

**El daño a la salud como perjuicio autónomo en los casos de responsabilidad
extracontractual del Estado Colombiano**

Claudia Ledy Flórez Cardona

Oscar Andrés Doncel Álzate

Informe final de Monografía de Compilación para Optar al Título de Abogado

Asesora

Angy Plata Álvarez

Universidad Autónoma Latinoamericana

Programa De Derecho

Medellín

2019

Resumen

Al tenor del artículo 90 constitucional, el Estado colombiano responderá por los daños antijurídicos causados a sus administrados por la acción u omisión de las autoridades públicas y que no están en el deber jurídico de soportar.

Para efectos de reparar, indemnizar o compensar los perjuicios ocasionados a partir del daño antijurídico mencionado, el Consejo de Estado, como máxima Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo reconoce la figura de la reparación integral, y para el efecto dentro de su vasta jurisprudencia reconoce dos categorías principales de perjuicios: los materiales o patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) y los inmateriales o extrapatrimoniales (daño moral y hoy daño a la salud, luego de haber reconocido perjuicio fisiológico, daño a la vida en relación y alteración de las condiciones de existencia). Teniendo en cuenta lo anterior, el propósito de la presente monografía de compilación es analizar la evolución o involución jurisprudencial que ha tenido el perjuicio del daño a la salud como un perjuicio inmaterial autónomo en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

Para el efecto, se realizó una investigación de tipo jurídico-documental, basada en el método histórico-lógico y en la técnica de análisis jurisprudencial. Lo anterior, para concluir que la responsabilidad extracontractual del Estado, se origina cuando el daño antijurídico ocurre generando un rompimiento al principio de igualdad frente a las cargas públicas, generando en la víctima una carga que no está en deber jurídico de soportar. Igualmente, permitiendo que la responsabilidad del Estado se analice e impute no sólo a partir del régimen de responsabilidad

subjetiva (falla en el servicio), sino que además pueda hacerse desde la óptica de los títulos de imputación de responsabilidad objetiva como el riesgo excepcional y el daño especial.

Actualmente, la alta Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo reconoce dentro de la categoría de los perjuicios inmateriales, el daño a la salud, a través de unos criterios de determinación establecidos en sentencias de unificación, el cual resulta como producto del devenir de la jurisprudencia, según la cual a partir de otras denominaciones (perjuicio fisiológico, daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia) se reconocía un perjuicio inmaterial autónomo indemnizable, tendiente a resarcir la modificación de la integridad corporal y las consecuencias que esa modificación genera en otras esferas de la vida de las personas.

Palabras clave: responsabilidad extracontractual, daño a la salud, perjuicio inmaterial, responsabilidad estatal, reparación integral.

Abstract

In accordance with constitutional article 90, the Colombian State will be liable for the unlawful damages caused to its administered by the action or omission of the public authorities and that are not in the legal duty to bear.

For the purpose of repairing, indemnifying or compensating the damages caused from the aforementioned unlawful damage, the State Council, as the highest Corporation for Contentious Administrative Jurisdiction, recognizes the figure of integral reparation, and for the purpose within its vast jurisprudence recognizes two main categories of damages: material or property (loss of profit and emerging damage) and immaterial or extrapatrimonial (moral damage and today damage to health, after having recognized physiological damage, damage to life in relation to and alteration of the conditions of existence). Taking into account the foregoing, the purpose of this compilation monograph is to analyze the evolution or jurisprudential involution that has been detrimental to the damage to health as an autonomous immaterial damage in cases of non-contractual liability of the State.

For this purpose, a legal-documentary investigation was carried out, based on the historical-logical method and the jurisprudential analysis technique. The foregoing, to conclude that the non-contractual liability of the State, arises when the unlawful damage occurs generating a break at the principle of equality against public charges, generating in the victim a burden that is not in legal duty to bear. Likewise, allowing the responsibility of the State to be analyzed and imputed not only based on the regime of subjective responsibility (failure in the service), but also that it

can be done from the point of view of the titles of imputation of objective responsibility such as exceptional risk and special damage

Currently, the high Contentious Administrative Jurisdiction Corporation recognizes within the category of non-material damages, damage to health, through certain criteria established in unification sentences, which results from the future of jurisprudence, according to which from other denominations (physiological damage, damage to the life of relationship and alteration to the conditions of existence) an indemnifiable autonomous immaterial damage was recognized, tending to compensate the modification of the corporal integrity and the consequences that this modification generates in other spheres of people's lives.

Keywords: non-contractual liability, health damage, immaterial damage, state responsibility, comprehensive reparation.

Contenido

	Pág.
1. Introducción	8
2. Análisis de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, según los pronunciamientos jurisprudenciales proferidos en Colombia	24
2.1. Breve Acercamiento Histórico sobre la Responsabilidad Extracontractual en Colombia	24
2.2. Sistema de Imputación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado	28
2.2.1. El daño antijurídico y su imputación a la luz del artículo 90, constitucional	29
2.2.2. Imputación del daño antijurídico al Estado colombiano.....	34
3. Tratamiento jurídico del daño a la salud como perjuicio inmaterial autónomo en los casos de Responsabilidad Extracontractual del Estado	44
3.1. El daño como perjuicio inmaterial.....	44
3.2. El daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	47
4. Conclusiones	63
5. Referencias	68

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Criterios de liquidación del daño a la salud.....	59

1. Introducción

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, la responsabilidad del Estado colombiano, se debatió jurisprudencialmente de forma progresiva, a través de varios períodos históricos con características particulares. En un inicio, se consolidó la idea de soberanía del Estado y su irresponsabilidad por los daños causados con ocasión de su actividad. En un segundo período, se aplicaron las normas del Código Civil para imputar la responsabilidad estatal bajo los conceptos de la *culpa in eligiendo* y *culpa in vigilando*, con respecto a sus agentes. Tiempo después, se consideró que la culpa de los agentes comprometía a la persona jurídica del Estado y posteriormente, se consagró la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio a su cargo y para el año 1941, se asignó al Consejo de Estado la competencia para conocer las acciones de reparación interpuestas contra las entidades públicas (González Noriega, 2009). Con la Constitución Política de 1991, se consagró la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, en su artículo 90, el cual contempla una Cláusula General de Responsabilidad que preceptúa:

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

En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Constitución Política de Colombia, 1991).

Se observa que la existencia del daño antijurídico es el requisito esencial para establecer y endilgarla responsabilidad del Estado, lo que equivale a decir que examina y valora el resultado más la causa del hecho dañoso. En este sentido, el carácter de antijurídico se entiende como todo aquello que una persona no está en el deber de soportar. Para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, adicional al daño, debe existir entonces un nexo de causalidad, es decir, un vínculo entre el hecho dañoso y el daño antijurídico, así como una acción u omisión imputable al Estado, efectuada por una entidad de naturaleza pública o, una persona jurídica privada que se encuentre desarrollando actividades estatales.

De acuerdo con lo anterior, establecida e imputada la responsabilidad al ente Estatal, le corresponderá al mismo, de acuerdo a la disposición judicial que lo ordene, proceder con la reparación, indemnización o compensación de los perjuicios causados como consecuencia del daño antijurídico irrogado.

Para efectos de determinar los perjuicios a indemnizar, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*, establece la **reparación integral**, en los siguientes términos: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral y equidad** y **observará los criterios técnicos actuariales**”*.

Si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una disposición clara que contemple o disponga cuáles son las categorías y parámetros para garantizar la reparación

integral, con la norma en cita se puede afirmar que corresponde un deber propender por la misma para el operador encargado de administrar justicia.

En Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de forma pacífica reconocen la existencia de perjuicios materiales o patrimoniales y perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, a reconocer dentro de un proceso de responsabilidad.

De forma unánime, las tres Cortes, advierten que los primeros (materiales) se han desarrollado a través de dos subcategorías denominadas lucro cesante y daño emergente. Mientras que en los segundos (inmateriales) únicamente coinciden en el reconocimiento del perjuicio moral, como aquel que afecta los sentimientos de la víctima debido al dolor, angustia o depresión que experimenta por un daño determinado.

Posteriormente, a partir del año 1993, el Consejo de Estado mediante sentencia expedida el 6 de mayo de dicha anualidad, comenzó a reconocer la existencia de otra forma de perjuicio extrapatrimonial diferente al *pretium doloris*, bajo la denominación de perjuicio fisiológico o a la vida en relación; entendido como la imposibilidad de la víctima debido al daño sufrido, de desarrollar normalmente su vida en sociedad a consecuencia del menoscabo de su salud o integridad psicofísica (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 7428, C.P. Julio César Uribe Acosta, 1993).

Desde esta perspectiva, el Estado colombiano, a través del Consejo de Estado, en su interés por consolidar una postura unánime y eficiente frente al principio de reparación integral originado con la modificación de una unidad corporal o de la integridad psicofísica de la víctima; ha incluido un nuevo perjuicio a la clasificación de los perjuicios materiales e inmateriales consagrados tradicionalmente, a través de la jurisprudencia nacional, esto, con la finalidad de

evitar la utilización indebida del concepto fisiológico, originada por una interpretación errónea de la jurisprudencia francesa (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 10421, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 1997).

Para determinar los perjuicios implicados con el daño corporal y facilitar su respectiva valoración, el Consejo de Estado ha evolucionado su postura jurisprudencial, con respecto al reconocimiento de los perjuicios inmateriales que se derivan de la lesión a la integridad personal; por este motivo, “ha cambiado de nombre y contenido, de perjuicio fisiológico a daño a la vida de relación, luego a alteración grave de las condiciones de existencia¹ y, por último, al daño a la salud” (Gil Botero, 2012, p. 89).

En este sentido, se consideró el daño a la salud², como un perjuicio proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, el cual incluye otros daños como el estético, el sexual y el psicológico³. Con esta nueva categoría “se conseguiría una **sistematización del daño** no patrimonial (...) y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado” (negrillas fuera del texto) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 38.222, C.P. Enrique Gil Botero, 2011, p. 8)⁴; lo que ha dado lugar a la definición de estándares indemnizatorios precisos y objetivos, a partir de una serie de vicisitudes históricas y enmarcadas en la constitucionalización del derecho de daños.

¹Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente 15 657, aclaración de voto; Sentencia del 15 de agosto de 2007, Expediente AG 2003.385, Aclaración de voto; y sentencia del 1 de diciembre de 2008, Expediente 17 744, Aclaración de voto.

²Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de febrero de 2010, expedientes 18034 y 18433, Consejero Ponente Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio, respectivamente.

³“Compartimos la apreciación de la Sala en cuanto considera que el ‘daño a la salud’ es aquel que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (Constitución Política de Colombia, artículo 49), sin que sea procedente otro tipo de daños (v.gr. la alteración a las condiciones de existencia), p. 42.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Expediente 38 222, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Salvamento de voto de Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo rojas Betancourt.

⁴Cfr., Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de febrero de 2010, Expedientes 18 034 y 18 433, Consejero Ponente Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio. Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Expedientes 19.031. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

De acuerdo con lo anterior, se pretende a través de la presente monografía de compilación, responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es la evolución o involución generada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto al perjuicio denominado daño a la salud reconocido como perjuicio autónomo en los procesos de Responsabilidad Estatal?

Desde esta perspectiva, es pertinente exponer la evolución de la Responsabilidad Estatal, la cual como figura jurídica tiene origen en Roma. Sin embargo, la Responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos no se concibió sino hasta finales del Siglo XIX, pues hasta entonces se consideraba que el interés del Estado era superior o absoluto, por lo que eran los funcionarios quienes debían responder por los daños ocasionados por su conducta, de acuerdo con los principios de la responsabilidad civil que regían entre particulares (Soler Pedroza & Jiménez, 2009). De acuerdo con Penagos (1997):

Antiguamente existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad: THE KING CAN DO NOT WRONG. Principio que los defensores de dicha teoría de la irresponsabilidad del gobernante resumían diciendo que “lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”, consideraciones que el derecho administrativo rechaza de plano, por antijurídicas (p. 2).

Es solo después de terminada la Primera Guerra Mundial, en el año 1930, cuando surgen nuevas teorías en procesos en los que se buscaba obtener indemnizaciones por hechos y omisiones de servidores del Estado que ocasionaron daño a particulares. En este sentido, teorías como la de responsabilidad objetiva, subjetiva, de interés preponderante, de riesgo provecho,

entre otras; estuvieron influenciadas por la reconocida época de la Revolución Industrial, durante la cual se evidenció un significativo auge del maquinismo, gracias a los beneficios que las mismas generaban a la naciente industria en este período, lo que derivó también en un considerable incremento de accidentes, que producía a su vez, daños y perjuicios para sus víctimas, para quienes era difícil demostrar la culpa o dolo con el que se generaba el daño, ocasionado la ausencia de la respectiva indemnización (Irisarri Boada, 2000).

