

dentro de su personal de funcionarios, médicos, ni enfermeras, ni auxiliares de enfermería, que se encargaran directamente de la prestación deservicio asistencial en el antes referenciado, por consiguiente, actuaciones tales como valoraciones médicas, diagnósticos médicos, actuaciones médicas y de enfermería, suministro de medicamentos, controles médicos y de enfermería y mucho menos procedimientos de Inyectología, nunca fueron realizados por los funcionarios penitenciarios.

Además de lo anterior, no existía queja o denuncia alguna que obligara al INPEC a requerir a las entidades antes referenciadas en lo relacionado con la debida prestación de ese servicio de salud en el señor GAMBÁ ZAPATA, todo lo contrario, verificado el contenido de la historia clínica del mismo, así como la hoja de vida, se tiene que a dicha persona, no le faltó tratamiento ni prestación de servicio de salud alguno.

Al respecto, me permito retomar las palabras del tratadista Wilson Ruiz Orejuela, en su obra "Responsabilidad del Estado y sus Regímenes", todo esto al mencionar:

#### **"1. Falla en el servicio.**

Como es bien sabido, la falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de sus funciones, retardo en el cumplimiento de las obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado. Son entonces acciones u omisiones que se predicen de la administración y que en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado, régimen tradicional en constante evolución, al margen de la responsabilidad objetiva..."<sup>4</sup>(Ruiz Orejuela, 2013)

Unido a lo anterior., no ha quedado comprobado ni lo será, que el INPEC haya fallado en lo relacionado con sus funciones administrativas pues con todo lo antes demostrado, se logra determinar que este instituto cumplió a cabalidad con lo que le correspondía (nivel asistencial), entre ello, el cumplimiento cabal de las diferentes remisiones médicas ordenadas en favor del hoy actor, prueba de ello, la documentación ya

<sup>4</sup> Ruiz Orejuela, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. 2nd ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, p.1.

referenciada y que corresponde a las diferentes sesiones de terapia, para ello se anexa el original del **oficio N°. 2020IE0044567** de fecha 09 de marzo de 2020, suscrito por el señor médico del establecimiento penitenciario de Manizales, Dr. JUAN ALFONSO GIRALDO ZULUAGA, así mismo las diferentes citas de electromiografías y neuroconducción, cumplimiento de citas con fisiatra, entre otros.

En procura de satisfacer la presente excepción, **siempre de forma muy respetuosa**, me permito retomar apartes de la sentencia N°. 204 fechada 21 de Noviembre de 2016 y proferida por el señor Juez dieciséis (16) Administrativo de Cali valle, en un caso por señalamientos médicos, similar al que nos convoca el día de hoy, providencia esta en la que al referirse precisamente sobre el fallecimiento de persona privada de la libertad y en relación a la prestación del servicio médico, señaló:

(...)

"...14.4. Ahora bien, es oportuno recordar que en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo<sup>5</sup>, lo cual se explica porque, **aunque producidos durante la reclusión, no se produjeron en virtud de esta última, de ahí que sea necesario demostrar la existencia de la falla en el servicio para comprometer la responsabilidad del Estado.**

14.4. En este sentido debe anotarse que el deber de protección asumido por el Estado en virtud de las relaciones de especial sujeción en las que, respecto de él, se encuentran los reclusos, **no puede traducirse en una premisa según la cual las autoridades penitenciarias deban ser declaradas responsables por todo detrimento que, en su salud,**

<sup>5</sup> En sentencia de la Subsección "A" de 8 de febrero de 2012, exp. 22943, C.P. Hernán Andrade Rincón se sostuvo que cuando lo que "se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, la sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla en el servicio".

**sufra el interno, pues el mismo puede provenir de causas extrañas que, de no originarse específicamente en las condiciones de detención, constituyen causales de exoneración”<sup>6</sup>**

(...)

