

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

**RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR FALLA EN EL SERVICIO
MEDICO**

BRUCCE DANOBIS ZEA NUÑEZ

PAULA MAZUERA

Dra.

**FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

BOGOTA

2021

Agradecimientos

Tabla de contenido

Introducción.....7

1. Justificación.....8

2. Planteamiento del problema13

 2.1 Descripción del problema13

 2.2 Formulación del problema.....14

3. Hipótesis.....15

4. Objetivos17

 4.1 Objetivo General.....17

 4.2 Objetivos Específicos.....17

5. Marco referencial.....18

 5.1 Marco teórico18

 5.1.1 La falla médica18

 5.1.2 La relación de causalidad en la falla medica22

 5.2 Marco legal.....25

6. Metodología de investigación.....29

 6.1 Tipo de estudio29

 6.2 Técnicas de análisis de información29

 6.2.1 Marco decisional29

Responsabilidad de la administración por falla en el servicio medico

	4
6.2.2 <i>Argumento de la decisión</i>	32
6.2.3 <i>Argumentos no esenciales</i>	33
6.2.4. Comentario.....	34
7. Resultados.....	35
7.1. Marco decisional.....	37
7.1.1. <i>Identificación</i>	37
7.1.2. <i>Problema jurídico o pretensión controlada</i>	37
7.1.3. Demanda (principales argumentos).....	37
7.1.4. Problema jurídico que enuncia el consejo de estado.....	39
7.1.5. Normas jurídicas relevantes para resolver el caso.	39
7.1.6. Decisión.	41
7.2. Argumento de la decisión.....	43
7.2.1. Problema jurídico que realmente resuelve el consejo de estado.....	43
7.2.2. Ratio decidendi (RD).....	44
7.3. Argumentos no esenciales.....	46
7.3.1. <i>Obiter dicta resaltables</i>	46
7.3.2. Intervenciones.	47
7.4. Comentario.	48
8. Evolución jurisprudencial.....	50
9. Resultados.....	87

Responsabilidad de la administración por falla en el servicio medico

5

10. Conclusiones89

11. Referencias Bibliográficas.....91

Resumen

Introducción

La responsabilidad derivada de la falta de servicio médico resulta una cuestión de sumo interés investigativo para los operadores de derecho, la coyuntura actual debido al covid-19 acrecentó las numerosas afectaciones a la población en materia de demandas y denuncias en ese sector, lo cual despierta el interés para estudiar la sentencia proferida por la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado en 2018, con ponencia de la consejera Stella Conto del Castillo del consejo de estado, del 10 de mayo, contra el Hospital Universitario San José de Popayán, por interpuesto recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.

En ese sentido, en el presente estudio se buscó analizar objetivamente la sentencia en mención, a partir de un análisis jurisprudencial que permitió encontrar elementos fundamentales como los elementos facticos y los argumentos jurídicos que propiciaron la redacción de la ponencia. Además, se exponen los diferentes casos que involucran la responsabilidad extracontractual del estado en casos de fallas médicas en la IPS, centramos la atención de este estudio en el fenómeno de la relación de causalidad de los diferentes hechos o fallas que ocasionaron la muerte de una madre gestante y su consecuente efecto en el neonato. Teniendo en cuenta, que todos los fallos del consejo de estado son susceptibles de análisis puesto que existen diferentes posturas jurídicas ante un mismo hecho, por consiguiente este caso se encuentra específicamente centrado en la relación de causalidad, la falla médica y responsabilidad del estado.

1. Justificación

La salud se ha constituido en uno de los servicios públicos más importantes que debe proveer un estado a sus habitantes. Este servicio debe ser ofrecido de manera eficaz, eficiente y oportuna, deben ser garantizados por este con el fin de preservar la vida e integridad de los ciudadanos. Por ser una función neurálgica el estado debe proporcionar todas las garantías, medicas, jurídicas, tecnológicas y logísticas para una eficaz operación y servicio a todos los ciudadanos sin distingo de edad, genero, raza, origen territorial, entre otras.