Aunado a lo anterior, Rodríguez (2005a), plantea que una de las primeras proposiciones jurisprudenciales citadas en las diversas fuentes del derecho administrativo, lo fue el Fallo Blanco en Francia en 1873⁵, que además de desligar la responsabilidad del Estado de sistema normativo alguno, y relacionarlo con la actividad del mismo; permitió inferir, una responsabilidad de los funcionarios ligados a la del aparato estatal. En este histórico fallo, a pesar de no estar consagrada en textos legales, el Tribunal de Conflictos estableció la responsabilidad del Estado y que fuera declarado como responsable independientemente de que tal responsabilidad estuviera señalada de manera expresa o de que su actividad fuera considerada de poder o de gestión. Para adoptar esa decisión, el Tribunal se basó en la noción de servicio público, que entró a sustituir las nociones de poder y de gestión y por ello, dictaminó en su momento que:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que

⁵ Fallo que en 1873 resolvió el caso instaurado por el padre de Agnès Blanco, donde una menor resultó lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado. El caso sirvió como precedente a que la responsabilidad del Estado también se extienda a las actividades realizadas por él con ocasión al servicio público y, por tanto, el Tribunal resolvió que debió regirse por las normas del derecho público y no las del código civil, como anteriormente se hacía (Maldonado Gómez, 2007, p.56).

varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares (Parada, citado por Penagos, 1997, p. 3).

Desde entonces se empezó a trazar en la jurisprudencia el límite entre la responsabilidad del Estado y la de sus agentes. Esta distinción resulta relevante dado que la administración pública, al igual que se predica de toda persona jurídica, no actúa por sí misma sino que lo hace a través de agentes o funcionarios (Rodríguez, 2005b).

La delimitación de la responsabilidad del Estado ha tenido una evolución histórica, la cual, según algunos autores como (González Noriega, 2009) se ha dado en dos períodos; el primero corresponde a la etapa de la irresponsabilidad y el segundo período, hace referencia a la regulación de la responsabilidad del Estado, bajo los postulados de Estado Social de Derecho e Intervencionismo del Estado, ambos fundamentados en las normas del Derecho Civil.

Desde esta perspectiva, Ruiz Orejuela (2007), plantea que durante el período de la irresponsabilidad, el Estado representado por el Rey, era considerado como un ser omnipotente en razón del principio de soberanía absoluta; sin embargo, si bien el Estado no era responsable de los daños que se causaran en el ejercicio de su actividad, el agente que hubiera actuado en su nombre sí lo era, cuando esos actos hubieran sobrepasado determinados límites. Igualmente sucedía en los casos en los cuales la ley de manera expresa así lo estableciera, como cuando tuviera aplicación la teoría de los actos de poder y los actos de gestión; de acuerdo con esa teoría, el Estado se consideraba irresponsable frente a daños causados por su actividad en el poder, y en cambio era responsable por perjuicios ocasionados por su actividad de gestión, dado que en ese caso se consideraba tal actuación bajo los parámetros de los particulares.

Por su parte, durante el período de la responsabilidad estatal, basada en las disposiciones del Derecho Civil; el Código Civil se constituyó en el marco normativo aplicable para suplir la falta de un Derecho administrativo, por lo cual los conflictos resultantes al respecto, eran de conocimiento de la jurisdicción civil u ordinaria. En este ciclo, surgieron tres etapas, las cuales se explican a continuación.

- **Responsabilidad indirecta del Estado:** con fundamento en el principio de legalidad, se consideró durante este ciclo, que la responsabilidad se imputaba al Estado, bajo las nociones doctrinarias de la culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*(González Noriega, 2009). En Colombia, este tipo de responsabilidad, se adoptó de acuerdo con los pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia hasta el año 1939, cuando se comenzó a aplicar por analogía el contenido de los artículos 2341 (responsabilidad por hecho propio) y 2347, 2348 y 2349 (responsabilidad por el hecho ajeno) del Código Civil(Jiménez, 2013).

- **Responsabilidad directa del Estado:** durante esta etapa histórica de la responsabilidad estatal, se concibió dicho constructo de una forma conjunta entre los agentes y funcionarios con la persona jurídica del Estado; es decir que, al ser una unidad, la responsabilidad de los agentes también recae en el Estado como persona jurídica(González Noriega, 2009). Para complementar lo anterior, desde la doctrina, se definieron los signos distintivos de esta teoría, a saber:
 - a) La culpa personal del agente compromete de manera inmediata la responsabilidad de la persona jurídica, porque la culpa del agente es su propia culpa. b) Las obligaciones de elección y vigilancia de las personas jurídicas sobre sus agentes no explican la

responsabilidad de éstas. c) La persona moral se libera de responsabilidad mediante la prueba del hecho extraño (culpa de la víctima, caso fortuito o hecho de tercero) y no mediante la prueba de la ausencia de culpa, toda vez que las presunciones no son operantes. d) La persona jurídica y el autor del daño, responden solidariamente; aquélla puede repetir contra éste el valor de la indemnización que hubiere pagado a la víctima, e) El fundamento de esta forma de responsabilidad se halla en el artículo 2341 del Código Civil (Irisarri Boada, 2000, p. 51).

- **Responsabilidad del Estado por falla en el servicio:** como su nombre lo indica, este tipo de responsabilidad, surgió con fundamento en los fines esenciales del Estado, uno de estos, la prestación de servicios públicos; por lo cual, los daños producidos a sus administrados, en el marco de una prestación deficiente e irregular de dichos servicios, da lugar a la respectiva indemnización, sin importar la existencia de una conducta culposa o no por parte del agente (González Noriega, 2009).

Se evidencia que, desde entonces, en la doctrina y en la jurisprudencia se establece la responsabilidad que le corresponde al Estado y a los agentes que lo representan. Se reconoce además, que la administración pública es una persona jurídica y no actúa por sí misma, sino que lo hace a través de agentes o funcionarios, lo que hace necesario diferenciar hasta qué punto los daños que causa le son propios o se generan en el actuar de los funcionarios estatales (Rodríguez, 2005b). Para distinguir entre la responsabilidad de la administración pública y la de sus agentes se debe acudir a la diferencia entre los conceptos de falta del servicio y falta personal. La primera se origina cuando el agente en el cumplimiento de sus funciones, produce una falla en el servicio

y la falta personal concurre cuando el funcionario público, emplea sus funciones para un fin distinto del que le fue designado, generando así, la falla en el servicio público correspondiente (Jiménez, 2013). Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la administración se establece cuando se presenta una falta del servicio, mientras que es la falta personal la que compromete la responsabilidad individual del funcionario (Zarate López, 1996).

De lo anterior se deriva la teoría del servicio público y actividad administrativa, la cual según la intervención del Estado y particularmente de su actividad administrativa dentro de la sociedad ha sido comprendida desde la perspectiva que se conoce como la teoría del servicio público, dado que esta teoría permite realizar distinciones entre la función de los particulares y las actuaciones propias del aparato estatal. Esta teoría tuvo su origen en la jurisprudencia de Francia durante el Siglo XIX, en respuesta a la necesidad de ponderar a esa estructura sólida y con poderes tan amplios, que los particulares se veían frente a ella como si se tratara de súbditos en lugar de ciudadanos (Angulo Martínez, 2012).

De acuerdo con Maurice Hauriou (citado por Velilla, 2005), el servicio público se constituye en la razón de ser de la administración pública, por lo que se convierte en tema fundamental del Estado Moderno; por ello, el servicio público es también tema central del derecho administrativo. Entre tanto, para Rivero (citado por Montaña Plata, 2005) servicio público es “toda actividad de interés general que la administración asume” (p. 168).

El concepto de servicio público ha sido desarrollado desde tres perspectivas diferentes, como son la orgánica, la material y la funcional; desde la primera, el concepto de servicio público corresponde a un organismo de derecho público que existe para prestar un servicio también público, lo que implica una competencia de carácter técnico (Castro Cuenca, 2009). Así mismo, desde la perspectiva material las actividades propias del servicio público son las que se

orientan a la satisfacción de un interés general, son ejercidas por un organismo público y normalmente están por fuera de la órbita del derecho privado (Jezé, 1949). Y desde la perspectiva funcional, el servicio público es definido como una actividad de interés general que se identifica por la existencia de reglas y poderes exorbitantes (Auby & Ducos-Ader, 1971 citados por Castro Cuenca, 2009).

Se observa que el interés general es una expresión común, al referirse a la conceptualización del servicio público, dado que este interés aparece como la razón justificadora de la intervención del Estado; podría afirmarse entonces que el servicio público es entendido como un mecanismo de atención de necesidades de la comunidad, que actúa bajo parámetros específicos y propios de su naturaleza.

Continuando con el desarrollo de este capítulo y según se ha referenciado en acápites previos, la evolución historia sobre la responsabilidad estatal, estuvo en un período de tiempo, regulado por los principios y disposiciones del Código Civil; por lo tanto, también es necesario comprender la responsabilidad civil extracontractual, la cual aparece cuando el daño causado no es originado en una relación contractual, sino en cualquier otra actividad. Esta responsabilidad conocida también como responsabilidad Aquiliana, resulta al causar daño a otra persona traspassando el deber de cuidado que se debe tener, frente a ciertas situaciones o actividades que pueden generar riesgos y posteriores daños a terceros (Hinestrosa citado por Henao, 2000).

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual se puede definir, según lo planteado por Barbero González (2012), “como aquella obligación de resarcir que surge por la causación de un daño antijurídico entre personas que no se encontraban vinculadas por una relación previa” (p. 11). Esta área del Derecho Civil también se conoce como delitos y cuasidelitos civiles

(fuentes de las obligaciones). Las fuentes principales de las obligaciones extracontractuales son el hecho ilícito y la gestión de negocios (Campos Díaz Barriga, 2016).

En este sentido, el daño es el elemento esencial y necesario para que surja la responsabilidad. En este sentido, es posible indicar que doctrinalmente se ha entendido, que:

El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí (...). Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada (Hinestrosa citado por Henao, 2000)⁶.

Según lo anterior, se hace menester entonces establecer la existencia del daño y su alcance en aras de obtener una efectiva y debida reparación, es decir, la traslación patrimonial a favor de la víctima y en contra del responsable o responsables, especialmente cuando se manifiesta en intereses o bienes colectivos. Por tal motivo, es racional entender que el daño sea el punto de partida en el estudio de la responsabilidad. Así pues, el daño es un presupuesto fundamental pero no suficiente para la existencia de la responsabilidad, puesto que es necesaria la presencia de otros elementos que completen su estructura (la imputación fáctica y jurídica).

En este sentido, se puede partir de la definición de Larenz (1959), según la cual el daño lo constituye “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o alteración negativa, o evento determinado que sufre una persona, en tres aspectos fundamentales ya en sus bienes vitales

⁶ En este mismo sentido afirma Henao que “el estudio del daño puede y debe, entonces, aislarse del estudio del conjunto de la Responsabilidad. Se trata de hacer la separación entre la Responsabilidad y el punto de partida”, másadelante el mismo autor afirma “... el daño es un requisito indispensable para que surja la Responsabilidad Civil; es más, es su punto de partida (Henao, 1998, p. 30).

naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio” (p. 193). Henao (1998), por su parte, señala que el daño “es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (p. 139, 140)⁷, y se fundamenta en que todo daño genera una lesión de carácter patrimonial, independientemente que este recaiga sobre un bien material o inmaterial⁸. Por su parte, el tratadista Tamayo Jaramillo(1983), explica, lo siguiente:

(...) el bien sobre el cual recae la acción dañosa recibe el nombre de bien lesionado. a su vez, el menoscabo patrimonial o moral que se derive de la lesión a ese bien, se denomina daño o perjuicio en sentido genérico. por el contrario, debemos denominar como daño en sentido civil, al menoscabo que sufre la víctima, en sus facultades jurídicas para obtener ese beneficio patrimonial o moral que se deriva de una cosa, de una persona, o de la propia integridad personal (p. 39).

El daño puede recaer en la persona y/o en la colectividad, y el perjuicio se realiza en la esfera de lo material, lo inmaterial y/o en el patrimonio. De acuerdo con lo planteado por los hermanos Mazeaud y Tunc(1977):

En el Derecho Romano se sustituyó el término de *damnum* (daño) por la de perjuicio, porque entendieron que lo importante no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación (p. 40).