Desconocen los actores, que luego del proceso de escisión ordenado en el INPEC a partir del decreto ley 4150 de 2011 y las funciones otorgadas a los empleados de dicho instituto, evidenciadas en el Decreto ley 4151 de 2011, todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud en las personas privadas de la libertad, ya no se encuentra en cabeza de esta entidad demandada, sino que por el contrario, tal como lo ordenara precisamente la ley 65 de 1993, dicha responsabilidad, se encontraba en su momento en cabeza de CAPRECOM hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO-FIDUPREVISORA y el Consorcio Fondo de Atención en salud para la población Privada de la Libertad PPL 2015, creado específicamente para esa función.

Para tal efecto, me permito traer como referencia, el contenido de la **Circular 000005**

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D.C., veintiocho (28) de Agosto de dos mil catorce (2014) Radicación Numero 25000-23-26-000-2000-00340-01 (28832). Actor: ANDREAS ERICH SHOLTEN. Demandado: NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO-INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC. Referencia: REPARACION DIRECTA.



de fecha 21 de enero de 2016, proferida por el señor Ministro de Salud y Protección Social, dirigida a **"Entidades territoriales, Empresas sociales del Estado y demás prestadores de servicios de salud de las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del INPEC"**, circular esta, relacionada con el tema de la prestación del servicio de la salud en dicha población, todo ello a mencionarse:

(...)

Este Ministerio, en su calidad de órgano rector del sector salud y protección social y en el marco de las competencias previstas en el Decreto ley 4107 de 2011, exhorta al cumplimiento cabal y oportuno de la normatividad vigente que impone adelantar todas las gestiones tendientes a garantizar la prestación de los servicios de salud de la población carcelaria cargo del INPEC y que vienen prestándose temporalmente por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM-AICE en liquidación en virtud de un contrato suscrito entre el patrimonio Autónomo PAP Consorcio del FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 contratado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) y la Fiduciaria La Previsora – FIDUPREVISORA S.A. como liquidador de CAPRECOM EICE en liquidación, con fundamento en los Decretos 2245 y 2519 de 2015.

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014 se reformaron varias disposiciones de la ley 65 de 1993- Código Penitenciario y Carcelario, en especial aquellas relativas a la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad, creando el Fondo Nacional de Salud de las personas Privadas de la libertad como cuenta especial de la Nación sin personería Jurídica y cuyos recursos deben ser manejados por la entidad fiduciaria contratada por la Unidad de

## Servicios penitenciarios y Carcelarios USPEC.

En el marco de lo anterior, para el manejo de tales recursos se suscribió el contrato de fiducia mercantil entre la USPEC y el consorcio del FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 que permite el uso de los recursos para la atención en salud de la población reclusa a cargo del INPEC. A su vez, el consorcio FONDO DE ATENCION EN SALUD PPL 2015, quien actualmente administra los recursos del Fondo y garantiza el pago de tales servicios, firmó un contrato con FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A. como liquidador de la caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM EICE en liquidación, el cual tiene por objeto "contratar la prestación integral de servicios de salud, para la población privada de la libertad a cargo del Instituto Nacional penitenciario y Carcelario INPEC, con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Salud para la Población privada de la libertad"<sup>7</sup>.

(...)

Así las cosas los encargados directos y con competencia funcional frente a la prestación del servicio de salud, eran precisamente los funcionarios CAPRECOM hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO-FIDUPREVISORA y el Consorcio Fondo de Atención en salud para la población Privada de la Libertad PPL 2015.

A través del Decreto 1141 de 2009 (Conc. Art. 14 Lit. "m" de la Ley 1122 de 2007), se reglamentó la afiliación de la población reclusa al sistema de seguridad social en salud,

<sup>7</sup> Circular N°. 00005 de fecha 21 de Enero de 2016, suscrita por el señor Ministro de Salud y de la protección Social ALEJANDRO GAVIRIA URIBE.



disponiéndose la afiliación a este sistema de los internos que se encontraran en establecimientos de reclusión a cargo de la VIGILANCIA del INPEC, y esto se haría a través del régimen subsidiado y con una entidad promotora de salud de naturaleza pública y del orden nacional (Art. 2), exceptuándose de lo anterior, a quienes estuvieran afiliados al régimen contributivo o siempre que cumplan con los requisitos para mantenerse en esos regímenes.