Recientemente el mundo fue afectado por un virus que afecto a todos los países del mundo, produciendo gran cantidad de muertes. Este virus y su contagio se convirtió en una pandemia con sus respectivas consecuencias en los sistemas de salud, y que especialmente evidencio las debilidades, en especial la falta de capacidad de atención, la disponibilidad de camas de unidades de cuidados intensivos, y el conocimiento científico en los procedimientos para atender las emergencias.

La pandemia por covid-19 es claramente una de las más fuertes frente a otras en la historia mundial, debido principalmente a la cantidad de personas afectadas y fallecidas, por su rápida propagación entre países, por la caída de las economías y por las medidas económicas y financieras extremas que han tenido que tomar los gobiernos, desencadenando consecuencias sociales y económicas palpables a corto, mediano y largo plazo. Según la CEPAL la pandemia provoco una contracción en las economías en Latinoamérica de cerca del 12%. Incremento los indicadores de pobreza a cifras cercanas al 45%. Y desencadeno un endeudamiento frente al PIB en la mayoría de países cercano al 65%.

Los sistemas de salud, por supuesto, han recibido de manera directa el peso ocasionado por la pandemia, viéndose afectada la integridad de quienes trabajan en este sector. Con corte a 19 de marzo de 2021, en el país se han presentado 50.405 casos de contagio en personal de la salud, según reporte del Instituto Nacional de Salud.

En reciente informe de la OPS, Georges C. Benjamin (2020), indica “La pandemia de COVID-19 ha sometido a una gran exigencia a los sistemas de salud pública de todo el mundo y ha puesto de manifiesto las deficiencias de la atención de la salud de las poblaciones desatendidas y vulnerables” (p.1). En el contexto de los determinantes sociales de la salud, es fundamental centrarse en la preparación del sistema de salud para proteger la salud de toda la sociedad”. Exigencias a las cuales solo respondieron acertadamente algunos países que han desarrollado su sistema, primero con mayor presupuesto de inversión y funcionamiento, segundo, con mayor investigación y tercero con mayores convenios de asistencia y apoyo con otras naciones.

Las debilidades en los sistemas de salud se constituyen en tema fundamental para profundas investigaciones, tanto sociales, económicas como jurídicas, que buscan determinar el nivel de desarrollo económico de un país. Cuando se hace referencia a desarrollo económico, se entiende como la capacidad que tiene un estado de proporcionar bienestar social y calidad de vida a sus ciudadanos, siendo el servicio de salud uno de los sectores más importantes para el bienestar de una población. Pero no solo es la capacidad de atención, sino que también es fundamental estudiar la calidad en los servicios prestados.

En este estudio se analizará un caso que va a permitir determinar la calidad en el servicio y especialmente el tratamiento y análisis jurídico de un caso específico en una mujer gestante y el fallo del consejo de estado.

Por consiguiente, adquiere relevancia el estudio de diferentes casos de fallas en el servicio de salud, por parte de instituciones prestadoras de servicio de salud, al igual que los estudios de las capacidades y desarrollo tecnológico del sector.

En el análisis de los sistemas de salud, no solo se contempla la fragilidad y capacidades del sistema, sino la calidad y eficiencia en el servicio, y es en este sentido donde el presente estudio enfoca sus objetivos. Si el servicio que se presta presenta deficiencias se ve abocado a recibir denuncias por parte de los usuarios y esto se constituye en uno de los principales gastos por parte del gobierno nacional.

Resulta importante destacar que los procesos judiciales en contra del estado suman aproximadamente “333.021 procesos judiciales que involucran 400,5 billones de pesos; 71 arbitrajes nacionales por 3,5 billones de pesos; 16 procesos de controversias internacionales, por 21,8 billones de pesos, y 1.125 peticiones del sistema interamericano de derechos humanos” (Revista Semana, 2021, p.1). Asimismo, el artículo expone que:

De todas las demandas que enfrenta el Estado colombiano, el sector Trabajo (4,9 %) lleva la delantera, como el más demandado. La razón se debe a que en esta rama está Colpensiones, que maneja uno de los temas más sensibles: las pensiones públicas, y, por tanto, está más expuesto a demandas (Revista Semana, 2021, p.1).

Al sector trabajo, dentro del escalafón de los más demandados, le sigue Defensa, con un 15 % de los procesos judiciales; al igual que Educación (14,8 %); Hacienda, con 13,2 %, por incluir el tema tributario que maneja la Dian.