⁷“En términos vulgares llámese daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre” (Henao, 1998, p. 139, 140). También como “el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos” (Cubides Camacho, 2005, p. 297).

⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE, 2014) dañar es “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia” (num. 1).

Siguiendo este planteamiento es necesario establecer ¿si el daño es sinónimo de perjuicio?, ¿si la distinción entre daño y perjuicio tiene alguna utilidad o no? Doctrinalmente se considera que no es necesario hacer tal distinción por dos razones: la primera, porque para la responsabilidad civil, el daño y el perjuicio, es la afectación del patrimonio de una persona, y en segundo lugar, porque el artículo 2342 del Código Civil contempla la posibilidad que: tiene derecho a reclamar la indemnización no sólo el titular de la cosa afectada (patrimonio) por la acción dañina⁹, sino también la colectividad¹⁰.

Por el contrario, para otros el daño y el perjuicio no son sinónimos, en cuanto al daño se entiende como “la simple destrucción o deterioro de un objeto. Sería perjuicio la disminución patrimonial que sufre una persona como consecuencia de dicho daño”(Henao, 1998, p. 77, 78).En tanto que el perjuicio, según Henao(1998):

Lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada (p. 76).

⁹ “(...). Pero ello no significa para distinguir entre daño y perjuicio, pues tanto el uno como el otro consisten, para efectos de la responsabilidad civil, en la afectación del patrimonio de una persona. Lo que habría que decir es que daño o perjuicio en sentido genérico no significa necesariamente disminución patrimonial de una persona. Y que solo en la medida que ese daño o perjuicio en forma genérica afecten el patrimonio de alguien, cabe hablarse de daño indemnizable. Por otro lado, la distinción no es necesaria para poder aceptar que tiene derecho a la indemnización no solo el que sea propietario de la cosa afectada por la acción dañina”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil* T. IV, Ciudad de publicación y editorial, 1999, p. 11.

¹⁰ *Ibídem*, p. 11. Finalmente, en lo relacionado con las acciones populares y los daños colectivos, también son perfectamente explicables sin necesidad de recurrir a la distinción entre daño y perjuicio. En efecto, aunque la colectividad no sea dueña de los bienes afectados por la acción dañina, lo cierto es que el daño colectivo consiste en la disminución o supresión del beneficio que para esa colectividad representaba la existencia de los bienes afectados. Inclusive, si esos bienes, un bosque, por ejemplo, pertenecían a un particular, nada impide que ese particular reclame indemnización por el daño económico derivado de la destrucción de dichos bienes. Y que la colectividad reclame indemnización del daño colectivo consistente en el deterioro del paisaje o del entorno (...). Pero ello no significa que la colectividad pueda cobrar el valor del bosque, o que el dueño del bosque pueda cobrar el valor del daño colectivo. Cada quien reclama su daño. Tampoco significa que la destrucción del bosque sea el daño, y el deterioro ambiental de la colectividad sea el perjuicio.

Dicha distinción es útil desde el punto de vista de la reparación, puesto que la vulneración o afectación del ambiente no se reduce sólo a la dimensión colectiva, que como derecho representa, sino que permite indagar si en la esfera patrimonial de un sujeto individualmente considerado se produjo un perjuicio¹¹. Por ejemplo cuando se contamina un río, y como consecuencia de esa afectación se ven lesionados los derechos de titulares de permisos de pesca, en este evento puede reclamar la colectividad por la restauración de la fuente hídrica, porque se está afectando un derecho colectivo como es el derecho al agua potable o el entorno natural, o pérdida de especies fálicas endémicas y, por el otro da acción al propietario para ser indemnizado por la aminoración patrimonial “daño económico” por la muerte de peces o crías derivado de dichos bienes. El titular del permiso de pesca no es siempre propietario, por lo cual la realidad teórica impone que la afectación la puede sufrir aquel que desarrolle una actividad económica, sin que se entienda propietario.

Lo expuesto permite evidenciar que cuando se habla de medio ambiente el concepto de daño no puede aplicarse en los mismos términos de la responsabilidad civil extracontractual tradicional, por lo que hace falta profundizar en las distinciones de ese concepto en esos dos terrenos. Se puede concluir, entonces, que el daño se debe entender como la alteración, perjuicio, depreciación, aminoración patrimonial, vulneración o menoscabo de una situación favorable que sufre una persona en su integridad o en sus bienes. Es importante en este punto tener en cuenta que daño y perjuicio han sido expresiones asimiladas en algún momento a lo largo de su

¹¹ Por lo tanto, “no se requiere entonces que se me lesione un derecho subjetivo tradicional para que exista daño, sino que basta la afrenta a un derecho colectivo, porque la lesión de dicho derecho también es daño sufrido por la persona”. BÉNOIT, Francis-Paul, "Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)", ob., cit., p.8. “(...) el daño como atentado material aminora los bienes colectivos del patrimonio de la víctima y no genera sin embargo indemnización a sus bienes exclusivamente individuales. La indemnización es para un colectivo del cual la persona forma parte, pero que trasciende lo estrictamente individual. Se produce así una metamorfosis del individuo que se despoja de su carácter egoísta para reencontrarse con su carácter social”. HENAO, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado Colombiano por Daño Ambiental, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá. 2000, p.7.

tratamiento jurídico y en la mayoría de la doctrina contemporánea, aunque en la actualidad se tiende a distinguir los dos conceptos.

2. Análisis de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, según los pronunciamientos jurisprudenciales proferidos en Colombia

A tenor de los objetivos planteados con la presente monografía de compilación, en este capítulo, se exponen los principales contenidos jurisprudenciales emitidos en Colombia, asociados con la responsabilidad extracontractual del Estado. Se inicia este apartado con un breve acercamiento histórico nacional sobre la evolución que ha tenido este tipo de responsabilidad y se finaliza con la caracterización del sistema de imputación empleado en el país para estos procesos y los respectivos pronunciamientos emitidos por las autoridades competentes.

2.1. Breve Acercamiento Histórico sobre la Responsabilidad Extracontractual en Colombia

Históricamente, se concibe que la responsabilidad extracontractual del Estado surge de los fundamentos clásicos de la responsabilidad civil, aunque en un primer momento, basados en la Teoría de la Soberanía, se consideraba que el Estado no era responsable de los daños causados con sus actividades contra sus administrados. No obstante, esta premisa evolucionó con el trasegar de los años, entre otros asuntos, mediante la imputación en textos legales de la responsabilidad estatal en determinados supuestos, como los daños causados por el ejército; y también cuando se presentaban hechos dañosos derivados de los actos de gestión ejecutados por el Estado. Se destaca en este sentido, el desarrollo de la Teoría del Intervencionismo del Estado, con la que se reconoció la capacidad estatal para prestar servicios públicos y, en función de los perjuicios generados al patrimonio de los administrados con estos servicios, se materializó la apelada falla del servicio público, la que, a su vez se constituyó en la fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado (González Noriega, 2012).

De igual forma, posteriormente, toma relevancia el denominado Fallo Blanco promulgado en el año 1873 por el Tribunal de Conflictos Francés, con el cual se consagró la responsabilidad del Estado por sus actos, con independencia de la existencia o no de una norma legal o si se trataban de actos de poder o de gestión; lo anterior, a título de falla o falta del servicio público debido a la ausencia, deficiencia y retardo en el desarrollo de sus actividades estatales. En los albores de esta normativa, se fundamentó la autonomía del Estado y se determinó a los jueces administrativos como las autoridades a cargo de resolver los procesos de responsabilidad estatal; empero, la imputación de este tipo de responsabilidad se continuó demostrando con base en la existencia en el elemento culpa, así como en el nexo de causalidad entre el error de la conducta atribuible al Estado y el perjuicio causado a la víctima (Jiménez, 2013).

Así mismo, la aplicación de los preceptos mencionados en breve e imputación de la responsabilidad del Estado en Colombia, se prosiguió efectuando de acuerdo con las normas contenidas en el Código Civil a partir de dos formas en particular, a saber: responsabilidad indirecta y directa. La primera se relacionó con la culpa cometida por los agentes públicos cuando causaban daños a los ciudadanos en el cumplimiento de sus funciones; teniendo en cuenta dos pilares esenciales, la culpa *in eligendo* (culpa en la elección de los funcionarios) y la culpa *in vigilando* (culpa en la vigilancia de los agentes). Este tipo de responsabilidad estaba sustentado en los artículos 2347¹² y 2349¹³ del Código Civil colombiano, referidas a aquella responsabilidad indirecta que nace por los hechos ajenos (Ruiz Orejuela, 2007).

¹² Artículo 2347. Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (...), pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

¹³ Artículo 2349. Daños causados por los trabajadores. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.

Por su parte, la responsabilidad directa se constituía por la culpa personal de los agentes públicos cuando estos causaban daños a los administrados, culpabilidad que también comprometía a la respectiva persona jurídica, en este caso el Estado. Jurisprudencialmente, este sistema de responsabilidad, se configuró en Colombia, a partir del año 1939, con sustento en el artículo 2341¹⁴ del Código Civil que reglamenta la responsabilidad por el hecho propio, en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y a través de las autoridades civilistas del país (Ruiz Orejuela, 2007).

Con la expedición del Código Contencioso Administrativo Ley 167 de 1941, se precisa mencionar que se le designó a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la función de conocer “privativamente, (...) de las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales” (Congreso de Colombia. Ley 167, 1941, art. 34, núm. 2), “continuando los demás asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado en cabeza de la jurisdicción ordinaria” (González Noriega, 2012, p. 165); aunque se conservó la imputación de la responsabilidad estatal en el territorio nacional basada en la culpa y en la teoría de la falta o falla en el servicio, la cual se consolidó en la década de los años 70, hasta la promulgación de la Carta Magna colombiana, cuando se institucionalizó la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por sus agentes a los administrados, teniendo como precepto rector de la misma, el contenido del artículo 90 constitucional (Ruiz Orejuela, 2007), y que se consolidó en el territorio nacional, gracias a los esfuerzos normativos y a la labor hermenéutica de los jueces, en un primer momento, de la Corte Suprema de Justicia y después del Consejo de Estado, e incluso, de la Corte Constitucional.

¹⁴ Artículo 2343. Personas obligadas a indemnizar. Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado.

Al anterior antecedente se suma que en virtud de los preceptos consagrados en la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho (art. 1), que tiene entre otros fines esenciales (art. 2), prevalecer el interés general de sus ciudadanos, la protección de sus derechos y libertades, así como asegurar que las entidades públicas, los particulares y el Estado cumplan con sus deberes y que este último, se responsabilice patrimonialmente por las actuaciones defectuosas de ellos, en contra de sus administrados, dando lugar a la denominada Responsabilidad Estatal, aquella que se consagra en el artículo 90 constitucional y al reconocimiento, a través de la jurisdicción Contencioso Administrativa, de una serie perjuicios materiales e inmateriales con el propósito de reparar de forma integral a las víctimas incluso por afectaciones a su estado de salud. Con esta postura y fundamentado en el concepto de salud¹⁵ prorrumpido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), se reconoció el daño a la salud:

Como proveniente de una afectación a la integridad no solo fisiológica sino también en el ámbito psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 38.222, C.P. Enrique Gil Botero, 2011, p. 43)¹⁶.

Para precisar este nuevo enfoque, se consideraron previamente diversas categorías de perjuicio inmaterial con el fin de determinar los perjuicios que dan lugar a reconocer por las

¹⁵ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

¹⁶ Salvamento de voto de Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo rojas Betancourt, precisaron: reforzando la misma idea, consideró (la Sala plena), que “un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia – antes denominado daño a la vida de relación – precisamente porque cuando la lesión jurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y daño a la salud”.

afectaciones negativas al estado de salud, entre las cuales se encuentran: alteración a las condiciones de existencia, perjuicio a la vida de relación, perjuicio moral propiamente dicho y fisiológico.

A partir de lo anterior y según los preceptos promulgados con la Carta Magna de 1991 y la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, se evidencia que Colombia, en su calidad de Estado Social de Derecho y según sus fines esenciales, debe actuar como garante en la protección de los principios, derechos y deberes de toda la población del país, consagrados constitucionalmente; entre estos, el derecho fundamental autónomo a la salud, por lo cual debe procurar la ausencia de daños a la misma, por parte de sus agentes públicos o privados que adelanten transitoriamente funciones públicas; debido a que sus acciones u omisiones, causan daños antijurídicos y pueden dar lugar a la configuración de la responsabilidad del Estado colombiano al respecto.