Es así como en cumplimiento de ese mandato, el INPEC afilió a la población carcelaria al régimen subsidiado en salud en la entidad promotora de salud que fuera de naturaleza pública y del orden nacional: CAPRECOM EPS, entidad descentralizada de orden nacional (Empresa Industrial y Comercial del Estado – Ley 314 de 1996 Art. 2).

Con la expedición del Decreto 2490 de 2012, se le asignó a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, la facultad de determinar la Entidad Promotora de Salud (Pública o privada<sup>8</sup>) a donde se afiliarán a los reclusos bajo custodia del INPEC<sup>9</sup>.

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Penitenciarios y Carcelarios<sup>10</sup> USPEC tiene personería jurídica, y con unas funciones determinadas en la norma, que en su momento fueron del INPEC, y que por disposición del Decreto 4159 de 2011 ya no le corresponde.

En ese orden de ideas, no le compete al INPEC el manejo de sistema y prestación del servicio de salud a la población carcelaria (ACTIVIDADES ASISTENCIALES), ni

<sup>8</sup> A partir de la vigencia del citado decreto, se permite contratar la E.P.S. de carácter privado.

<sup>9</sup> Artículo 2. Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la población reclusa a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- se realizará al Régimen Subsidiado a través de una o varias Entidades Promotoras de Salud Públicas o Privadas, tanto del Régimen Subsidiado como del Régimen Contributivo, autorizadas para operar el Régimen Subsidiado, que determine la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-. Dicha afiliación beneficiará también a los menores de tres (3) años que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión.

<sup>10</sup> ARTÍCULO 2°. CREACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA Créase una Unidad Administrativa Especial denominada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, cuyos objetivos y funciones serán los escindidos.

## la de escoger la Entidad Promotora de Salud a donde serán afiliados.

Los recursos con que se financia el sistema de seguridad social en salud para los internos a cargo del INPEC son los previstos en el presupuesto general de la Nación (Art.66 Parág. 1 Ley 1709 de 2014), que serán manejados a través de una cuenta especial (Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad – sin personería jurídica), cuyo contrato de fiducia será suscrito por la USPEC.

En consonancia con lo anterior, por medio de la Ley 1709 de 2014, se le asignó a la USPEC y al Ministerio de Salud y Protección Social, el diseño del modelo de atención en salud de la población privada de la libertad (Art. 66), por ello, la USPEC tiene a su cargo la adecuación de la infraestructura en los establecimientos penitenciarios y carcelarios para la atención primaria e inicial de los internos.

Seguidamente con la entrada en vigencia de la Ley 2011 de 2007 se permitió la participación de Entidades Promotoras de Salud tanto del régimen subsidiado como del contributivo en lo relacionado con una adecuada y oportuna prestación de servicios de salud a la población privada de la libertad en el país, con esta posibilidad surgen los decretos reglamentarios N°. 1141 de 2009 y el 2777 de 2010, en los que se reglamenta todo lo relacionado con la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud al personal interno en los diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, así como la organización de la prestación del servicio de salud para esta población, definiéndose por tal motivo en el artículo Artículo 3°. del decreto 2777, lo relacionado con esta última necesidad de organización de la salud, todo ello al señalar que:

“Artículo 3°. Modifícase el artículo 5° del Decreto 1141 de 2009, el cual quedará así: “Artículo 5°. Organización de la prestación de servicios de salud. La Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional que sea responsable del aseguramiento de la población reclusa en los establecimientos de reclusión a cargo





del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, deberá garantizar la prestación de servicios de salud en función del plan de beneficios, teniendo en cuenta las condiciones de seguridad requeridas por dicha población, para lo cual deberá coordinar lo pertinente con el Instituto.

Parágrafo 1°. Las áreas de sanidad de los establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, en los que se presten servicios de salud, deberán cumplir con lo establecido en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, para lo cual el Ministerio de la Protección Social definirá los plazos y condiciones para tal fin..." (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Así las cosas con la entrada en vigencia de la Ley 2011 de 2007 y sus decretos reglamentarios, esa responsabilidad absoluta en cabeza del INPEC, en relación con la prestación de servicio de salud en el personal privado de la libertad, desapareció por completo, siendo radicada en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud.

