

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ÁREA : CIVIL – RESPONSABILIDAD MÉDICA
 ASUNTO : APELACIÓN SENTENCIA
 RADICACIÓN : 66001-31-03-005-2012-00465-03
 TEMAS : REPARACIÓN INTEGRAL – MEDIDAS SIMBÓLICAS
 MG SUST. : JAIME A. SARAZA NARANJO

Renovando el mayor respeto por las consideraciones jurídicas planteadas en el proyecto mayoritario, debo apartarme de las apreciaciones hechas en torno a la *reparación simbólica* denegada (Publicidad y ofrecimiento de disculpas públicas), pues estimo que ha debido reconocerse en esta instancia, con estribo en los breves comentarios que enseguida ofrezco.

Estoy en desacuerdo con que se deseche la condena simbólica porque la EPS no fue la que en forma directa ocasionó el detrimento, sino la IPS; con este sustento se quebranta el fundamento mismo de la solidaridad legal inherente a la prestación del servicio de salud, como bien se dijo en la motivación de la legitimación en la causa, al fin y al cabo resultan ambas responsables y por ello están llamadas a “reparar en forma integral” el perjuicio provocado, distinto será ponderar la medida, no su denegación.

Tampoco comparto el parecer expuesto por la mayoría sobre la limitación de estas medidas figurativas a los eventos de violación o amenaza a derechos humanos fundamentales de especial protección constitucional¹ o convencional², que si bien así lo ha entendido el Consejo de Estado³, además de ser criterio auxiliar para la justicia civil, existen precedentes en la especialidad, al menos tres (3), donde se reconocen para otras modalidades de daño: (i) La⁴ del caso Villaveces; (ii) En el año 1996⁵; y, (iii) Luego en

¹ CSJ, Civil. SC10297-2014.

² CSJ, Civil. SC9193-2017.

³ CE, Sección 3ª. 28-08-2014, expedientes Nos.2651, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149.

⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 21-07-1922, MP: Tancredo Nannetti, GJ, tomo XXIX, No.1515, p.220.

⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 26-05-1996, No.5244, citada por la CSJ Sala Penal SP6029-2017.

1999⁶. No es, entonces, del todo novedosa una condena en este sentido en el área del derecho privado.

Incluso, debe notarse cómo en el fallo fundacional de nuestra CSJ, se admite esa nueva especie y se condena al pago de una suma de dinero (\$20.000.000). Es claro que no privilegió tales medidas simbólicas, razón que ameritó la aclaración de voto del Magistrado Tolosa Villabona.

Además, hubo tres (3) salvamentos de voto que discreparon de considerar este nuevo rubro como una forma de daño, amén de que entendieron que la reparación de la responsabilidad civil no puede ser la opción prioritaria para para amparar esos derechos, pues el derecho público ofrece instrumentos orientados a impedir su violación, que deben ser complementados y no desplazados.

Y como si esto fuera poco, el tratamiento mismo de la modalidad de daño en comento, a más de su nominación diferente, guarda sustanciales disidencias en su caracterización y comprensión⁷: el CE privilegia las medidas figurativas, mientras que la CSJ no; ante la justicia administrativa es innecesaria petición expresa, contrario a lo sugerido por la Corte; y así otras tantas de entidad suficiente como para predicar que su condigna aplicación tiene criterios dispares que ameritan un examen riguroso, siempre para evitar impropiedades intelectivas que repercutan, en últimas, en la coherencia sistémica debida por la administración de justicia a sus justiciables, pues se traduce en inseguridad jurídica.

En suma, está en construcción aún esa conceptualización, en la misma Colegiatura de la justicia ordinaria. Y no puede desdeñarse que la mencionada sentencia de la CSJ no ha tenido más desarrollos o aplicaciones posteriores como para colegir su consistencia doctrinal.

⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 24-05-1999, No.5244.

⁷ CASTRO E, Mariana. Revista "Responsabilidad civil del estado", No.38, Daños por afectación a los derechos constitucionalmente protegidos: ¿Cambio de paradigmas de la responsabilidad en Colombia? Medellín, A., IRCE, noviembre de 2016, p.193-237.

Restringir la noción de una condena de orden no pecuniario a la tipología reseñada por la CSJ y el CE, entraña grandes y serias dificultades, habida consideración de las ambigüedades dogmáticas que advierte la doctrina especializada, en tales categorías, que en honor a la síntesis, a ellas se remite para mayor ilustración académica⁸⁻⁹.

En abono del razonamiento postulado cabe decir que el mismo CE, como pionero en el reconocimiento de esta tipología de daños, aún no decanta con propiedad los criterios para su aplicación, basta revisar la sentencia de unificación del expediente No.26.251 para advertir que dio por probada la afectación de estos derechos y sin embargo no ordenó medidas simbólicas por ello, se fundaron en la muerte como efecto de aquella vulneración, la orden dada careció del reconocimiento tales derechos, en cambio se orientó a que la entidad admitiera su responsabilidad en la muerte del niño en el Marceliano Ossa de esta ciudad.