2.2.Sistema de Imputación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

Según se señaló en acápite previos, la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano se imputaba mediante un régimen subjetivo basado en la culpa o dolo, por lo tanto, esta se configuraba a partir de los siguientes elementos: el hecho, la culpa, relación de causalidad y daño; no obstante, solo daba lugar a la responsabilidad del Estado y a la respectiva indemnización, cuando la víctima lograba demostrar la falla o la culpa del Estado, lo que derivaba en la reparación del daño, siendo aquella una tarea compleja de cumplir. Ante esta situación y con fundamento en la Constitución Política de 1991, la responsabilidad patrimonial

del Estado, en la actualidad, se rige bajo los supuestos de su artículo 90, con el cual se preceptúa lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Constitución Política, 1991, art. 90) (subrayado fuera de texto).

De conformidad con el precitado artículo y según los apartes subrayados del mismo, es posible establecer que los elementos específicos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado, son dos, a saber: 1) los daños antijurídicos, aquellos que los administrados no están en la obligación de soportar, 2) la imputabilidad de los daños a las autoridades públicas, es decir, que el perjuicio es una consecuencia del daño causado por un agente público determinado. Se considera un tercer elemento, asociado con el anterior, el cual hace referencia a la conducta activa u omisiva del agente público; elementos que han sido tratados, en reiteradas ocasiones, desde la perspectiva jurisprudencial del país. Con el propósito de lograr mayor comprensión acerca de este asunto, en las siguientes líneas, se explican los elementos mencionados, de acuerdo con los pronunciamientos de las Altas Cortes colombianas.

2.2.1. El daño antijurídico y su imputación a la luz del artículo 90, constitucional

En correspondencia con el daño y mediante una interpretación sistemática e histórica, la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, ha declarado

que la antijuricidad del daño se origina cuando la actuación del Estado o de sus funcionarios públicos, no está justificada por alguna de las premisas que se indican a continuación:

(i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, -caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente- (derivado de una actuación ilícita), o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar (derivado tanto de actuaciones lícitas como ilícitas) (Corte Constitucional. Sentencia C-286/17, 2017, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 36).

De acuerdo con la anterior intervención, se evidencia que el carácter antijurídico del daño en el ámbito administrativo, está dado bien sea, por una actuación ilícita, no contemplada en el ordenamiento jurídico del país y cuyo daño causado no es autorizado en el marco legal; o también por las actuaciones ilícitas y lícitas que producen daños que exceden las cargas que los administrados están en el deber de soportar. Para complementar lo anterior, la Corte Constitucional¹⁷ con la intervención de la M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado, define el daño antijurídico como “aquel perjuicio que le es generado a una persona y que ésta no tiene el deber jurídico de soportar” (p. 35); y establece, además, que no todos los daños son antijurídicos ni todos admiten la reparación estatal; para que esto converja y se logre imputar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, el daño:

[debe](i) ser cierto y personal y (ii) debe ser antijurídico. Se denomina daño *antijurídico*, no sólo porque la conducta del autor de la lesión sea contraria al Derecho, sino también porque el sujeto que sufre el daño, -esto es, el asociado, la persona o la víctima del

¹⁷Cfr., entre otras sentencias de esta misma Corporación: C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-254 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-011 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Estado-, “no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio que se le ha infringido, creándose así una lesión injusta” que debe ser indemnizada (Corte Constitucional. Sentencia C-286/17, 2017, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 36).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también ha efectuado sus propias interpretaciones con respecto al daño antijurídico, Corporación que en reiteradas sentencias ha explicado este elemento, como sigue a continuación

El daño es entendido por la doctrina de esta Corte, como la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio(Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2107, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 2018, p. 3) (cursiva en texto original).

Aunado al precitado texto, la honorable Corte Suprema con la sentencia SC016-2018, mediante la intervención del M.P. Álvaro Fernando García Restrepo(2018), agrega que el daño es entendido como el detrimento, menoscabo o deterioro, el cual también puede afectar, los bienes vinculados a la esfera espiritual o afectiva del administrado afectado y que se torna indemnizable cuando es cierto, es decir, cuando es posible evidenciar que las consecuencias del hecho dañoso, no son hipotéticas sino lógicas y posibles. Así mismo, esta corporación expresa que el perjuicio es el elemento estructural de carácter fundamental para imputar la

responsabilidad civil (contractual y extracontractual), por ello, si este no se demuestra, no da lugar a la respectiva reparación¹⁸.

De igual forma, la Corte Suprema, se pronunció a través del M.P. Luis Armando Tolosa Villabona y confirmó una vez más que el daño es esencial para la configuración de la responsabilidad civil, es por ello, que la responsabilidad no se da, “sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”¹⁹ (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2107, 2018, p. 19).

Prosiguiendo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, máxima autoridad en materia contenciosa administrativa en Colombia, se revela una concepción del daño antijurídico desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil y del Estado, en un sentido general y en otro amplio. Con respecto al primero, el daño es entendido como la “lesión de un derecho, bien o interés legítimo, supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece, y (...) no sólo comprende la órbita patrimonial” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 47.924, 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, p. 51). En su sentido amplio, es decir, con el cual se considera, con mayor claridad las particularidades de los dos componentes que constituyen el daño; el Consejo de Estado a través del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, advierte que dichos elementos, son:

¹⁸Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 26.630 del 28 de agosto de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

¹⁹Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, p. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil del 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015.

a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; o la “lesión de un interés o con la alteración *“in peius”* del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias 33.976, 34.928, 2017, p. 5, 6)²⁰.

De acuerdo con la intervención presentada en breve, el Consejo de Estado, puntualiza que el análisis del daño antijurídico en materia de responsabilidad extracontractual, se inicia verificando la existencia del deterioro que sufre un individuo a sus bienes, sean patrimoniales o vitales, entre otros; por causa de un evento determinado o por la pérdida de la posibilidad del goce de un bien idóneo. Sumado a esto, también se debe valorar que el daño se haya dado por la conducta activa, omisiva o inactiva de la administración pública y que las personas no tienen el deber de soportar, debido a que está en contravía a la ley, a sus derechos e intereses constitucionales y al interés general; lo que incluso, constituye una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

²⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias 19.146 de 2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera con la intervención del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa(2017), en la sentencia 34.928 de 2017, agrega, además, que, en correspondencia con el análisis del daño antijurídico, se debe efectuar un minucioso examen de las condiciones de este, con el fin último de determinar si el daño “se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad” (p. 30, 31)²¹. Así mismo, la C.P. Stella Conto Díaz del Castillo(2015) en la sentencia 19.146 de 2015, profiere que, se debe demostrar que el daño sea personal, cierto y que, si este acaeció en razón de la prestación de un servicio público, la administración debe asumir la responsabilidad de indemnización.

De acuerdo con las apreciaciones realizadas por las Altas Cortes del país, se evidencia coherencia y paralelismo entre los postulados emitidos por estas, con respecto al daño antijurídico y su respectiva imputabilidad al Estado colombiano. En términos generales, estas corporaciones coinciden en exponer el daño antijurídico como el deterioro cierto y personal sufrido por un individuo, no solo a sus bienes patrimoniales, sino también afectivos, espirituales, de su personalidad, etc.; esto en ocasión de una lesión que le afectó y que no tenía el deber de soportar.

2.2.2. Imputación del daño antijurídico al Estado colombiano.

Según se ha identificado en acápites previos, si bien el legislativo y en especial el Consejo de Estado, ha determinado que la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano se rige por el artículo 90 superior, mediante la prueba del daño antijurídico y que este le sea imputable; también se evidencia que para endilgar esta responsabilidad

²¹Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 33.976 del 2017.

extracontractual, es de suma relevancia la labor analítica, hermenéutica e interpretativa efectuada por los jueces, ya que cada proceso tiene sus propios hechos, los cuales pueden favorecer o no la definición de una sanción indemnizatoria por parte del Estado.

Al respecto, el Consejo de Estado, particularmente en la providencia de unificación jurisprudencial 19.146 de 2015, ha declarado que el artículo 90 constitucional no consagra ningún régimen de responsabilidad especial, de ahí que sean los jueces quienes deben determinar los elementos argumentativos de la sentencia, entre estos, el título de imputación que fundamenta aquella (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19.146, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, 2015); “atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro” (Consejo de Estado Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 33.948, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2018, p. 3).

Ahora bien, en este sentido, la honorable Corte Constitucional es enfática en afirmar a través del M.P. Alejandro Martínez Caballero, que, para endilgar la responsabilidad patrimonial del Estado, “no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”(Corte Constitucional C-333/96, 1996, p. 12). De nueva cuenta, en el año 2003, esta corporación hizo referencia a la imputabilidad del daño al Estado, revelando que, “cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados” (Corte Constitucional C-254 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 2003, p. 44, 45), dará lugar a la indemnización del daño antijurídico por parte del Estado.

Por su parte, el Consejo de Estado a través del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, también se ha pronunciado al respecto y ha considerado que:

(...) no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño²²(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 34.928, 2017, p. 13).

Ante esta realidad, la jurisdicción contenciosa se ha dado a la tarea de introducir soluciones a los casos puestos a su conocimiento, ceñidas a los mandatos legales y constitucionales del país; a través de una serie de “títulos de imputación”, para que los jueces puedan utilizarlos, con el fin de acreditar la existencia o no, de responsabilidad extracontractual del Estado, según la carga y realidad probatoria de cada proceso; así como, el alcance de la misma²³ (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 36.853, C.P. Danilo Rojas Betancourth, 2018). De igual forma, esta delimitación del título de imputación también exige por parte de los jueces, el análisis de dos esferas en particular, “a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [según] los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la

²² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 13 de junio de 2013 (29.480); 12 de febrero de 2014 (26.013); 26 de marzo de 2014 (27.905), 14 de mayo de 2014 (28.618); 25 de febrero de 2015 (37.226); 29 de julio de 2015 (50.154); 7 de septiembre de 2015 (34.158); 25 de julio de 2016 (32.771); 16 de febrero de 2017 (34.081).

²³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012 (21.515), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sala” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 34.928, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2017, p. 15).

En este orden de ideas, a continuación, se realiza una explicación de los diferentes títulos de imputación consolidados por el Consejo de Estado y que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico nacional, a saber: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-, riesgo excepcional y por el hecho del legislador.

De conformidad con lo planteado en breve y según los aportes de Güechá Medina (2012), el título de imputación de mayor relevancia aplicado en Colombia con respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, es la falta o falla en la prestación del servicio, “en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración generadoras de perjuicios, se han convertido en el criterio usual de responsabilidad administrativa”(p. 95). Esta premisa se confirma con las sentencias proferidas por el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, corporación que en retiradas ocasiones ha empleado este título de imputación para endilgar este tipo de responsabilidad estatal, toda vez que el mismo, según el C.P. Mauricio Fajardo Gómez (2011):

(...) de tiempo atrás, [se] ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo

más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual²⁴
(Sentencia 22.745, 2011, p. 1).

A tenor de lo mencionado previamente, también se ha identificado que debido a la frecuente aplicación de la falta o falla en el servicio como título de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado, el Consejo de Estado ha establecido los diversos asuntos que competen con este título para que sea posible configurar dicha responsabilidad. Al respecto, el C.P. Mauricio Fajardo Gómez (2011), señala que:

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 22.745, 2011, p. 2).

Ahora bien, en este sentido, el Consejo de Estado ha determinado en amplia y reiterada jurisprudencia, la falta o falla en la prestación del servicio como título para imputar la

²⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 38.815 del 14 de julio de 2016, Sección Tercera, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787 C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de marzo 8 de 2007, expediente No. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 7 de marzo 2012, expediente 20.042, C.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

responsabilidad extracontractual, lo cual se ha efectuado por ocasión de diversos supuestos jurídicos y facticos, entre los cuales se encuentran: fallas médicas por mala praxis, omisión y retardos en la atención en salud, accidente de tránsito por falta de mantenimiento de la infraestructura vial, Falla del servicio por falta de precaución en riesgos de operaciones militares, por medida cautelar restrictiva de su libertad, omisión en el cumplimiento de las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico y en el deber de protección e integridad personal de población civil por atentados terroristas, entre otros.

Otro de los títulos de imputación determinados en el territorio nacional por el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, es aquel denominado “por el hecho del legislador”²⁵; el cual se relaciona con los daños antijurídicos ocasionados a los administrados por ocasión de las actuaciones normativas expedidas por las autoridades legislativas del país y que posteriormente, han sido declaradas inexequibles.