Finalmente en procura de comprobar ante ese despacho que en el presente proceso, opera la falta de legitimación material en la causa por pasiva, por considerarse que lo relacionado con la prestación del servicio de salud DE FORMA ASISTENCIAL, no es una función o deber propia de los agentes penitenciarios, me permito hacer referencia del contenido de la **Resolución N°. 5159 de fecha 30 de Noviembre de 2015**, emanada del Ministerio de Salud y Protección Social, cuando en su artículo 4 señala las condiciones de calidad en la que deben prestarse los servicios de salud a las personas privadas de la libertad por parte de los prestadores extramurales de dicho servicio.

"Artículo 4. Condiciones de Calidad en la Prestación de Servicios de Salud. Los Prestadores Extramurales deberán cumplir con el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad definido en el Decreto 1011 de 2006 y las normas que lo desarrollan, modifiquen o sustituyan.



Las Unidades de Atención Primaria y Atención Inicial de Urgencias de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en los cuales se preste la atención intramural, cumplirán las condiciones de calidad que se definan en los Manuales Técnico administrativos que expida el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario — INPEC en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios — USPEC.”

Seguidamente dentro del **Modelo de Atención en Salud para la Población privada de la libertad bajo la Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional penitenciario y Carcelario INPEC** (se anexa), establecido en la resolución Ibídem, se establece en su numeral 1.2 las FUNCIONES DEL INPEC, estableciendo como tales y en relación a dicha prestación del servicio de salud, las siguientes:

(...)

## 1.2. FUNCIONES DEL INPEC

En desarrollo de las funciones previstas en el Decreto Ley 4151 de 2011 y demás leyes que fijen sus competencias, corresponde al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario — INPEC, en relación con la prestación de los servicios de salud de la población privada de la libertad:

1. Mantener y actualizar el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) en relación con la información referida a la población privada de la Libertad, la información de interés en salud pública y toda aquella que sea necesaria para la adecuada prestación y control de los servicios de salud.
2. Garantizar la articulación e interoperabilidad entre el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) y los sistemas de información de los prestadores de servicios de salud y los de la USPEC.
3. Garantizar las condiciones y medios para el traslado de personas privadas de la libertad a la prestación de servicios de salud, tanto al interior de los establecimientos de reclusión como cuando se requiera atención extramural,

de conformidad con los artículos 2.2.1.11.4.2.3. y 2.2.1.11.4.2.4. del presente capítulo, y apoyar las actividades de referencia y contrarreferencia.

4. Reportar al Ministerio de Salud y Protección Social y a la entidad fiduciaria la información de las personas bajo su vigilancia y custodia en los términos y condiciones requeridos.
5. Expedir, en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios — USPEC- los Manuales Técnicos Administrativos para la prestación de servicios de salud que se requieran conforme a las particularidades diferenciales de cada establecimiento de reclusión, acorde con el Modelo de Atención en Salud para la Población Privada de la Libertad que se establezca.
- 6 Las demás que sean necesarias para la prestación de los servicios de salud de la población privada de la libertad.

(...)

Obligaciones administrativas estas que en nada se encuentran relacionadas con la prestación asistencia del servicio de salud, obligación esta última propia del prestador del servicio.

Se considera pertinente, insistir que al tenor de lo ordenado por la ley 1709 de 2014 y el decreto 2496 de 2012, es responsabilidad directa de la entidad contratada para la prestación del servicio en salud a la población privada de la libertad, para el caso en comento CAPRECOM EPS S, la prestación integral de dicho servicio en salud, para ello se deberá señalar el contenido de los oficios N°. 201531001705161 de fecha 08 de Octubre de 2015,

emanado del Ministerio de Salud y protección Social, y el oficio N°. 201531001744441 <sup>11</sup> de fecha 16 de octubre de 2015, emanado de la Dirección de Regulación de la Operación del aseguramiento en salud del ministerio de salud, así como el contenido del oficio N°. OFI15-0026161-DMJ-1000 fechado 14 de Octubre de 2015, emanado del Ministerio de Justicia y del Derecho, con los que se definen obligaciones propias de CAPRECOM, para con las personas privadas de la libertad. (Mismos que se anexan a la presente contestación).