De lo anterior se puede destacar para el presente estudio que el sector salud representa el 3,7% de los procesos, es decir de 333.021, esto representa aproximadamente 12.321 procesos judiciales.

Se busca analizar jurídicamente un fallo del consejo de estado, donde la nación se ve afectada, por un mal procedimiento medico en una institución prestadora de servicios de salud. Estos estudios llevan a que las IPS, mejoren su desempeño y que, en la medida del mejoramiento de su eficiencia en el servicio, se reduzca considerablemente los procesos judiciales en contra del estado.

Por ello, se realiza un análisis jurídico, su trazabilidad, los elementos facticos y la argumentación jurídica, determinados en la sentencia, No. 190012331000200302031 (38888) de mayo 10 de 2018 del consejo de estado, presentado en el Hospital Universitario San José de Popayán.

Son entonces factores que le brindan gran importancia al presente estudio. Entre estos se pueden relacionar, los elementos jurídicos de una sentencia, y su relación con los gastos del estado por demandas con responsabilidad extracontractual en contra del estado,

La constante y permanente negligencia de algunas instituciones prestadoras de servicios de salud, la confianza de la población en el sistema de salud y el concepto de eficiencia del

estado. Todos estos elementos le dan relevancia al presente estudio que servirá de fundamento para realizar próximas investigaciones relacionadas.

Otros elementos jurídicos serán analizados como, la relación de causalidad entre los dos hechos ocurridos en la sentencia, el valor de la prueba pericial, la omisión de los hechos y de la prueba, y en general la falla probada.

También se puede inferir la importancia de presumir el actuar culposo de las entidades del Estado, que por mandato constitucional tiene su fundamento en los principios de justicia, legalidad y de buena prestación de los servicios públicos, sin embargo, en la práctica han venido siendo mal implementados y operacionalizados por las entidades públicas prestadoras del servicio de salud, esto significa que el Estado se ha convertido en el principal transgresor del ordenamiento jurídico, pues en las fallas médicas en la prestación del servicio médico, de una u otra manera, lo que existe es una violación de normas que protegen derechos de los particulares. Esto ratifica el concepto de credibilidad institucional del estado no solo en los sistemas de salud sino en la justicia, pues para algunas de las partes no actuó a favor mientras que para la otra actuó en justicia.

2. Planteamiento del problema

2.1 Descripción del problema

No solo se menciona la importancia de los gastos que generan las demandas contra el estado por la mala praxis en el servicio médico, sino que todos estos hechos han generado desconfianza en el sistema de salud.

La falta de confianza generalizada por la sociedad, conlleva que muchos habitantes no se vinculen oficialmente al sistema de salud que rige en el país, que incluye las EPS y las IPS.

Durante el periodo de la pandemia Covid-19, un estudio realizado arrojó datos que reflejan parte de la falta de credibilidad, Solo el 19% de los colombianos confía en las cifras proporcionadas por el Ministerio de Salud con respecto al número de muertes y contagios que registran las autoridades a causa de la enfermedad del coronavirus (Mendoza, 2021).

Importante también conocer los resultados de una encuesta, desarrollada por el Observatorio Pulso del Consumidor de SINNETIC, con el apoyo de la Universidad del Rosario y El Tiempo, donde se entrevistó “cada mes del segundo trimestre, a 680 personas de las principales ciudades del país, de las cuales, el 62% indicó que no confía en las cifras oficiales de la pandemia, mientras que solo el 19% afirmó que sí” (Mendoza, 2021. p.1).

Este es uno de los indicadores de confianza, concentrado en la información que expide el ministerio de la salud. Respecto a la confianza en el servicio.

Igualmente se presenta unos elementos jurídicos que merecen atención del presente estudio. Los reiterados errores o fallas médicas en el ejercicio de los profesionales de la salud. La violación de derecho a la hospitalización o permanencia hospitalaria asistida. Esta violación o

falla se presenta cuando no se considera la necesidad, por la historia clínica, la sintomatología y algunos signos vitales, de hospitalizar al paciente y este es remitido a su hogar, y además en algunos casos se realiza en forma extemporánea.