Se adujo también en la decisión de la mayoría, para desestimar la pretensión que faltaba similitud fáctica con el caso resuelto en sede constitucional (T-576 de 2008), porque allí hubo, además de demora, “*trabas administrativas*”, sin embargo, debe advertirse que en ambos se trata de la muerte de menores de edad, personas de especial protección constitucional, estimo que bastaba con la negligencia sin necesidad de acudir a más agregados, pues de lo que se trata con estas condenas es una *reparación integral*, tal cual manda en forma imperativa el artículo 16 de la Ley 446, que en manera alguna dispone de más elementos que la declaratoria de responsabilidad, amén de que se declaró exequible, C-114 de 1999, sin condicionamientos.

La evolución del derecho de la responsabilidad patrimonial (Civil y administrativa, principalmente), muestran la necesidad de avanzar en los mecanismos alternos a los dinerarios, para procurar la aplicación de la

⁸ MACAUSLAND S., Ma. Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2015.

⁹ ROJAS Q., Sergio. El daño a la persona y su reparación, 2015, IARCE y editorial Ibáñez, Bogotá DC, p.139.

reparación integral y la equidad en el resarcimiento del perjuicio irrogado a las víctimas; no en vano está superada la noción de “*indemnización*” prescrita por el artículo 1613 de nuestro centenario Estatuto Civil Sustantivo, que al pasar de las décadas y los juicios hermenéuticos de la judicatura y la doctrina, se renueva con la noción de reparación integral contenida en varias normas nacionales, que prohíjan la tendencia de las reglas internacionales.

Basta por vía de ejemplo revisar la Ley 446 de 1998 ya citada, Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011, avaladas por la Corte Constitucional en múltiples decisiones, entre otras: C-916 de 2002, C-715 de 2012 y C-180 de 2014, que están en armonía con la normativa internacional (Convención Americana de Derechos Humanos, Estatuto de Roma, específicamente para el derecho privado los principios Unidroit, en particular para la comunidad Andina la Decisión 486 de 2000).

Corren tiempos propicios en los escenarios forenses, para aplicar los postulados axiológicos centrados en la persona, como refleja nuestra Carta Política y el proceso de constitucionalización, de tal manera que prevalezcan, ante lo monetario - sin excluirse -, la dignidad humana y la solidaridad; no únicamente se cumple la función reparadora con imposiciones tasables en dinero, basta una mirada al entorno regional para hallar ejemplos de ese talante, prácticas que se enrutan por esa senda, así se evidencia en Argentina, Perú, Venezuela, México.

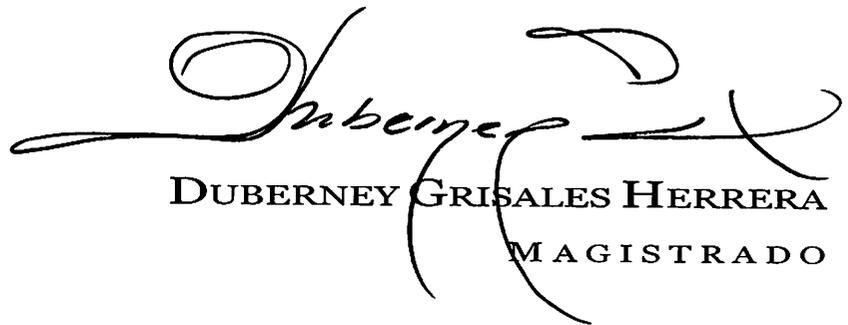
La literatura jurídica nacional¹⁰ aboga por una tesis comprensiva de la función reparadora, más allá de una mera indemnización, para todas las áreas del derecho, dado que ninguna diferencia particular en lo sustancial se halla para tal reconocimiento; en esa línea de pensamiento, la profesora Macausland¹¹, quien asevera: “*Se espera, entonces, que la evolución continúe y, especialmente, que no se limite la posibilidad de reconocer estas reparaciones no*

¹⁰ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, En: La responsabilidad extracontractual del Estado, XVI Jornadas internacionales de derecho administrativo, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2015, p.33-117.

¹¹ MACAUSLAND S., Ma. Cecilia. Tipología y reparación del daño no patrimonial, situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2013.

pecuniarias a los casos en que el daño implique graves violaciones de derechos humanos de la víctima, sino que se extienda a todos aquellos eventos en los cuales la aplicación de los principios de reparación integral y equidad, así como las condiciones específicas del daño inmaterial causado, indiquen que su satisfacción puede producirse recurriendo a aquellas.” De parecer semejante la doctora Castro Echavarría¹², el juicioso estudio atrás enunciado.

Pereira, Rda., 10 de agosto de 2017



DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

¹² CASTRO E, Mariana. Ob. cit.