En conclusión desde la óptica de esta defensa, se considera que al interior de las presentes actuaciones, existe rompimiento del nexo causal, debido a que, tal como ya se ha señalado, el INPEC con su actuar no propició los hechos en que funda sus pretensiones el hoy actor, por el contrario cumplió con lo estipulado por las anteriores normas, corresponde a la parte demandante comprobar esos señalamientos y acusaciones realizadas en el cuerpo de su escrito, relacionadas tal como ya se ha mencionado con la presunta falla en el servicio médico, para ello que mejor que recordar lo dicho por el Consejo de Estado, con relación a la carga de la prueba.

” En virtud de la incorporación efectuada por el ordenamiento procesal administrativo en materia probatoria respecto de las normas del C. de P. C.,

<sup>11</sup> ...que la ley 1122 de 2007 determinó en el literal m) del artículo 14 que la población reclusa sería afiliada al Sistema general de Seguridad Social en Salud. Esta disposición legal fue reglamentada mediante el decreto 2496 de 2012, el cual estableció que dadas las condiciones de la población reclusa y las características del Sistema General de Seguridad Social en salud, la misma debía estar filiada al régimen subsidiado a través del pago de una UPC que reflejará las condiciones especiales de esta población...**con base en estas disposiciones legales reglamentarias vigentes CAPRECOM EPS-S tiene en la actualidad la obligación legal de garantizar la prestación de servicios de salud a la población carcelaria a cargo del INPEC.** (Negrilla fuera del texto original).



también en los procesos de esta Jurisdicción opera el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del mencionado Código, de conformidad con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", esto es que no basta con afirmar en la demanda la existencia de una responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por incumplimiento de las obligaciones y deberes legales a su cargo, para que el juez profiera una condena en su contra; sino que se exige, como requisito sine qua non, que la parte actora aporte al proceso las pruebas necesarias para acreditar las afirmaciones que hizo en su demanda y que le permiten imputar tal responsabilidad a la entidad demandada<sup>12</sup> (texto en negrilla y subrayado, fuera del texto original).

En síntesis, dentro de las presentes actuaciones, opera la figura de la FALTA DE LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA, ya que no le correspondía al INPEC para el año 2015 y subsiguientes, lo relacionado con la prestación del servicio médico en la población que ostenta la calidad de privada de la libertad (**SERVICIO ASISTENCIAL**).

## **2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL INPEC CON RELACION AL DAÑO ANTIJURIDICO.**

La acción o la omisión necesaria al momento de pretender nivel de responsabilidad en cabeza de las autoridades penitenciarias, en el presente medio de control, no quedarán debidamente comprobados, para tal efecto se deberá señalar que hasta este momento no se ha determinado por parte del actor, la ocurrencia del DAÑO como consecuencia de acción u omisión encabeza de los funcionarios del INPEC.

<sup>12</sup> En relación con la carga de la prueba, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17.366. y **CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA- Consejero ponente: MAURICIO F. JARDO GOMEZ- Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03365-01(18271).** (texto en negrilla y subrayado, fuera del texto original).

Ello sin dejar de lado, la existencia de esa falta de legitimación material en la causa por pasiva pues el INPEC, para el momento de la detención del antes referenciado, no se encontraba con la obligación de la prestación del servicio asistencial en la población reclusa.

Unido a lo anterior, no existe dentro del presente expediente, prueba realmente objetiva, veraz y tangible, que permita demostrar ante ese honorable despacho, que en lo alegado por el señor RICHARD ADRIAM GAMBA ZAPATA, estuvo involucrada nivel de negligencia alguna, por parte de las autoridades penitenciarias.