Es claro que en esta sentencia se presentan tres hechos jurídicos relevantes que ocurren casi simultáneamente. Primero el hecho de la necesidad inmediata de la cirugía de cesárea, la muerte de la paciente y las afectaciones neurológicas producidas en el neonato, durante su periodo de gestación. Resulta relevante para el autor del presente estudio, analizar la relación de causalidad entre estos tres hechos. De allí también se desprende el análisis pericial y probatorio, en la determinación de la posible causa del fallecimiento de la madre gestante y de la afectación neurológica del neonato.

Este análisis jurisprudencial tendrá como base la sentencia proferida por la Sección tercera, subsección B, No. 190012331000200302031 (38888) de mayo 10 de 2018, con ponencia de la consejera Stella Conto del Castillo del consejo de estado, del 10 de mayo de 2018, contra el Hospital Universitario San José de Popayán, por interpuesto recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.

2.2 Formulación del problema

El agravamiento y posterior muerte de la señora Vanessa Ochoa del Pino fue causada por falta de atención médica oportuna de parte del personal del Hospital Universitario de José de Popayán pues si se hubiere practicado a tiempo una intervención quirúrgica pronta a la paciente, posiblemente el resultado hubiere sido distinto al fatal deceso

3. Hipótesis

El estudio de la sentencia relacionada, lleva a preguntarse si realmente existe una relación de causalidad entre el hecho de la muerte de la paciente y la no realización de la cirugía de cesárea y el consecuente daño neurológico al neonato. Este realmente sustentado en la prueba pericial que la señora gestante requería el procedimiento quirúrgico inmediato de cesárea, que llevaría a impedir su fallecimiento y posteriormente que él bebe no sufriera el daño neurológico. Hechos relacionados en la sentencia indican que los diferentes signos médicos, no ameritaban una cirugía de cesárea inmediata. Por el contrario, sufre la paciente una convulsión inesperada con daño fibrilar que le ocasiona paro cardiorrespiratorio y desencadena en su muerte, hecho inesperado e impredecible y que según informes médicos no está relacionado con el proceso de gestación de la madre. Todos estos acontecimientos generan cuestionamientos del hecho jurídico que deben ser analizados. Igualmente, si la relación de causalidad no cuenta con una real valoración de la prueba que determine responsabilidad del estado en el fallo del consejo de estado.

Llama la atención lo manifestado en la sentencia 190012331000200302031 (38888), lo impugnado por el Hospital Universitario, que dice:

(...) no se acompaña con los dictámenes rendidos por expertos en el sentido de que no existía en la historia clínica registros que sugirieran que la paciente tenía riesgo de presentar

cuadro clínico de convulsión, seguido de paro cardiorrespiratorio y fibrilación (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, 190012331000200302031, 2018, p.44).

Así mismo, la cesárea tampoco era procedente pues el embarazo evolucionó en condiciones normales. De igual manera, cuestiona que el tribunal derivó la responsabilidad de la falta de atención a la paciente el día 23 de noviembre bajo el argumento de que se le restaron posibilidades de vida, pues se trata de un hecho incierto. Finalmente, echa de menos el nexo de causalidad entre la supuesta omisión y la muerte de la paciente”.

Por varios argumentos jurídicos se ve la necesidad de exponer varios conceptos teóricos relevantes como son, la falla médica, la responsabilidad extracontractual del estado, la relación de causalidad y la prueba pericial, entre otros, como conceptos fundamentales para el desarrollo del presente estudio.

4. Objetivos

4.1 Objetivo General

Analizar jurisprudencialmente la sentencia No. 190012331000200302031 (38888), proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se considera la responsabilidad extracontractual del Estado, por falla del servicio médico, en la atención de una mujer gestante, frente a la relación de causalidad de tres hechos jurídicos, presentada en el Hospital Universitario San José de Popayán.

