar;
- A la 1:45 A.M., del día 19 de octubre de 1993, se realizó la punción lumbar bajo sedación con pentotal sin complicaciones en salas de cirugía. Posteriormente se recibió el resultado de las pruebas efectuadas en el laboratorio al líquido cefalorraquídeo de la niña, el cual no es *“concluyente para diagnóstico planteado”*, y se piden pruebas extras;
- A las 3:10 A.M., dentro de la misma historia clínica, bajo el título de *“Órdenes Médicas”* aparece una anotación, en la cual se dice:

*“N.O.M. [nuevas órdenes médicas]  
Inyesprin x 500 mg. Aplicar 1.6 cc E.V. [endovenoso] lento: D.U.  
[dosis única]”*

- A las 3:15 A.M., se procedió, en relación con la menor, en el siguiente sentido:  
  
*“Paciente es bajada de cirugía por presentar pico febril de 42° C por riesgo de presentar convulsión. Se informa a residentes de turno quienes ordenan bajar la temperatura por medio físicos y colocar Inyesprin a 10 mg/k/dosis Vigilar estrictamente curva temperatura y cambios en el estado clínico.”* (Subrayado fuera de texto)
- A las 3:45 A.M., se reportó mejoría del estado post-anestesia y de los signos vitales;
- A las 6:30 A.M., hay un deterioro severo del estado general y fiebre, por lo tanto se ordena aumentar los líquidos y se toman muestras para vigilar la función del riñón;
- A las 8:30 A.M., el médico pediatra y docente Diego Velasco planteó el síndrome de Reye y se inició manejo de edema cerebral, con la solicitud de nuevas pruebas. Para este momento se habían presentado múltiples

episodios convulsivos y había un deterioro severo del estado neurológico de la niña.

- A las 11:15 A.M., se tomó un TAC cerebral y se confirmó la presencia de edema cerebral;
- A las 12:30 P.M. los reportes paraclínicos confirmaron el diagnóstico de síndrome de Reye. También se refiere que no había unidad de cuidados intensivos disponible para el manejo requerido en la menor. Se solicitó interconsulta con cirugía general para realizar una venodisección, pero el cirujano Darío Méndez “*se niega rotundamente*” a realizarla;
- A las 2:00 P.M., la menor fue valorada por Miguel Constain del Departamento de Neurología, quien sugirió que el manejo ideal era “*hiperventilación y coma barbitúrico*”. Además, el mencionado neurólogo anotó: “*desde el punto de vista neurológico presenta un proceso encefalítico severo asociando a esto a su alteración hepática e hipoglicemia debe pensarse en un Reye*”;
- A las 4:00 P.M., se reportó un deterioro serio de la condición de la menor, con sangrados múltiples, presión arterial baja, frente a lo cual se prescribieron medicamentos, se inició ventilación mecánica, pero se presentaron 4 paros cardíacos en un lapso de 30 minutos;
- Finalmente, a las 7:35 P.M., después del séptimo paro cardíaco la niña falleció.

## **5.2. Concepto médico legal.**

El 7 de marzo de 1994, la Regional Sur del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con sede en Cali, en documento suscrito por tres médicos patólogos<sup>30</sup>, el cual obra en el expediente como parte integrante de la prueba trasladada, dio respuesta a la solicitud de “*Concepto Médico Legal*” elevada por parte de la Dirección Seccional del Cauca del mismo instituto, en los siguientes términos:

---

<sup>30</sup> Folios 81 – 82, Cuaderno 2

*“En su oficio de la referencia usted solicita con base en historio clínica y placas histológicas, sea estudiado el caso desde el punto de vista patología y anestesia contestamos:*