Con respecto a este título de imputación en particular, el Consejo de Estado en Sala plena de lo Contencioso Administrativo con la intervención del C.P. Danilo Rojas Betancourth (2018), en el proceso de responsabilidad del Estado adelantado por los supuestos daños causados a la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A., por el pago de la tasa especial por servicios aduaneros consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, declarados inexequibles por la Corte Constitucional; se determinó que efectivamente la expedición de una norma que luego es declarada inexequible constituye una falla en el servicio que genera un daño antijurídico por parte de quien crea la ley, sin embargo, en este caso se declaró la existencia de un daño patrimonial por el pago de los impuestos, empero no es un daño antijurídico porque es una carga

²⁵ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-037 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2014 (26.689). C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 29 de julio de 2013 (27.228), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera sentencia del 20 de octubre de 2014 (29355), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

que los administrados deben soportar para que dichos recursos regresen en forma de beneficios para ellos mismos: salud, educación, vivienda, etc., y por lo tanto, al ser un daño patrimonial no debe ser resarcido por el Estado.

Continuando con los títulos de imputación por daño especial y riesgo excepcional, debido a la existencia de ciertas similitudes entre los mismos, se tiene que el primero hace referencia, a la responsabilidad que “es producto del perjuicio que ocasiona el Estado cuando en su actuar legítimo y en beneficio de la comunidad, causa un daño de características y de naturaleza y características los administrados como contraprestación a los servicios que el Estado presta” (Armenta Ariza, 2009, p. 95, 96). Por su parte, el riesgo excepcional, según el Consejo de Estado, citado por Ruiz Orejuela (2015), “implica que la actuación lícita del Estado es riesgosa, por tanto, ese será el título de imputación para atribuir su responsabilidad patrimonial, porque el daño sufrido se genera propiamente en dicha actividad” (p. 87). Al respecto, el tratadista Ruiz Orejuela (2015), agrega acerca de este título, que:

El Estado expone a riesgo a unas personas más que a otras en su actuar legítimo, como puede ocurrir con la viviendas o centros educativos ubicados cerca a instalaciones militares o policiales que al ser objetivos de la delincuencia puede causar daños a los bienes o a las personas. De tal manera que el riesgo creado por el Estado es lo que hace que el daño le sea imputable (p. 87).

Sumado a los supuestos doctrinales referenciados, es posible agregar, que para que el Estado colombiano pueda lograr una sentencia absolutoria frente a los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, se debe comprobar alguno de los factores causales de exoneración dictaminados por el Consejo de Estado, a saber: fuerza mayor, hecho exclusivo de la

víctima y hecho exclusivo y determinante de un tercero. Es pertinente clarificar que, durante muchos años, otra causal de exoneración aplicada por el Consejo era el caso fortuito, sin embargo, a partir del año 2011, la jurisprudencia de esta corporación, la ha excluido porque “su ocurrencia no es ajena a la esfera de acción de quien genera el daño y por lo tanto el Estado, se vería en la obligación de repararlo” (Castillo Morales & Araque García, 2013, p. 44).

Para complementar lo anterior, los elementos analizados para endilgar la responsabilidad del Estado extracontractual y proceda la respectiva indemnización, en los casos de riesgo excepcional, son:

- **Creación de un riesgo de naturaleza excepcional:** son aquellos riesgos que resultan ser de una naturaleza excepcional, porque a pesar que son necesarios para asegurar la protección de ciertos derechos y libertades, situación a los asociados bajo un riesgo especial o particular el cual es superior o mayor al que normalmente se está obligado a tolerar.
- **Concreción del riesgo de naturaleza excepcional creado:** este hace referencia al nexo causal que une la actividad de la Administración con el perjuicio causado; por lo tanto, para reclamar una indemnización ante el Estado, se requiere que el riesgo se materialice y formalice, para que el daño que se genera en consecuencia, se comprenda como antijurídico, y, por lo tanto, indemnizable para la víctima.
- **Riesgo excepcional (creado o materializado) haya sido impuesto de modo perfectamente legal:** es aquel riesgo creado por la Administración hacia los particulares que es de naturaleza anormal, y que terminando siendo declarados responsable patrimonialmente, incluso cuando media la acción de terceros.

En el caso del daño especial, los elementos estudiados para establecer con certeza la configuración de la responsabilidad estatal por este título, son:

- **Actuación legítima de la administración:** que se haya desplegado un funcionamiento legal y adecuado del servicio, orientado a satisfacer el interés general y los intereses públicos.
- **Rompimiento del ejercicio de las cargas públicas:** se hace necesario que la igualdad de las cargas públicas se quebrante, a tal punto que el perjuicio sufrido por el administrado con ocasión de la actuación administrativa lícita supere el umbral normal de molestias a que está sometido por vivir en comunidad.
- **Nexo de causalidad:** se debe demostrar que el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas es una consecuencia de una actividad legítima de la administración (Aguiar Delgadillo, 2012).

Prosiguiendo con la imputación del daño especial y riesgo excepcional, el Consejo de Estado a través de reiterada jurisprudencia, ha empleado estos títulos en determinadas circunstancias. En este orden de ideas, la tipología de eventos implicados con ambos títulos de imputación, son: privación injusta de la libertad, por actos terroristas, por expropiaciones u ocupaciones de inmuebles en casos de guerra, por trabajos públicos, y por bodegaje, depósito o almacenaje.

A modo de síntesis y teniendo en cuenta los pronunciamientos de las Altas Cortes del país, la responsabilidad extracontractual del Estado, está regulada por el artículo 90 constitucional, de este es posible dilucidar la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad, dado que con este se hace relevante el análisis de la conducta culposa del agente público que incurre en la lesión de los administrados pero se evidencia también su alcance desde

el régimen de responsabilidad objetivo, aquel que se configura con la comprobación de dos elementos fundamentales, que son: el daño antijurídico y que este le sea imputable al Estado.

Para demostrar la existencia del primero, se debe estudiar que el daño sea cierto, personal, directo y que se haya producido por un deber jurídico que los administrados no están en la obligación de soportar. Si bien este elemento, es esencial para determinar este tipo de responsabilidad, también se identificó que este *per se*, no es suficiente para que se configure la responsabilidad extracontractual ya que se requiere, además, que los jueces fijen un título de imputación para comprobar el nexo entre el daño y los perjuicios causados con este; siendo la falta o falla en la prestación del servicio, el título aplicado de forma reiterativa por el Consejo de Estado para declarar la actividad indemnizatoria por parte del Estado colombiano.

3. Tratamiento jurídico del daño a la salud como perjuicio inmaterial autónomo en los casos de Responsabilidad Extracontractual del Estado

En el presente capítulo se aborda el análisis de los preceptos jurídicos relacionados con el daño antijurídico y con el perjuicio inmaterial específicamente, como elementos necesarios para analizar la responsabilidad extracontractual del Estado frente al daño a la salud.

3.1.El daño como perjuicio inmaterial

De acuerdo con Huérfano (2014), el daño ha sido definido como un hecho consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causada a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de los que goza un individuo el cual debe ser antijurídico. Lo anterior supone algo contrario a derecho y que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, es decir carece de causa legal que lo justifique la utilización indistinta de los términos detrimento y perjuicio para explicar el concepto de daño, evidencia una considerable confusión en el tratamiento del mismo, situación que se manifiesta porque en esencia, ambos asuntos repercuten en el patrimonio de la víctima o lesionado²⁶.

De acuerdo con lo anterior, para los autores de este trabajo es viable afirmar que los conceptos de daño y perjuicio son distintos, y por ende no pueden utilizarse de forma indiscriminada ni como sinónimos. Corolario de ello, el daño es la lesión sufrida y el perjuicio es la exteriorización del daño, que, mediante una cuantificación económica, es reconocida a título

²⁶ (...) Cuando la legislación civil define en dos preceptos al daño y el perjuicio, en realidad no existe entre los términos daño y perjuicio, sino una diferencia de matiz, pero, de todas formas, la parte de la pérdida o menoscabo tratándose del daño, o la privación de cualquier ganancia lícita, tratándose del perjuicio, de todas formas, éste y el daño repercuten en el patrimonio (Primer Sala. Sexta Época. Amparo directo 4809/66, 1967, p. 19).

de reparación, indemnización o compensación según el perjuicio. No obstante, encontrando que diversos autores y en diversos pronunciamientos jurisprudenciales se da uso indistinto a estos términos, las citas sucesivas respetarán su planteamiento, advirtiendo la salvedad aquí realizada.

Según los aportes doctrinales de Henao (1998), el daño puede ser clasificado en material e inmaterial. El primero, corresponde a aquel que es susceptible de ser medible o cuantificable en dinero, y comprende el daño emergente referente a los gastos en que ha incurrido o deberá incurrir la víctima para mitigar las secuelas y el lucro cesante que atiende a la cesación de una ganancia o productividad por parte de la víctima en sí misma considerada o de un bien.

A su vez, perjuicio inmaterial es aquel que carece de contenido económico o al menos una aproximación pecuniaria para sus titulares; este perjuicio comprende, desde el año 2014 hasta ahora, una doble clasificación:

Por un lado, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de agosto de 2014, determinó que el perjuicio inmaterial encierra el daño moral; daño a la vida en relación; y la vulneración a los derechos humanos fundamentales que gozan de especial protección. Por el otro, la sección tercera del Consejo de Estado, determinó el 28 de agosto de 2014 que los perjuicios indemnizables bajo su jurisdicción comprenderían el daño moral; daño a la salud; y la afectación grave a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos (Valdivieso, 2019, párr. 3).

A pesar de estas definiciones, en algunos casos pueden presentarse dificultades a la hora de intentar distinguir entre perjuicio material e inmaterial. Este último también suele ser señalado como la extensión del perjuicio que se genera sobre el patrimonio de la víctima, y es necesario distinguirlo, dado que involucra el concepto de moralidad incurrido en el patrimonio sostenido por

la inmaterialidad del mismo, como uno de los bienes de la personalidad. Tal como lo refiere Albán Campo (2012), el perjuicio inmaterial está vinculado con la dolencia que genera el hecho dañoso a la persona que lo sufre, así como, en el trastorno moral y psicológico, la afectación religiosa o espiritual, entre otros atributos personales del ser humano que pueden verse afectados cuando se presenta un daño.

En Colombia, el perjuicio inmaterial se enmarca en conceptos como el daño moral propiamente dicho, el daño a la vida en relación, el daño fisiológico y el daño en las condiciones de la existencia. El daño moral se define como todo detrimento directo sobre las creencias, honor, derechos propios de la personalidad, cuya indemnización no puede borrar lo sucedido, pero sí puede brindar satisfacción compensatoria. A su vez, el daño fisiológico corresponde a todo tipo de menoscabo que sufre un ser humano al relacionarse con su entorno y a la obtención de felicidad en su diario vivir; en el daño fisiológico, el hecho dañoso altera el hilo conductor de la relación contextual como consecuencia del detrimento en la fisiología de la víctima, por lo que compromete su estado de salud corporal y mental (García, 2009).

La otra categoría corresponde al daño en la vida en relación y se refiere a la evolución del perjuicio fisiológico, en tanto el ser humano se relaciona con el entorno, no solo en la obtención de felicidad por medio de su capacidad vital, tanto corporal como mental, como en aspectos propios de la personalidad y de la dignidad humana, que también se consideran necesarios para poder llevar a cabo de manera digna una vida digna en sociedad. Finalmente, el daño en las condiciones de existencia se refiere a todas aquellas alteraciones que sufre una persona y que pueden modificar el proyecto de vida y los hábitos naturales de la misma (Albán Campo, 2012). Con respecto, a los efectos de la distinción entre estos dos tipos de perjuicio, Hinestrosa (citado por Henao, 1998), señala que:

Esa irrupción de nombres y conceptos obedece, sin duda, a un afán de obtener un reconocimiento mayor y más sencillo de distintos conceptos del daño, y aun empeño, tan humano como nocivo, de inflar la cuenta que ha de pagar el demandado con la introducción de numerosos capítulos en cada uno de los cuales se pretende alcanzar incremento. En fin, no puede descartarse una cuota de esnobismo, o a lo menos de novelería doctrinaria y jurisprudencial (p. 33, 34).

Como se observa en este capítulo, el daño a la salud, como generador de responsabilidad, puede implicar tanto perjuicios materiales como inmateriales, dado que puede afectar la capacidad económica de la persona para generar ingresos y atender sus obligaciones y necesidades, así como perjuicios inmateriales, que afectan su moral, su fisiología, la vida en relación y las condiciones de existencia.