4.2 Objetivos Específicos

- 1- Establecer la evolución jurisprudencial de la responsabilidad medica del estado, por falla en el servicio a mujeres gestantes, donde madre gestante e hijo son afectados.
- 2- Describir los elementos facticos que dieron origen a la demanda de reparación directa por falla en el servicio médico, respecto a la relación de causalidad de tres hechos jurídicos con la madre gestante, el procedimiento de cesárea, la muerte de la gestante y el daño al neonato.
- 3- Identificar los principales argumentos jurídicos, expuestos por el consejo de estado, al responder la demanda por reparación directa por falla en el servicio médico a mujer gestante

5. Marco referencial

5.1 Marco teórico

5.1.1 La falla médica

La falla médica se ha convertido en la principal trasgresión cometida por las entidades prestadoras de servicio de salud del estado. La Responsabilidad por falla médica, es el concepto de imputación de mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares del sistema se constituyen como el mayor generador de perjuicios, y es el criterio más usual de responsabilidad administrativa.

El ejercicio de la medicina es reconocido como una de las ciencias más complejas para su ejercicio. La complejidad y rigurosidad en el proceso de formación por parte de los profesionales de la medicina no es ajena a la complejidad y responsabilidad a la hora de ejercer su profesión. Su gran complejidad se refiere también a los hechos imprevisibles que pueden ocurrir en el organismo de las personas. No existe en algunos casos previsibilidad de los hechos o reacciones en el organismo humano.

Dicho lo anterior, se puede señalar que la práctica profesional de la medicina, definida como “una actividad compleja en razón a los riesgos que apareja, no se encuentra exenta de generar daños o perjuicios de los cuales se pueda exigir reparación por vía judicial” (Jimenez, 2012, p. 4)

Esto determina una gran vulnerabilidad del sistema de salud que no exime al estado de su responsabilidad por los daños ocasionados por la mala prestación del servicio, tema que ha sido tratado permanentemente por el consejo de estado.

La falla en el servicio, trasciende a la atribución de la culpa según el pronunciamiento de Pelletier, es decir, la culpa personal y la culpa del servicio. En los procesos médicos y en la administración de los servicios médicos se evidencia que este actuó mal, tardíamente o no actuó, esta concepción debe superarse y debe hablarse la de existencia de actuaciones irregulares de las entidades públicas; lo cual implica, según Foillard, que existe:

La posibilidad de extender los eventos de falla del servicio, por cuanto en la irregularidad es posible involucrar toda actuación de las personas jurídicas públicas, que se aleje del buen servicio, siempre que se identifiquen parámetros mínimos de correcta actividad administrativa (Foillard, 2004, pág. 378)

La responsabilidad del estado está consagrada en la constitución, que indica, que el Estado es el responsable de garantizar los derechos fundamentales de los individuos, en este caso el derecho a la salud, para lo cual debe diseñar programas, crear empresas de servicios públicos, y garantizar su funcionamiento, que permitan atender a la población, como lo es la prestación de los servicios de salud a través de las ESE.

Por su parte, Aristimuño, M., & Monroy (2014) ha expresado que:

Dentro del marco de los derechos sociales y económicos, se consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y

control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que la misma ley establece (p.1).

Se destaca de esta disposición constitucional el concepto de prestar el servicio con efectividad que debe ser garantizada por el estado, a todos los habitantes del territorio nacional. Esto lleva a inferir que mediante todos los medios de los que dispone el estado, este debe garantizar la eficacia en la prestación del servicio de salud. Si por el contrario las entidades no cumplen con esta disposición, el estado será el responsable por el no cumplimiento y acarreará los costos de los perjuicios a que haya lugar.

Muchos juristas y en especial consejero de estado han dictado innumerables sentencias respecto a la responsabilidad médica. Es el caso del Magistrado del Consejo de Estado Daniel Suarez Hernández, que define la responsabilidad médica, como:

La responsabilidad médica del estado por los servicios médicos es, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, una responsabilidad por falla del servicio, sin que haya admitido que en ella pueda tratarse de una responsabilidad objetiva, en la cual, sin demostrarse la falla, pueda el Estado ser condenado a pagar perjuicios". (Suarez, 1998, p. 1)

Se convierte entonces, esta definición en un concepto totalmente pertinente respecto al caso tratado en este estudio, pues como se observa en su desarrollo, no se comprueba una relación de causalidad en los hechos, y sin embargo el estado es condenado a pagar los perjuicios

a los demandantes. Respecto a esta decisión la sentencia citada se argumenta en otro fallo de la misma corporación que dice: Actualmente, la jurisprudencia contenciosa sostiene que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran –daño, calidad de la actividad médica y nexo de causalidad entre ésta y aquél (Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, 25000-23-26-000-2001-01792-01(30166), 2014).