*Se trata de niña preescolar de 4 ½ años, remitida del Tambo con impresión diagnóstica: síndrome convulsivo, bronconeumonía y meningitis a descartar, ingresa al hospital SAN JOSÉ de Popayán el día 18 – X – 93 a las 21 horas con historia de cuadro de 8 días de evolución de síndrome gripal con fiebre alta no cuantificada y episodio diarreico concomitante presenta además convulsión tónico clónica generalizada de 5 minutos de duración. Como antecedentes de importancia: Familiares: madre epiléptica tío materno y primo “convulsionados”; y personales infecciones urinarias a repetición desde el 1 ½ años de edad tratadas médicamente.*

*Al ingreso al examen físico: febril, sin signos meningeos ni pulmonares, cuadro hemático con leucocitosis y neutrofilia. Se decide punción lumbar, que descarta meningitis bacteriana.*

*Presenta pico febril de 42° C (aún con tratamiento médico: Medios físicos antitérmicos y acetaminofén), requiriendo Inyesprin IV. Se estudia con diagnóstico de:*

- Síndrome convulsivo
- Edema cerebral a confirmar
- Síndrome de Reyé en estudio.
- Enfermedad diarreica aguda bacteriana (?)

*Se toman TAC: cerebral que reporta edema cerebral global y proceso encefálico difuso (posiblemente viral); y exámenes de laboratorio que muestran aumento de las cifras de aminotransferasas, hipoglicemia, hiponatremia; aumento de cifras de creatinina, tiempos de coagulación prolongadas, parcial de orina con proteinuria y hemoglobinuria; persiste en mal estado con episodios convulsivos y diarreicos y finalmente fallece el 19 – X – 93.*

*Como hallazgos positivos de necropsia: cianosis labial, múltiples huellas de venopunción, venodisección cervical izquierda, edema encefálico, el cerebro pesó 1.350 gr y había herniación de uncus y amígdalas cerebelosas; escaso derrame pleural bilateral de 100cc, pulmones acrepitantes hígado palidez cortical y congestión medular renal.*

*Al estudio microscópico mostró:*

- Sistema nervioso central cambios neuronales por hipoxia; sin infiltrado inflamatorio.
- Pulmón: focos de bronco-neumonía, trombos de fibrina y ema.
- Bazo: disminución de pulpa blanca.
- Hígado: microvacuolización hepatocitaria generalizada, sin cambios inflamatorios.
- Intestinos y páncreas: con cambios por lisis.
- Riñón: Cambios sugestivos de necrosis tubular aguda.

*En resumen “se trata de una niña preescolar con antecedentes de cuadro febril de 8 días de evolución con episodios convulsivos y síndrome febril persistente que no cede fácilmente con medios físicos y acetaminofén requiriendo ácido acetil salicílico IV (Inyesprin). El estudio microscópico revela: sepsis, edema pulmonar bronconeumonía y cambios neuronales por hipoxia. Los hallazgos hepáticos son compatibles con Síndrome de Reyé.*

*En conclusión: la niña de la referencia muy posiblemente presentó cuadro viral inicial con compromiso encefálico al que se sobre-agregó Bronconeumonía con sepsis secundaria y Síndrome de Reyé (Diagnóstico compatible por clínica y hallazgos de laboratorio).*

*DIAGNÓSTICOS FINALES:*

- Encefalopatía hipóxica.
- Bronconeumonía – Edema pulmonar.
- Sepsis
- Síndrome de Reye”

### 5.3. Testimonio del médico Diego Velasco.

En relación con lo ocurrido el día 19 de octubre de 1993, en particular, acerca de la atención que le fue dispensada a la menor, el pediatra Diego Velasco, declaró:

*PREGUNTADO.- Sírvase relatarle al Tribunal todo cuanto sepa y le conste respecto de los hechos que culminaron con la muerte de la menor DANIELA HENAO BAHAMÓN en el Hospital Universitario San José de esta ciudad. CONTESTO; Como docente de la Universidad en el área de Pediatría, mi labor la realizo en el Servicio de Urgencias de Pediatría en el Hospital Universitario San José, labor que inicio habitualmente a las siete de la mañana como ocurrió el día de los hechos con la niña que falleció posteriormente. Al iniciar la revista del servicio la residente de Pediatría Doctora Aldana me presentó la Historia Clínica de la niña en mención ya que era en ese momento el caso más delicado del servicio. Después de oírla de analizar los datos de laboratorio y la evolución muy rápido del cuadro clínico planteé el diagnóstico de S. REYE solicitando diferentes exámenes de laboratorio que apoyarían mi presunción diagnóstica; laboratorios que constaron en pruebas de función hepática, tiempo de protombina, glicemia, electrolitos, pruebas de función renal y tomografía computarizada del cerebro ya que la patología de nuestra paciente apuntaba a un cuadro relacionado con problemas del sistema nervioso central. Muchos de esos exámenes se encuentran alterados en el Síndrome de Reye tales como: Hipoglicemia, tiempo de protombina prolongado, alteraciones y/o aumento de las pruebas de funcionamiento del hígado y riñón, además de Edema cerebral visiblemente detectable por tomografía cerebral. En la mañana además se presentó la valoración y el apoyo de otros profesionales de la salud tales como: Neurología, Hematología, terapia respiratoria y radiología. Me parece muy importante dejar constancia que la madre de la niña estuvo permanentemente con ella y personalmente y constantemente yo le informé del estado de evolución y pronóstico de la niña. En la medida que los exámenes de laboratorio fueron informados se configuró y se comprobó claramente el diagnóstico de SINDROME DE REYE, patología que sin ser muy frecuente, en forma muy constante la tenemos en mente como diagnóstico diferencial en patologías del sistema nervioso central. En el transcurrir del día la evolución del cuadro en la niña nos fue mostrando que indefectiblemente la llevaría a la muerte, situación que se la hice saber a la madre... En la mañana mi labor como Docente terminó a medio día o sea a las doce del día, en ese momento la niña contaba con todo el apoyo logístico y terapéutico que pudiera ofrecerse en el mejor hospital de Colombia, ya que montamos una serie de equipos para dar apoyo ventilatorio (respirador), monitor cardíaco y tres a cuatro médicos residentes o Internos permanentemente al lado de ella, además la presencia del doctor GUSTAVO CAVIEDES, médico pediatra en el Servicio*



*de Urgencias. En horas de la tarde a las dos p.m. nuevamente llegué a hacer la visita para seguir al frente del problema de la niña analizando los exámenes y confrontando ideas con los otros colegas que me colaboraron en su manejo (equivalente a una Junta Médica permanente) aproximadamente a las seis de la tarde, terminó mi labor docente quedando la niña nuevamente en manos del equipo médico del servicio con apoyo mío ante cualquier eventualidad que pudiera ofrecerse. Con esto quiero resaltar que la atención de la niña hasta el momento de su fallecimiento fue realizada por personal médico altamente capacitado con experiencia y empapado de la Patología que sufría la niña desde el momento.”* (Subrayado fuera de texto)

Con respecto a la mortalidad que se había advertido en el Hospital San José por el síndrome de Reye y la definición científica de éste último, el médico pediatra Velasco sostuvo:

*“... En relación a la experiencia (sic) muestra con esta enfermedad es la siguiente: Vemos un promedio de dos a tres casos por año y digo que de esta patología porque todos sin excepción se han podido comprobar, desafortunadamente por el Servicio de Patología que ya la mortalidad ha sido del 100%, además porque los casos que nos han llegado han sido clasificados dentro del estadio III, IV, o V cuya mortalidad en cualquier ser del mundo es del 100%. El SINDROME DE REYE la definen los libros como una encefalopatía metabólica con alteración de la mitocondria de la célula del hígado (la mitocondria equivale al laboratorio productor de energía de la célula, esta alteración digamos que larga distancia produce edema cerebral (equivale a una “hinchazón de las células del cerebro”), además puede comprometer los riñones produciendo una insuficiencia respiratoria.”* (Subrayado fuera de texto)

Con referencia a las causas del síndrome, el declarante señaló:

*“... Su origen o su etiología no está bien definida y se relaciona con el virus productor de la varicela o del herpes-zoster, también se asocia a la ingestión de aspirina por esta razón a nivel mundial el consumo de aspirina decayó en un altísimo porcentaje. También se ha asociado a otro tipo de sustancias tóxicas (champú, blanqueadores, tinturas industriales, aerosoles) o sea que su etiología se considera multifactorial.”* (Subrayado fuera de texto)

Acerca de la manera como se manifiesta el síndrome y los procedimientos que se deben seguir para confirmar o descartar el diagnóstico:

*“... Su forma de presentación y su evolución es aguda manifestándose inicialmente como un cuadro gripal con cefalea, malestar general, rinorrea y lo que nosotros denominamos síntomas constitucionales como falta de apetito, decaimiento, disminución de la actividad, además puede presentarse con signos y síntomas que semejan una infección del sistema nervioso central (meningitis patial) consistentes en cefalea, irritabilidad,*

*trastornos de conducta y de conciencia, convulsiones y rápidamente progresivo debido al gran edema cerebral característico de la enfermedad...”*

Sobre un punto que ha sido cuestionado por la parte demandante, como es la aplicación de anestesia para la realización de la punción lumbar, el médico sostuvo:

*“... ante la posibilidad de neuroinfección es indispensable realizar el procedimiento de Punción Lumbar, procedimiento inocuo realizado por médicos que consiste en extraer aproximadamente entre dos y cinco centímetros de líquido cefalorraquídeo a través de la columna lumbar; este procedimiento siempre lo realizamos con analgesia y anestesia que puede ser aplicada en el Servicio de Urgencias o si el paciente está muy agitado se hace en el quirófano con el apoyo de un anestesiólogo, situación que sucedió. Este procedimiento es el único medio (irreemplazable) para hacer el diagnóstico de meningitis bacterial.”*

Con referencia a la negativa del cirujano de intervenir quirúrgicamente a la menor, de lo cual da fe la misma historia clínica, la pregunta y la respuesta que se dieron fueron las siguientes:

*“PREGUNTADO. - A folio 95 del cuaderno principal puede verse una nota que indica que se solicita interconsulta cirugía general para venodicesión y el Dr. DARIO MENDEZ se negó rotundamente a realizar. Sírvase Doctor Velasco en el contexto de la Historia Clínica que se le pone de presente explicarle al Tribunal que objetivo tenía la venodicesión solicitada, cual la razón para que el Dr. MENDEZ se negara a ella y finalmente que efecto pudo tener la demora en efectuar dicha práctica en el desarrollo de la enfermedad o su resultado final... CONTESTO: En los pacientes críticos necesitamos varios accesos venosos o venipunturas que lo hacemos a través de agujas insertadas en la piel colocadas dentro de una vena en algunos casos y específicamente en este como le estábamos aplicando varias sustancias y con mucha frecuencia y esto iba a suceder por un tiempo largo por esta razón solicitamos el procedimiento, quiero aclarar que la niña tenía varios accesos venosos y que en ningún momento dejó de recibir cualquiera de la terapia instaurada por no tener la venodicesión. Es curioso que tenga que dar la explicación del porque el doctor Méndez no hizo este procedimiento, siendo la razón que la doctora MARIA FERNANDA BLANDÓN médica interna del Servicio de Urgencias era la novia del doctor Méndez y habían tenido desavenencias personales, este fue el motivo por la cual el médico no hizo el procedimiento, además el doctor no sabía que la doctora lo había llamado para ese procedimiento.”*

## **6. Imputación. Falla del servicio. Nexo de causalidad.**

La Sala analizará el cargo único presentado en el libelo introductorio por los demandantes, consistente en que las excesivas dosis de anestesia habrían

constituido una falla en el servicio médico y habrían dado lugar a la muerte de la menor.

Al respecto, la Sala concluye que no hubo prueba alguna que confirmara la acusación de la parte demandante, puesto que, de conformidad con lo que las pruebas han acreditado debidamente, la muerte de la menor Daniela Patricia Henao Bahamón tuvo como causa clínica el síndrome de Reye.