Mucho menos se ha demostrado que lo ocurrido al mismo, ya tenido su origen en un inadecuado procedimiento médico, la parte actora, se ha orientado a señalar la existencia de un procedimiento de Inyectología inadecuado por parte de una funcionaria del CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD para el año 2016, más exactamente la señora enfermera Jefe MARTHA ISABEL DUQUE HOYOS y que como consecuencia del mismo se generó en dicha persona, un daño antijurídico en su salud, sin embargo se considera que dichos señalamientos (generación del daño), no han sido debidamente comprobados, no existe soporte probatorio que determinar sin lugar a duda alguna, la existencia de relación de causalidad entre el daño alegado y las acciones de las entidades por el demandadas, entre estas el INPEC.

Por lo antes descrito no se aceptan los señalamientos infundados y que carecen de acervo probatorio, presentados por los demandantes y relacionados precisamente con condiciones negligencia e indebida prestación del servicio médico por parte del INPEC.

3. EN CONFORMIDAD DEL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO ANTIJURÍDICO ALLEGADO POR EL SEÑOR RICHARD ADRIAM GAMBA ZAPATA Y LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO MEDICINA DE LOS FARMACOS, SEÑALADOS EN EL PRESENTE EXPEDIENTE, POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.



El tercero de los requisitos necesarios al momento de pretender nivel de responsabilidad en contra de la entidad demandada, es la existencia de Relación de causalidad entre el daño alegado y las actuaciones u omisiones de los funcionarios del INPEC, requisito este que se considera no será debidamente comprobado, ello en atención a la falta de legitimación material en la causa por pasiva ya desarrollada en acápite anterior y en atención a las competencias funcionales del INPEC y su funcionarios (competencias estas directamente relacionadas con la vigilancia y seguridad de los privados de la libertad, lo que no responsabilidad asistencial en prestación del servicio médico).

Lo ampliamente señalado en la presente contestación de demanda nos permite ubicarnos dentro de la inexistencia de ese nexo de causalidad requerido, pues la prestación del servicio médico no corresponde al INPEC, más aún, cuando al hablar de falla médica, se tienen definidos presupuestos jurisprudenciales y que para el caso en comento, en nada se relacionan con las funciones que la ley 65 de 1993 y la ley 1709 de 2014 y el Decreto 407 de 1994, han endilgado al instituto nacional penitenciario y carcelario INPEC, para ello que mejor que recordar lo dicho por el Consejo de Estado, en tratándose de RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FALLA MEDICA, todo ello al señalar:

(...)

FALLA MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / ACTO MEDICO - Carácter complejo. Carácter integral / ACTO MEDICO - Acto médico propiamente dicho / ACTO MEDICO COMPLEJO - Actos anexos

**La responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las**

**enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.**

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado "acto médico complejo", la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste, que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes. Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico, en tanto permite establecer la cobertura del concepto "responsabilidad médica".

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la cobertura del concepto "responsabilidad médica", Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp. 12165 y 10 de agosto de 2000, exp. 12944.

**RESPONSABILIDAD MEDICA - Daño atribuible a causas naturales / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Daño atribuible a causas naturales / FALLA MEDICA - Protocolos médicos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Protocolos médicos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Protocolos médicos**

*En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos*



resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado. Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente.<sup>13</sup> (Negrilla y subraya, fuera del texto original).

(...)

Lo anterior para significar que durante los años 2015, 2016 y subsiguientes, no era el INPEC, la entidad encargada de la prestación del servicio de salud en las personas privadas de la libertad, entre ellos el hoy actor, no era este instituto, el encargado de la contratación del personal médico y de enfermería encargados de esas obligaciones asistenciales, hoy reclamadas, mucho menos era el responsable de las valoraciones,

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011)- Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07622-01(19846) - actor: OSCAR RESTREPO CARDONA Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- Referencia número: ACCION DE REPARACION DIRECTA

*tratamientos médicos y de enfermería, del suministro de medicamento, diagnósticos, entre otros, toda vez que dichas actividades y/o funciones, eran propias de los funcionarios de CAPRECOM hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PARA LA POBLACION PRIVADA DE LA LIBERTAD, UT-UBA Y FIDUPREVISORA.*