3.2.El daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado

En la Constitución Política de Colombia, en el capítulo 1 y en el capítulo 2 se presenta el catálogo de garantías básicas fundamentales, dentro de las cuales no se hace referencia al derecho a la salud de manera expresa, por lo que se hizo necesario demostrar su importancia y jerarquía fundamental por parte de la Corte Constitucional, así:

La existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica, a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo a su consagración explícita(Corte Constitucional. Sentencia T-406/92,M.P. Ciro Angarita Barón, 1992, p. 20).

A su vez, el artículo 90 de la Constitución declara la responsabilidad genérica del Estado, incluyendo a todos los funcionarios y servidores públicos regidos por la normatividad administrativa, así como a quienes sirven al Estado en virtud de cualquier tipo de vinculación, en los siguientes términos:

El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción y omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90).

Se observa que la existencia del daño antijurídico es el requisito esencial para decretar la responsabilidad del Estado, lo que equivale a decir, que se examina y valora, el resultado más la causa del hecho dañoso; entendiendo de este modo, el carácter antijurídico como todo aquello que una persona no está en el deber de soportar.

Para imputar la responsabilidad del Estado colombiano, debe existir entonces un hecho jurídico dañoso, así como un vínculo entre ese hecho dañoso y el autor, que en este caso debe ser una entidad de naturaleza pública o, una persona jurídica privada que se encuentre desarrollando actividades estatales, sin importar si existe imputación y un daño probado; existe en este caso responsabilidad del Estado, según lo establece el Consejo de Estado (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 7622, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, 1993).

Expuesto lo anterior, es posible señalar con respecto al daño a la salud, que en 2007, por medio de dos pronunciamientos, el Consejo de Estado reconoció el perjuicio por «alteración de

las condiciones de existencia»(*des troubles dans les conditions d'existence*), un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación; que, de acuerdo con la doctrina francesa, corresponde al sufrimiento padecido por las víctimas de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir, de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos(Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 00385, 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 00029, 2007,C.P. Enrique Gil Botero).

Desde el año 2010, el Consejo de Estado ha adoptado una nueva concepción del daño conocida como daño a la salud. En referencia al principio de reparación integral se ha debatido si es más adecuado indemnizar cada perjuicio de manera aislada o hacerlo de manera global, bajo un solo concepto. En cuanto a la reparación de ese daño, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha impuesto un tope al monto indemnizatorio equivalente a 400 SMMLV. En este sentido, el exconsejero de Estado, Gil Botero(2012), explica que:

El daño a la salud surgió de la necesidad de reconocer un perjuicio más objetivo, que esté dotado de claridad y, por lo tanto, que garantice en mayor medida el postulado de la igualdad de indemnizaciones frente a un mismo o similar daño. En efecto, a diferencia de categorías abstractas o abiertas (*v.gr.*el daño a la vida de relación) no se tienen en cuenta –o se hace en un mínimo grado– las consecuencias externas del daño considerado en sí mismo, es decir, al evento como tal (p. 92).

La jurisprudencia relacionada con el daño moral es amplia, y en ella lo conceptualiza y lo delimita²⁷; en cambio, el daño por lesiones psicofísicas ha sido objeto de diferentes posiciones,

²⁷ Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 5 de febrero de 1988, Expediente 3009, (Consejero Ponente Betancur Jaramillo); Sentencia del 6 de agosto de 1992, Expediente 6901, (Consejero Ponente Suárez Hernández); Sentencia del 15 de septiembre de 1994, Expediente 9391, (Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta); Sentencia del 10 de septiembre de 1998, Expediente 12009, (Consejero Ponente Daniel Suárez

llegando a la conclusión del concepto de daño a la salud dado a conocer por el Consejo de Estado a partir de 2010, para referirse a las afectaciones a la integridad psicofísica. Así mismo, el Consejo de Estado ha reiterado que la alteración a las condiciones de existencia es equiparable al daño a la vida de relación²⁸.

El Consejo de Estado ya se había referido al concepto del daño fisiológico, hasta que decidió dejar de reconocer este daño como parte del perjuicio por alteración a las condiciones de existencia²⁹. En efecto, en 2010, cambia su postura jurisprudencial sustituyendo el concepto de alteración de las condiciones de existencia por el de daño a la salud³⁰, proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, el cual incluye otros daños como el estético, el sexual y el psicológico³¹. Con esta nueva categoría “se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial (...) y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad

Hernández); Sentencia del 18 de octubre de 2000, Expediente 11948, (Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez); Sentencias del 6 de septiembre de 2001, Expedientes 13232 y 15646 (Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez); Sentencia del 7 de marzo de 2002, Expediente 20807, (Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros); Sentencia del 7 de junio de 2006, Expediente 2004-00001-01(AG), (Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez); Sentencia del 6 de julio de 2006, Expediente 29792, (Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez); Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente 18569 (Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez). Sentencia del 25 de julio de 2011, Expediente 20132, (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa); Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente 25087, (Consejero Ponente Olga Melida Valle de la Hoz).

²⁸ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente 15657, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, Expediente AG 2003- 385 C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, Expediente 17744, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente 15657, aclaración de voto; Sentencia del 15 de agosto de 2007, Expediente AG 2003.385, Aclaración de voto; y sentencia del 1 de diciembre de 2008, Expediente 17744, Aclaración de voto.

³⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de febrero de 2010, expedientes 18034 y 18433, Consejero Ponente Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio, respectivamente.

³¹ “Compartimos la apreciación de la Sala en cuanto considera que el ‘daño a la salud’ es aquel que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (Constitución Política de Colombia, artículo 49), sin que sea procedente otro tipo de daños (*v.gr.* la alteración a las condiciones de existencia), p. 42.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Expediente 38 222, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Salvamento de voto de Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo rojas Betancourt.

patrimonial del Estado”³². El concepto del daño a la salud se origina en el Derecho italiano, que lo define, como:

El daño psicofísico en sí mismo, es decir, la lesión a los valores de la integridad física y síquica del individuo, prescindiendo de sus consecuencias (daño biológico en sentido estático); y al mismo tiempo es el perjuicio a la fruición del ambiente natural o social dependiente de un evento lesivo de la salud (daño biológico en sentido dinámico)(Rozo, 2002, p. 79, 92).

Aunque este concepto incluye otros perjuicios, estos tienen relación directa con el perjuicio fisiológico o daño a la salud. En relación con el daño estético, López y Trigo (citados por Rozo, 2002), manifiestan que se debe tratar no como un rubro independiente, sino como un tema para analizar especialmente y luego imputarlo a daño patrimonial o extrapatrimonial o a ambos a la vez. Se considera patrimonial, cuando la víctima ostente una calidad tal que la lesión estética implique una disminución en sus ganancias, y extrapatrimonial por regla general, por la afectación sobre la psiquis de la víctima.

Pasando al asunto del daño sexual, el Consejo de Estado ha definido etimológicamente la sexualidad como el conjunto de condiciones anatómicas y físicas que caracterizan cada sexo y como el apetito sexual, es decir, la sexualidad, que siempre ha estado referida a la integridad psicofísica relacionada con cada género sexual o desde la perspectiva del interés sexual, mas no desde los parámetros del amor, teniendo en cuenta que se relaciona de manera directa con los órganos genitales y reproductivos y con una parte funcional y psicológica(Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 26.621, C.P. Enrique Gil Botero, 2013). La posición del Consejo de

³² Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de febrero de 2010, Expedientes 18034 y 18433, Consejero Ponente Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio. Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Expedientes 19.031 y 38.222. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Estado concluye que la afectación de la sexualidad en los eventos en que la lesión física genera disfunción sexual o psicológica, que impide concretar el acto sexual, se debe analizar como una manifestación del daño a la salud.

Por otra parte, tal como lo menciona Bustamante Alsina (citado por López Mesa & Trigo Represas, 2006), el perjuicio psíquico se diferencia del daño moral, dado que el daño psicológico no es una afección emotiva; “el daño psicológico consiste en una perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológica” (p. 55). El daño psíquico obedece a una afectación directa de la salud, entendiendo por salud el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³³. Por esta razón, es necesario probar el porcentaje de incapacidad de este daño, así como la duración de la incapacidad(Isaza, 2009).

Así mismo debe considerarse el hecho de que la nueva denominación de daño a la salud tiene impacto en la fijación pecuniaria de la indemnización, pues con ello se evita incluir perjuicios que se tasan con criterios objetivos, como si se tratara de las categorías comprensivas, las cuales se tasan de otra manera. En este sentido el Consejo de Estado ha criticado dicha inclusión de toda afectación bajo este concepto:

El daño a la salud³⁴ denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido

³³ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y suscrita el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, 2, p. 100); entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

³⁴“...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión “daño a la salud”, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien “salud” como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive”(Cortés, 2009, p. 21, 22).

reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 38.222, C.P. Enrique Gil Botero, 2011, p. 7).

A su vez el Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourt, en sentencia del 4 de mayo de 2011, recupera la expresión de perjuicio fisiológico, señalando que la misma no se encuentra prohibida de ninguna manera por la jurisprudencia de la Sala; en cambio, la importancia de la noción perjuicio fisiológico o daño a la salud, implica que “además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio –de origen psicofísico– también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio”(Consejo de Estado. Sentencia 17.396, 2011, p. 20, 21). De esta manera, esta sentencia retoma la sentencia 12.499 del 13 de junio de 1997, en relación con los perjuicios fisiológicos “genéricos” y “específicos”, que ahora se denominan “genéricos” y ‘subjetivos’, según la siguiente definición:

Los daños de orden ‘fisiológico’ pueden tener un carácter genérico, en la medida en que una afectación corporal de determinado tipo puede tener consecuencias presumibles respecto de todos los casos, sin que sea necesaria una demostración particular en este punto; o bien puede ser de carácter subjetivo, como quiera que no todas las personas realizan las mismas actividades cotidianamente, o las mismas no tienen el mismo

significado para las condiciones de existencia de las diferentes personas(Consejo de Estado. Sentencia 17.396, C.P. Danilo Rojas Betancourt, 2011, p. 19).

A tenor del precitado texto, se evidencia la presunción de perjuicios fisiológicos *genéricos*, en la medida en que todas las personas sufren por igual determinadas lesiones psicofísicas. En cambio, cuando se trata de perjuicios fisiológicos *subjetivos*, se requiere que exista una demostración particular, dado que la aflicción derivada de la lesión corporal no afecta de la misma forma a todas las personas, en la medida en que realicen diferentes actividades o les reconozcan diferente significado. Puede afirmarse entonces, que esta doctrina jurisprudencial permite definir criterios unificados al momento de definir los montos de las indemnizaciones por daños originados en lesiones corporales, de manera que diferencie entre la lesión a la funcionalidad corporal y las lesiones derivadas esa lesión.

Esta sentencia del consejero Danilo Rojas Betancourt retoma el concepto de perjuicio fisiológico para que se pueda denominar correctamente el origen del daño en un caso concreto en el cual existan alteraciones graves a las condiciones de existencia, siempre que el daño sea consecuencia de una lesión corporal. En estas condiciones, el juez puede contar con mejores criterios para tasar el perjuicio con fundamento en pruebas directas relacionadas con la afectación física(Consejo de Estado. Sentencia 17.396, 2011).

No obstante, Cortés (citado por Gil Botero, 2017), considera que debe hablarse de daño a la salud por ser un concepto más apartado a la perspectiva médica y más próxima a la comprensión de la salud como bien jurídico:

La ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión ‘daño a la salud’, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más

amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien ‘salud’ como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive (p. 266).

En otras palabras, el hecho de volver a acudir al concepto de perjuicio fisiológico dio origen a una postura doctrinaria que prefiere utilizar el concepto de “daño a la salud” como un concepto jurídico, con un alcance que no solo se refiera a los aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, sino que también comprenda las manifestaciones de la salud como un bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en la cual vive.

Al concepto de daño a la salud se le han presentado ciertas objeciones al interior del Consejo de Estado, especialmente en relación con sus aspectos patrimoniales. Al respecto, la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, al presentar su salvamento parcial de voto en sentencia con sala plena, sostiene que:

- Esta nueva categoría es un retroceso jurisprudencial porque elimina la claridad que existía en cuanto a que el daño por la alteración a las condiciones de existencia, abarcaba la lesión a la salud, en la medida en que se trata de daños sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma como normalmente se desenvolvía su vida, esto es, como el sujeto se relacionaba con el mundo, antes de que ocurriera el hecho generador del daño.
- Por lo tanto, el daño a la salud era un daño susceptible de reconocimiento e indemnización bajo esa denominación mayor de alteración a las condiciones de existencia.
- Es desatinado volver al concepto de perjuicio fisiológico “pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable” (p. 81).