Específicamente, la Historia Clínica señala que el día 18 de octubre de 1993, en horas de la noche, se brindó a la paciente la siguiente atención:

*“Fue valorada por el docente Dr. Bonilla quien sugiere realizar punción lumbar la cual se intenta con Midazolam sin poderse realizar, se solicita turno para sedación en sala de cirugía y le administran Pentotal.”*

Dentro del “Concepto Médico Legal”, rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se respondía concretamente a las inquietudes formuladas por la Seccional del Cauca del mismo instituto, respecto de las causas de la muerte de la menor “desde el punto de vista patología y anestesia”, no se advierte reproche alguno al procedimiento de sedación y anestesia de la paciente, ni se lo responsabiliza de su muerte.

Tampoco el médico pediatra Diego Velasco, en su testimonio, refiere argumento alguno del cual se pueda desprender la responsabilidad de la entidad estatal por esta causa:

*“PREGUNTADO: Sírvase doctor Velasco decirle al Tribunal si por la experiencia que ha tenido usted en este tipo de casos la enfermedad pudiese acelerar su curso, y más aun, hacerse inevitablemente fatal en razón de la aplicación de sedante o anestesia al paciente. CONTESTO: En los textos que hablan sobre el tema no se describe relación alguna del SINDROME DE REYE con este tipo de sustancias.”*

De acuerdo con lo expuesto, habida cuenta de que el régimen aplicable al presente asunto es el de la culpa probada, la Sala concluye que no se acreditó que la entidad hubiera tenido falla alguna en lo que concierne a la aplicación de sedación y anestesia para la punción lumbar – argumento único alegado por la parte actora en la demanda – la cual fue practicada con el propósito de confirmar o descartar el diagnóstico de meningitis.

En el mismo sentido y a pesar de que la conclusión anterior resulta suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que tampoco se acreditó en el acervo probatorio que hubiera habido una relación de causalidad entre la aplicación de las dosis de anestesia referidas y el resultado mortal para la menor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 31 de agosto de 1999 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Enrique Gil Botero**

Presidente

Con aclaración de voto

**Ruth Stella Correa Palacio**

**Mauricio Fajardo Gómez**

**Myriam Guerrero De Escobar**

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Elementos / CAUSALIDAD - Distinta de imputación / DAÑO - Contiene a la causalidad**

Previo a cualquier análisis, es menester reseñar elementos estructurales de conocimiento jurídico que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena destacar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del

derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo; y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser). Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad. Así las cosas, según la disposición lógico – normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto – DAÑO-. Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese continuum, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, "...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho". La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho.

## **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño e imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Elementos**

En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado – en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación –entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad. Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90

C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel –daño antijurídico, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público.

### **NEXO CAUSAL - Noción**

Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación. No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política. Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*. Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego. En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la

causalidad en su natural sentido óntico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho –imputación– mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos. Es por lo anterior, que lo itero una vez más, el análisis de éstas controversias debe hacerse en el entendimiento que se deja planteado, de no hacerlo así, la Sala estaría manteniendo una postura que ya ha sido superada en el ordenamiento jurídico (art. 90 C. P.).

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 19001-23-31-000-1995-03003-01(17819)**

**Actor: LUIS CARLOS HENAO Y OTROS**

**Demandado: HOSPITAL SAN JOSE DE POPAYAN**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 3 de febrero de 2010 del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído en cuestión.

#### **1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto**

En la providencia señalada, se confirmó la sentencia proferida el 31 de agosto de 1999, por el Tribunal Administrativo del Cauca en la que se negaron las súplicas de la demanda.

En lo que concierne a los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, citando jurisprudencia de la Sala, se consignó lo siguiente:

“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización..., deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta”<sup>31</sup> (folio 8 de la providencia).