*Además de lo anterior y retomando el contenido de los decretos N°. 1141 de 2009 y el 2777 de 2010, en los que se desliga de la responsabilidad de la prestación del servicio de salud al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, se logra concluir que no existe ese nivel de responsabilidad en cabeza del Instituto penitenciario hoy demandado, pues no se logran apreciar esos presupuestos de responsabilidad objetiva, pretendidos por el hoy actor en el cuerpo de la demanda, si bien es cierto nuestra Constitución Política establece en su articulado, más exactamente en el artículo 90 que a la letra dice:*

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

Se debe concluir que no se encuentran debidamente estructurados y comprobados los elementos propios necesarios y requeridos al momento de pretenderse la comprobación de los niveles de responsabilidad de las autoridades penitenciarias.

Los agentes del establecimiento penitenciario de la ciudad de Manizales Caldas, cumplieron a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones y funciones de vigilancia, y traslado de personal interno y más exactamente en lo relacionado con el traslado a las diferentes citas médicas ordenadas por el área de sanidad y el personal médico y de enfermería pertenecientes a CAPRECOM hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PARA LA POBLACION PRIVADA DE LA LIBERTAD, UT-UBA Y FIDUPREVISORA.

Contrario a esto no existe en el presente expediente prueba documental o testimonial, que permita inferir o comprobar incumplimiento alguno por parte de las autoridades



penitenciarias de este establecimiento carcelario, en lo relacionado con sus funciones de vigilancia y control.

Además de lo anterior, se considera viable retomar el concepto aportado por el autor Héctor Patiño, en la revista de Derecho Privado N°. 14 del 2008, con relación a la figura del "nexo de causalidad", concepto este que señala:

(...) "I. EL NEXO DE CAUSALIDAD. Es sabido que para que exista la responsabilidad, se requieren tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

...consideramos que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva. El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción. Esa es la razón por la cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad, cierto, un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos una culpa, lo que de suyo, no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió la culpa. Por fortuna el Consejo de Estado ha superado la discusión sobre la presunción de

culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la Jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de causalidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto, la relación causal) mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad...

El nexo de causalidad como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de Mayo de 2002 se dijo:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la cuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad **eficiente y determinante...**<sup>14</sup>

...Lo que la Jurisprudencia pretende evitar es que ante la imposibilidad de probar la relación causal, debido a la alta complejidad presente en algunas áreas de la medicina se impida que el actor se quede sin reparación, pues al no probar adecuadamente el nexo de causalidad sus pretensiones

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 02 de mayo de 2002, exp. 13477.



estarían llamadas al fracaso... (Negrilla y subraya, fuera del texto original).  
(...)<sup>15</sup>

Ahora bien, luego de desarrollar la figura del "rompimiento del nexo de causalidad", en el presente caso de estudio, me permito retomar lo dicho por el Consejo de Estado, con relación a **la necesidad de analizar exactamente qué carga le corresponde a la entidad estatal**, para entrar a definir de esta forma, el nivel de responsabilidad existente, todo ello al señalarse que:

(..)

Tratándose del Régimen de responsabilidad por los daños causados a personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, **la jurisprudencia inicialmente privilegió el régimen de responsabilidad objetivo** bajo la premisa central de que las entidades penitenciarias y carcelarias asumían frente al recluso una obligación de resultado, en el entendido que implicaba devolverlo a la sociedad en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de ser privado de la libertad. **Sin embargo, la jurisprudencia actual, ha favorecido y potenciado el régimen de responsabilidad subjetivo bajo el título de imputación de falla del servicio, pues**, en rigor se evidencia el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío del servicio carcelario. En estos casos, el Estado asume obligaciones de custodia y vigilancia frente a las personas privadas de la libertad, y por esa vía garantiza la seguridad de los internos. Es así como en sentencia de 23 de abril de 2008, la Sala precisó los alcances de dicho régimen de responsabilidad en materia carcelaria y bajo este escenario concluyó lo siguiente:

"En suma, en estos eventos el título de imputación por excelencia corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento

<sup>15</sup> REVISTA DE DERECHO PRIVADO N°. 14 DE 2008. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y CAUSALES DE EXONERACION. HECTOR PATIÑO.