- El daño extrapatrimonial o inmaterial debe ser clasificado de acuerdo con las consecuencias que produce tanto al interior del sujeto (moral), como en su parte externa (daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de existencia) y no por el simple hecho del evento separado de sus efectos (daño biológico, fisiológico o a la salud).
- La adopción de este nuevo concepto, como categoría autónoma, conlleva la expansión de daños extrapatrimoniales y a la doble indemnización por el quebranto corporal y por las alteraciones a las condiciones de existencia, en contravía de los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público.
- “Cuando a alguien se le indemniza la alteración de las condiciones de existencia derivadas de una lesión física, corporal o síquica (consecuencias del daño), se está reparando el menoscabo sufrido por el deterioro a la salud” (p. 86).
- Es más garantista y preciso agrupar las diferentes formas de alteración a las condiciones de existencia en una sola categoría de daño inmaterial, por cuanto así el juez, puede valorar cada caso según el *arbitrio iuris*, evitando afectar el erario público en forma injustificada.
- No es acorde con la dignidad humana y el derecho a la igualdad que la liquidación de daños se haga según el valor del órgano o miembro, ‘cosificando’ monetariamente al hombre, sin atender a la intensidad y gravedad del daño, a la relación del daño con las condiciones personales de quien lo padece y las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta los criterios del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (reparación integral, equidad y criterios técnicos actuariales).
- De esta manera, con el daño a la salud se advierte desde una incongruencia en términos de igualdad material o inequidad en la liquidación del *quantum* de los perjuicios (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19.031, 2011).

En 2011, el honorable Consejo de Estado mediante la intervención del C.P. Enrique Gil Botero, definió el daño a la salud en los siguientes términos:

Un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud (Sentencia 38.222, 2011, p. 35).

Y posteriormente, en el año 2013, refiriéndose a un caso concreto, el Consejo de Estado se expresó en los siguientes términos:

Respecto de los perjuicios por el daño a la vida de relación, que actualmente la Sala reconoce bajo la denominación de daño a la salud, se señala que, si bien podría considerarse que la suma concedida no es suficiente para reparar el daño causado, ella no puede ser modificada teniendo en cuenta que se trata de apelante único y no se puede agravar su situación (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 27.522, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, 2013, p. 4).

No se trata de un asunto meramente semántico, dado que, dependiendo de la naturaleza y delimitación que se le dé al daño corporal, se debe acudir a un modelo para su tasación. Considerarlo como denominación mayor, según se comenta en el salvamento de voto arriba mencionado, puede hacer que se desconozca el límite preciso en el cual el monto de la indemnización no solo cubre el daño-evento sino también las consecuencias internas y las externas. Adicionalmente implica tasar por igual, tanto el daño como sus consecuencias, aunque,

como ya se dijo, el daño corporal se puede tasar de manera objetiva empleando tablas de punto y en porcentajes de incapacidad establecidos por un médico legista, mientras que las consecuencias del daño requieren del *arbitrio iuris*, quien se encarga de analizar, tanto las condiciones de existencia concretas de la víctima como su relación con la sociedad, antes y después del daño.

Lo planteado en acápites previos, permite elucidar que el nuevo concepto de daño a la salud se fundamenta en reconocer la necesidad de reparar cualquier afectación a la salud, tanto con respecto a su bienestar físico como psíquico y social, lo que no significa la ausencia de afecciones y enfermedades. Esta postura implica desconocer las antiguas categorías del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado afirmó en sentencia de 2012 que los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19.031, C.P. Enrique Gil Botero, 2011).

Puede entonces concluirse que el daño a la salud ha vuelto a adquirir su autonomía y ha sido delimitado de manera precisa, en la medida en que está referido a las alteraciones psicofísicas. Sin embargo, su indemnización no solo debe resarcir la modificación de la integridad corporal sino también las consecuencias que esa modificación genera, incluyendo otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros.

En este sentido, se hace relevante traer a colación la sentencia con el expediente 31170 del año 2014 mediante la cual el Consejo de Estado fijó y reiteró los criterios de liquidación proferidos con las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011 con los expedientes 19031 y 38222; determinando como regla general en materia indemnizatoria, un valor

equivalente de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado(Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación 31.172, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, 2014). Aunado a lo anterior y en ejercicio del *arbitrio iudice*, se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, por lo tanto, para tal efecto se utilizarán –a modo de parangón– los parámetros o baremos contenidos en la tabla 1 y los cuales solo son reconocidos a la víctima, dejando por fuera a terceros que son afectados con esta situación y que tiene relación directa con la víctima.

Tabla 1. Criterios de liquidación del daño a la salud

Gravedad de la Lesión	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Fuente: tomado del (Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia 31.170, M.P. Enrique Gil Botero(2014, p. 37).

Adicionalmente, a través de la Sentencia 31170 de 2014, el Consejo de Estado también determinó los criterios de liquidación de los perjuicios a que da lugar el daño a salud considerado desde la órbita del daño proveniente de una lesión corporal de la persona, esto es la afectación del derecho a la salud del individuo. Desde esta perspectiva, para la liquidación del daño a la salud, se tiene en cuenta el porcentaje de incapacidad laboral de la víctima, el salario que estuviese devengando, más el 25% por concepto de prestaciones sociales. Con respecto a la liquidación del lucro cesante, el cual corresponde desde la ocurrencia del daño hasta la fecha en

que se dicta la respectiva sentencia, el cual se calcula con la siguiente fórmula matemática:

$$S = \frac{Ra(1+i)^n - 1}{i}; \text{ donde: Ra = Ingreso Histórico * (IPC final/IPC inicial, } i = \text{ interés mensual legal}$$

y n = tiempo consolidado (desde la fecha en que ocurrieron los hechos a la fecha de la sentencia).

Así mismo, se tiene el lucro cesante futuro o anticipado, a partir de la expectativa de vida del lesionado, de conformidad con la resolución 0497 de 1997 y calculando la misma fórmula referenciada en línea previas (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 31.170, M.P. Enrique Gil Botero, 2014).

De igual forma, se debe tener en cuenta una serie de variables, que deben ser probadas en cada caso para determinar el respectivo daño a la salud y la correspondiente indemnización.

Dichas variables, son:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad y El sexo.

- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 32912, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2015, p. 32, 33).

Posteriormente, en el año 2015, el Consejo de Estado mediante la intervención de..., retomo los postulados jurisprudenciales de la Sentencia 19031 de 2011 e hizo referencia acerca de la unificación de la divergencia de nombres utilizados para determinar la existencia del daño a la salud, expresando que:

“...el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica³¹. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de

conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 32912, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2015, p. 30, 31).

Se visualiza que el Consejo de Estado reconocía la indemnización de los perjuicios, no solo de la víctima sino también de sus familiares cercanos, teniendo en cuenta que ellos resultan afectados con el daño a la salud del menor, porque en ciertos casos este proceso precitado, el menor no generaba ingresos en ese momento para su familia, pero los tratamientos y cuidados de su salud deben ser asumidos por su familia entonces es importante el reconocimiento de los perjuicios causados a los terceros quienes en muchos casos terminan responsabilizándose de la persona afectada con el daño a su salud.

4. Conclusiones

Con la presente monografía de compilación, se pretendió analizar el perjuicio denominado daño a la salud, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los casos de responsabilidad Estatal. En primer lugar, se evidenció que la responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos, es un concepto que solamente se reconoció hasta finales del Siglo XIX; pues hasta entonces eran los funcionarios quienes debían responder de acuerdo con los principios de responsabilidad civil que se aplicaban a los particulares. Concretamente fue el Fallo Blanco de 1873, el que, por primera vez, permitió trazar un límite entre la responsabilidad estatal y la de sus agentes.

A partir de entonces esa responsabilidad del Estado, ha venido experimentando un comportamiento creciente, desde que el concepto de servicio público sustituyó las nociones de poder y de gestión. Se acepta ahora que la administración pública es una persona jurídica que actúa a través de funcionarios, lo que hace necesario distinguir la responsabilidad que le compete a cada uno, cuando se presentan perjuicios a las personas, con base en la diferencia que existe entre falla del servicio y falla personal. Esta forma de entender la responsabilidad del Estado dio origen al régimen jurídico del Derecho Administrativo. De acuerdo con la Corte Constitucional, en Colombia la dimensión en la que actúa el Estado se debe definir, teniendo en cuenta si se trata o no de actos de poder o de autoridad; en caso afirmativo, se deben resolver los casos en la jurisdicción del Derecho Administrativo y los litigios serán competencia de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con la Ley 1437 de 2011, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos,

omisiones y operaciones sujetas al derecho administrativo y en las que estén involucradas entidades públicas, así como, los particulares que ejerzan función administrativa, incluyendo la responsabilidad extracontractual. Es importante resaltar que no es necesario que un ente del Estado preste de manera directa los servicios de interés general, para que éstos sean considerados como servicios de carácter público, dado que la Corte Constitucional ha reconocido que el servicio público de interés general prestado por un particular, hace que éste adquiera el carácter de autoridad.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, se concluye que ésta aparece cuando el daño causado no es originado en una relación contractual, sino en cualquier otra actividad y resulta al causar daño, traspasando el deber de cuidado que se debe tener frente a ciertas situaciones o actividades que pueden generar riesgos y posteriores daños a terceros. Por otro lado, el daño es el elemento esencial y necesario para que surja la responsabilidad, entendiendo por tal, el menoscabo que sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad, o en su patrimonio.

Como se mostró con esta monografía, que los perjuicios irrogados con ocasión de un daño antijurídico, pueden ser de carácter material o inmaterial, siendo este último aquel que carece de contenido económico o al menos una aproximación pecuniaria para sus titulares, dado que involucra el concepto de moralidad incurso en el patrimonio sostenido por la inmaterialidad del mismo, como uno de los bienes de la personalidad, de allí que la suma que se reconozca tenga un carácter más simbólico, y represente mayor complejidad para emitir un fallo en términos de justicia, equidad y reparación integral.

En Colombia, el perjuicio inmaterial se enmarca en conceptos como el perjuiciomoral y el daño a la salud, éste último que ha sido producto del devenir la Jurisprudencia de la Máxima

Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, luego de pasar por conceptos como daño a la vida en relación, el daño fisiológico y alteración a las condiciones de la existencia.

Para que exista esa responsabilidad, debe haber entonces un vínculo entre el hecho dañoso y el autor. De acuerdo con el Consejo de Estado, el fin último que se pretende es la protección de la integridad de la vida digna en un estado objetivo y subjetivo, por lo que la práctica médica se debe analizar como un compuesto complejo de elementos. Se reconoce como parte del daño a la salud, el perjuicio por alteración de las condiciones de existencia. En cuanto a la reparación del daño a la salud, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha impuesto un tope al monto indemnizatorio equivalente a 400 SMMLV.

La jurisprudencia sobre el daño moral es amplia y suficiente para conceptualizarlo y delimitarlo, lo que no sucede de igual forma respecto de las lesiones psicofísicas. El Consejo de Estado ha reiterado que la alteración a las condiciones de existencia es equiparable al daño a la vida de relación, mientras que decidió dejar de reconocer el daño fisiológico como parte del perjuicio por alteración a las condiciones de existencia. En cuanto al daño sexual, el Consejo de Estado ha definido etimológicamente la sexualidad como el conjunto de condiciones anatómicas y físicas que caracterizan cada sexo y como el apetito sexual, mas no desde los parámetros del amor, teniendo en cuenta que se relaciona de manera directa con los órganos genitales y reproductivos y con una parte funcional y psicológica. El Consejo de Estado concluye que en los eventos en que la lesión física genera disfunción sexual o psicológica que impide concretar el acto sexual, se debe analizar como una manifestación del daño a la salud.

También se ha establecido por parte del Consejo de Estado que de los perjuicios fisiológicos genéricos se pueden presumir sus posibles consecuencias sin que sea necesaria una demostración específica en este punto, mientras que cuando se trata de perjuicios fisiológicos

subjetivos, se requiere que exista una demostración particular, teniendo en cuenta que la aflicción derivada de la lesión corporal no afecta de la misma forma a todas las personas. El concepto de daño a la salud ha sido definido por el Consejo de Estado como uno que desplaza a los demás conceptos de daño inmaterial porque la lesión tiene su origen en una afectación negativa del estado de salud, entendida esta como el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades. En este sentido, se tiene en cuenta que la salud desde lo fisiológico hace referencia al cuidado del cuerpo y la prevención ante posibles accidentes y enfermedades; en la esfera psicológica, la salud está relacionada con el manejo que cada persona da a su vida y el relacionamiento que los otros en diversos contextos y el área emocional de la salud, tiene que ver con el manejo óptimo de los sentimientos, pensamientos y comportamientos.