## **2. Razones y fundamentos de la aclaración**

Me aparto de las afirmaciones transcritas, tal y como lo he venido haciendo en forma sistemática, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“2.1. La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación.

“2.2. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

“El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

---

<sup>31</sup> Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400.



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

“(..)” (negrillas fuera del texto original).

“2.3. Previo a cualquier análisis, es menester reseñar elementos estructurales de conocimiento jurídico que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena destacar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo;<sup>32</sup> y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)<sup>33</sup>. Podría decirse, igualmente, que dentro de las ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad.

---

<sup>32</sup> Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda.. 1952. Pág. 12.

<sup>33</sup> Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62

“Así las cosas, según la disposición lógico – normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto – DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica:

“... Causa y efecto además no existen como términos aislados, sino como meros momentos de un proceso, de un **continuum**. “Los fenómenos como causa y efecto, dice Kelsen, constituyen una conexión de hechos directa, aunque no siempre perceptible inmediatamente. La llamada causa se cambia imperceptiblemente en el llamado efecto. Causa y efecto son, en palabras de Goethe, un fenómeno indivisible. Que los separemos sin embargo una de otro, que incluso que los opongamos entre sí, que intencionalmente aislemos de la cadena continua de innumerables elementos dos solamente como **la causa y el efecto** que se imputa a esa causa sola, se debe al vetusto hábito de interpretarla naturaleza conforme al principio de retribución”<sup>34</sup>

“Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese *continuum*, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Y es así, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha entendido:

“porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que **el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.**

---

<sup>34</sup> Revista de derecho de la Universidad de Antioquia. Homenaje a Hans Kelsen, B. Mantilla Pineda. El principio de retribución y la ley de causalidad. Pág. 358 y 359.

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”<sup>35</sup>

“Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores<sup>36</sup>, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que **“... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...”**, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al

---

<sup>35</sup> Sentencia Consejo de Estado del diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

<sup>36</sup> En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11135; 9 de marzo de 2000 exp. 11005; 16 de marzo de 2000 exp. 11890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12129

**Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”<sup>37</sup> (Negrilla fuera de texto)**

“Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, “...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho”<sup>38</sup>

“La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En efecto, la doctrina sostiene:

“Por lo demás, la no circunscripción de la categoría de antijuridicidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve, una vez más, la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la “determinación normativa” de las circunstancias que caracterizan la antijuridicidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

<sup>38</sup> “27. HAYEK señala a este propósito que solo así “la regla de no perjudicar a otro cobra algún sentido para un grupo de hombres que tienen el derecho a perseguir cada uno sus propios objetivos”; de otra forma, si todas las personas tuviesen que atenerse continuamente a lo que los otros esperan o presuponen de su comportamiento, “el resultado sería, en breve plazo, el descalabro del orden” (cfr. Hayek, F.A.: *Droit, legislation et liberté*, París, 1981,t. I,pp. 122 y 124, respectivamente). Vid., en el mismo sentido, CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Contrato e deveres de proteccao*, Coimbra, 1994, p. 130”. Citado en Busto Iago, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos S.A. Madrid. 1998. pag 45.

<sup>39</sup> Busto Iago, José Manuel. *Ob cit.* Pag 50.

“2.4. La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

“(…) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

“La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

“Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...”<sup>40</sup>

“2.5. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado – en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 ibídem, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación –entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

---

<sup>40</sup> Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, pág. 7 y 8.

“Más aun, dicha posición ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones<sup>41</sup>, en la cual se ha puntualizado recientemente, entre otros aspectos, lo siguiente:

“De manera tal que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*<sup>42</sup>, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la *“calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa”* (subrayas en el original)<sup>43</sup>.

"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del **daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal** armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración<sup>44</sup>. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13)<sup>45</sup>, y en la garantía

---

<sup>41</sup> Al respecto ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>42</sup> Sentencia C-533 de 1996.

<sup>43</sup> Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: *"No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un **"daño antijurídico"**, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar"* (negritas fuera del texto original).