El daño a la salud ha vuelto a adquirir autonomía y ha sido delimitado de manera precisa y su indemnización no solo debe resarcir la modificación de la integridad corporal sino también las consecuencias que esa modificación genera, incluyendo otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros. No obstante, es pertinente mencionar que el Consejo de Estado, frente al desarrollo del daño a la salud como un perjuicio, dictaminó que este tipo de daño solo se reconoce a la víctima directa, excluyendo de este modo, a sus familiares, quienes si bien ellos no sufren el daño a la salud de forma directa a sus condiciones corporales; el daño sufrido por uno de sus familiares si puede generar graves consecuencias para algunos terceros. Desde una perspectiva personal, es adopta una posición contraria a aquella planteada por el Consejo de Estado, ya que en los casos en los cuales *v.gr.*, la víctima es quien se encarga de solventar los gastos suyos, de su conyugue e hijos menores que aun dependan económicamente de la víctima; la ausencia de reconocimiento de los perjuicios a los terceros implicados, conlleva

el detrimento de su calidad de vida y de este modo, niega el derecho fundamental a mantener la unidad, los vínculos de solidaridad familiar y el deber ser al que se debe el buen padre de familia; supuestos que otrora fungieron como base esencial para el reconocimiento de la ayuda económica que deriva del daño a la salud sufrida por la víctima y que debería trascender a sus familiares cercanos afectados.

5. Referencias

- Aguiar Delgadillo, M. (2012). *El daño especial como régimen aplicable para endilgar responsabilidad al estado por privación injusta de la libertad* (Vol. Serie Documentos de Investigación en Derecho). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Albán Campo, D. (2012). *Aplicación del régimen de responsabilidad objetiva a la prestación del servicio de seguridad social en salud en Colombia*. Santiago de Cali: [Trabajo de Grado presentado para optar al título de Abogado]. Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Obtenido de https://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/1103/1/Aplicaci%C3%B3n_Seguridad_Social_Alban_2012.pdf
- Angulo Martínez, J. (2012). *Riesgo de oportunismo del Gobierno en el sector eléctrico colombiano". Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia*. Bogotá: [Tesis de Maestría]. Universidad del Rosario. Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/flexpaper/handle/10336/3992/AnguloMartinez-Juan-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Armenta Ariza, A. (enero-junio de 2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *Revista VIA IURIS*(6), 90-114. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944007.pdf>
- Barbero González, V. (2012). *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, España: [Trabajo Final de Carrera]. Universitat Abat Oliba CEU. Facultad de Ciencias Sociales. Licenciatura en Derecho.

- Campos Díaz Barriga, M. (2016). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/5.pdf>
- Castillo Morales, M., & Araque García, S. (2013). *La aplicación de la responsabilidad por daño especial y riesgo excepcional en Colombia: análisis de caso en el Tribunal Administrativo de Santander, años 2008 a 2012*. Bucaramanga: [Monografía de grado presentada para optar el título de Abogado]. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Obtenido de <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2013/147181.pdf>
- Castro Cuenca, C. (2009). *Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública*. España: Universidad de Salamanca.
- Congreso de Colombia. Ley 167. (24 de diciembre de 1941). Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa. *Diario Oficial No. 24.853*. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0167_1941.htm
- Congreso de Colombia. Ley 1751. (16 de febrero de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 49.427*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html
- Consejo de Estado Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 33.948, Radicado No. 63001-23-31-000-2003-00463-01 (33948) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 7 de mayo de 2018). Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=86499

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 33.976, Radicación: 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 16 de febrero de 2017). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2017/03/POLIC%C3%8DA-DEBER%C3%81-REPARAR-A-V%C3%8DCTIMAS-DE-ATENTADO-EN-NARI%C3%91O.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 38.222, Radicación número 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222) (C.P. Enrique Gil Botero 14 de septiembre de 2011).

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de Unificación 31.172, Radicación No. 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172) (M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz 27 de agosto de 2014). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/50001-23-15-000-1999-00326-01\(31172\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/50001-23-15-000-1999-00326-01(31172).pdf)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 10421 (C.P. Ricardo Hoyos Duque 25 de septiembre de 1997). Obtenido de <https://2019.vlex.com/#vid/355913130/fromCheckout>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19.031, Expediente No. 05001-23-25-000-1994-00020-01 (C.P. Enrique Gil Botero 14 de septiembre de 2011).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19.146, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146) (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo 22 de abril de 2015). Obtenido de

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2000-03838-01\(19146\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).pdf)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 22.745, Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745) (C.P. Mauricio Fajardo Gómez 14 de septiembre de 2011). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/95/S3/66001-23-31-000-1998-00496-01\(22745\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/95/S3/66001-23-31-000-1998-00496-01(22745).pdf)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 34.928, Radicación No. 68001231500019990233001 (34928) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 16 de febrero de 2017). Obtenido de http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/28-02-2017_68001231500019990233001.pdf

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 36.853, Radicación No. 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853) (C.P. Danilo Rojas Betancourth 26 de febrero de 2018). Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=86759

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 47.924, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03424-01(47924) (C.P. Hernán Andrade Rincón 13 de abril de 2016). Obtenido de <https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Grupos-Investigacion/Derecho-Internacional/Sentencias/2016/03-2016-11-sentencia-del-Consejo-de-Estado-del-13.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 7622 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo 12 de julio de 1993).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 27.522, Expediente No. 25000-23-26-000-2000-01293-01 (C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz 8 de mayo de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 32912, Radicación No. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912) (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 28 de enero de 2015).

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 28.769, Radicación: 25000232600020030020801 (C.P. Danilo Rojas Betancourth 13 de marzo de 2018).
Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/05/25000232600020030020801.pdf>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 00029, Expediente AG 2001-00029 (C.P. Enrique Gil Botero 18 de octubre de 2007).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 00385, Expediente AG 2003-00385 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez 15 de agosto de 2007).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 26.621, Expediente 07001-23-31-000-2000-00118-01 (C.P. Enrique Gil Botero 23 de Abril de 2013). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 31.170, Radicación No. 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170) (M.P. Enrique Gil Botero 28 de agosto de 2014). Obtenido de http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/juri/e_31170_14.doc

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 7428 (C.P. Julio César Uribe Acosta 6 de mayo de 1993).

Consejo de Estado. Sentencia 17.396, Expediente No. 27001-23-31-000-1998-00027-01 (C.P. Danilo Rojas Betancourt 4 de mayo de 2011).

Constitución Política de Colombia. (1991). *Actualizada con los Actos Legislativos a 2016*. Bogotá D.C.: Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Centro de Documentación Judicial– CENDOJ & Biblioteca Enrique Low Murtra -BELM. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Corporación Excelencia en la Justicia [CEJ]. (2013). *Sentencias con fichas de análisis*. Obtenido de cej.org.co: <https://www.cej.org.co/observatoriocpayca/index.php/jcc/776-sentencia-t-489-de-2013>

Corte Constitucional C-254 de 2003, Expediente LAT-229 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 25 de marzo de 2003). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2003/C-254-03.rtf>

Corte Constitucional C-333/96, Expediente D-1111 (M.P. Alejandro Martínez Caballero 1 de agosto de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/1996/C-333-96.rtf>

Corte Constitucional. Sentencia C-286/17, Expediente D-11669 (M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado 3 de mayo de 2017). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/C-286-17.rtf>

Corte Constitucional. Sentencia T-406/92, Expediente T-778 (M.P. Ciro Angarita Barón 5 de junio de 1992). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/1992/T-406-92.rtf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC016, Radicación n.º 11001-31-03-010-2011-00675-01 (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo 24 de enero de 2018).

Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gene2018/SC016-2018%20\(2011-00675-01\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gene2018/SC016-2018%20(2011-00675-01).doc).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2107, Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona 12 de junio de 2018).

Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/g062018/SC2107-2018%20\(2011-00736-01\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/g062018/SC2107-2018%20(2011-00736-01).doc).

Cortés, E. (2009). *Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?* Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia.

Cubides Camacho, J. (2005). *Obligaciones* (5 ed.). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

García, D. (2009). *Manual de Responsabilidad Civil y del Estado*. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Gil Botero, E. (2012). El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(8), 89-145. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385>

Gil Botero, E. (2017). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (7 ed.). Bogotá. Colombia: Editorial Temis.

González Noriega, O. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes. *Revista Humanidades*, 37(1). Obtenido de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734>

González Noriega, O. (julio-diciembre de 2012). Responsabilidad Extracontractual del Estado.

Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho. *Revista UIS Humanidades*, 40(2), 147-171. Obtenido de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/3465/3592>

Güechá Medina, C. (enero-junio de 2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 15(29), 95-109.

Obtenido de <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2371/2069>

Henao, J. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Henao, J. (2000). *Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Huérfano, C. (2014). *Las actuaciones de política judicial y la responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Irisarri Boada, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Santafé de Bogotá, D.C.: [Tesis de grado presentada para optar al título de Abogado]. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Isaza, M. (2009). *De la cuantificación del daño*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

Jezé, G. (1949). *Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de la administración pública*. Buenos Aires: Depalma.

- Jiménez, W. (enero-junio de 2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de Saberes*(38), 63-78. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696257.pdf>
- Larenz, K. (1959). *Derecho de las Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- López Mesa, M., & Trigo Represas, F. (2006). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Maldonado Gómez, T. (2007). La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. *Actualidad Jurídica*, 54-62. Obtenido de <https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/0/La+noci%C3%B3n+servicio+publico+concepci%C3%B3n+Estado+Social+de+derecho/2456ba68-9191-4662-885f-c4c1dda75ac4?version=1.1>
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Volumen 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Montaña Plata, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Rocha, C. (2015). *Metodología de la investigación*. México D.F.: Oxford University Press.
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Primer Sala. Sexta Época. Amparo directo 4809/66 (P. Agustín Mercado Alarcón 20 de enero de 1967). Obtenido de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/258/258965.pdf>
- Real Academia Española [RAE]. (2014). *Definición de dañar*. Obtenido de [dle.rae.es: https://dle.rae.es/srv/fetch?id=BrdY6Ro](https://dle.rae.es/srv/fetch?id=BrdY6Ro)

- Rodríguez, L. (2005a). La explicación histórica del derecho administrativo. En M. López Olvera, & D. Cienfuegos Salgado, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo* (págs. 293-315). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>
- Rodríguez, L. (2005b). *Derecho Administrativo, General y colombiano* (14 ed.). Bogotá: Temis.
- Rozo, P. (2002). *El Daño Biológico*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz Orejuela, W. (2007). *Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Universidad Sergio Arboleda.
- Ruiz Orejuela, W. (2015). *Responsabilidad del estado social de derecho por los actos del poder constituyente*. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Soler Pedroza, I., & Jiménez, W. (2009). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función Pública: luces y sombras. *Revista Civilizar*, 9(16), 73-90. doi:<http://dx.doi.org/10.22518/16578953.724>
- Tamayo Jaramillo, F. (1983). El daño civil y su reparación. Primera parte. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*(62), 31-70. Obtenido de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5790/5362>
- Universidad de Pamplona. (s.f.). *Guía análisis jurisprudencial*. Obtenido de [unipamplona.edu.co](http://www.unipamplona.edu.co): http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portaIIG/home_32/recursos/01_general/16082012/guia_analisisjurisprudencial.docx
- Valdivieso, M. (30 de enero de 2019). *¿Cómo se clasifica el perjuicio inmaterial en Colombia, actualmente?* Obtenido de asuntoslegales.com.co:

<https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/como-se-clasifica-el-perjuicio-inmaterial-en-colombia-actualmente-2821836>

Velilla, M. (2005). *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.

Villabella Armengol, C. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W. Godínez Méndez, & J. García Peña, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas* (págs. 921-953). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

World Health Organization [WHO]. (1948). International Health Conference Held. *Official Records of the World Health Organization No. 2: Summary Report on Proceedings Minutes and Final Acts* (págs. 1-144). New York: United Nations World Health Organization Interim Commission. Obtenido de https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85573/Official_record2_eng.pdf;jsessionid=ADD65D50D8C6E0ADBABA208BCD43C941?sequence=1

Zarate López, J. (1996). *Acción de repetición en la Constitución de 1991*. Bogotá: [Tesis de Grado]. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.