<sup>44</sup> Sentencia C-333 de 1996.

<sup>45</sup> Esta Corporación, en Sentencia C-333-96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, resaltó la armonía existente entre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en el artículo 90 de la Carta y el Estado Social de Derecho: *"Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y*

integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución<sup>46</sup>. (Negrilla fuera del texto)

**“El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas,** aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en

---

*libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.*

<sup>46</sup> Sentencia C-832 de 2001.

ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti”<sup>47</sup>. (Negrilla fuera del texto)

“La Corte Constitucional ha, de esta manera, reiterado las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

**“(S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.**

*La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.” (negrillas y subrayado fuera del texto original)<sup>48</sup>*

“Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de *cualquier autoridad pública*. **En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para**

---

<sup>47</sup>Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993, loc. cit.

<sup>48</sup> Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.



**que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.**<sup>49</sup>

“Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

“2.6. En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel –daño antijurídico, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público.

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

“Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política<sup>50</sup>.

“Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico–, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo<sup>51</sup>, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*.

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>51</sup> “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

“Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.

“En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óntico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho –imputación- mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”<sup>52</sup>, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.<sup>53</sup>

“Es por lo anterior, que lo itero una vez más, el análisis de éstas controversias debe hacerse en el entendimiento que se deja planteado, de no hacerlo así, la Sala estaría manteniendo una postura que ya ha sido superada en el ordenamiento jurídico (art. 90 C. P.).

---

<sup>52</sup> Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 12 Edición, 1974, pág. 20.

<sup>53</sup> Kelsen – Cossio. Obra cit pag. 22.

“2.7. Aunado a lo anterior, debe precisarse que el anterior entendimiento ha sido avalado por la jurisprudencia extranjera, específicamente la española, la cual, partiendo de similares contenidos normativos a los existentes en nuestro país, ha explicado los elementos de la responsabilidad en los siguientes términos:

“(…) Segundo: La responsabilidad del Estado que con carácter objetivo se configura por primera vez en 1954 dentro de la Ley de Expropiación Forzosa (art. 121) y se alberga tres años después en la de régimen jurídico de la Administración (art. 40), ha adquirido relieve constitucional en los arts. 9.º y 106, párrafo 2.º, como garantía fundamental en la órbita de la seguridad jurídica, aun cuando su entronque más directo lo tenga con el valor «justicia», uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático, que proclama el art. 1.º de la misma Constitución.

**“En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial, equivalente por su contenido a cualquier daño o perjuicio,** en la doble modalidad, clásica desde la antigua Roma, del lucro cesante o del daño emergente. En este caso, no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción. **Ahora bien, no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo** y tal calificación conviene perfectamente a la Orden de 10 de agosto de 1985 desde el mismo instante en que nuestra Sentencia de 4 de

julio de 1987 comprobó y declaró que era nula de pleno Derecho.

**“En otro plano ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la produce, entre el acto dañoso y la Administración que es su autora, y por tanto implica la necesidad de que pueda serle imputado o atribuido, en su actuación propia, como poder y en el uso de sus potestades públicas...”**

“(...)”<sup>54</sup> (cursivas del original – negrillas adicionales).

“2.8. Al margen de todas las consideraciones sobre la materia, y que se han expuesto, en relación con los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, lo cierto es que la Sala debe asumir una posición definitiva sobre el asunto objeto de análisis, como quiera que el 30 de agosto de 2007, esta misma Sección profirió una sentencia (expediente 15.932) en la cual el capítulo denominado “daño antijurídico e imputabilidad” fue aprobado sin ningún tipo de observación y en forma unánime.

“2.9. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en lo que concierne a la forma como se abordó el análisis de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, materia sobre el cual recae esta aclaración de voto”.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

---

<sup>54</sup> Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de noviembre de 1993, rad. STS 11664, M.P. Ángel Alfonso Llorente Calama. Ver igualmente: sentencia de 10 de julio de 1992, rad. STS 11010.