Igualmente, dentro del acervo teórico de las diferentes sentencias de casos relacionados, promulgados por el consejo de Estado se encuentra el proferido por el Consejero Andrade Rincón, que manifiesta:

(..) de manera que apreciados en su conjunto permitan establecer el juicio de responsabilidad, de cara a los elementos incorporados al proceso, sin que resulte imperativo subsumir el asunto en los tradicionales regímenes de responsabilidad, pues el artículo 90 Constitucional reclama la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión, siempre en el marco de los principios constitucionales y legales que gobiernan el ejercicio de la función administrativa y la prestación de los servicios públicos (Noticiero Oficial, s.f, p. 1).

5.1.2 La relación de causalidad en la falla medica

Determinar la relación de causalidad, que en algunos casos es la causa - efecto, es uno de los hechos más difíciles de probar, inclusive en algunos casos pasa desapercibido. Son tan relevantes otros hechos y sus daños son tan grandes que la causalidad pasa a un segundo plano. Pero en algunos casos no. Diversas definiciones sobre la relación de causalidad se han escrito, pero se debe mencionar, la siguiente: “La acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputado y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa” (Itarruspe, 2004, p. 1)

Sin embargo, no se aparte de las definiciones investigadas que el concepto de causalidad, aborda en algunos casos el análisis bajo la consideración de ciencias exactas, como la física o llamadas también “Ciencias Duras”, diferentes a las del derecho. Se menciona que no es solo tema del derecho sino un tema científico y filosófico, dependiendo de su abordaje de los hechos presentados. Por consiguiente, existen diferencias de apreciación en los casos de la responsabilidad médica por “mala práctica” y del error inexcusable.

Bajo estas consideraciones se hace indispensable mencionar lo relacionado por el autor:

El resarcimiento en que se traduce la responsabilidad puede comprender a todas las consecuencias dañosas del obrar del agente, sin límite ni restricción alguno, por más remotas que ellas sea, bastando la demostración de algún vínculo o relación de causalidad, o bien, por el contrario, puede limitarse a cubrir ciertas circunstancias, requiriendo la prueba de una determinada relación de causalidad, siendo esta última una postura particularizada”. (Itarruspe, 2004, p. 1)

Se puede constatar que la ocurrencia de un evento por parte de un agente transgresor o infractor, puede ocasionar innumerables sucesos como efectos, considerar los múltiples daños, que ocasione, por remotos que estos sean, es una de las posibles posturas o criterio individual que asuma un juez. Igualmente, si se desea optar por esta postura, de considerar todos los posibles daños, tendrán que ser probados con la misma rigurosidad que si fuera asumida la postura de considerar únicamente el efecto más probable.

Surge aquí el concepto de “conditio sine qua non”. Bajo esta teoría cada condición es causa de todas las consecuencias, puesto que, si se elimina la causa, no existirían los resultados.

Este concepto fue expuesto por Von Buri en 1860 y entro en rigor desde 1885, fue denominado la teoría de la equivalencia de valores. Quiere decir que tanto las causas como los efectos los coloca en el mismo plano o en la misma escala de valor. Los dos tienen importancia, pero si el primero no ocurre, pues no se da el resultado, o viceversa.

Estudiando esta teoría surge por consiguiente la posibilidad de realizar la siguiente pregunta, ¿si se hubiera realizado la cesárea a la gestante tan pronto se presentó en el Hospital, igualmente hubiera fallecido? Para Stuart Mill,

(...) el enunciado de la causa es incompleto si de un modo u otro no introducimos en las todas las condiciones... la suma total de las fuerzas que han intervenido de algún modo en la producción del fenómeno debe ser considerada como causa de este” (Mill, 1869)

Nace en esta teoría, el concepto de “La causa Próxima”. Como lo describe la teoría tratada previamente, se pueden y deben considerar todas las causas y todas las consecuencias o una sola causa. Pues este concepto de la causa próxima, indica que se debe considerar como más

probable a aquella que temporalmente se halla más próxima al resultado, por asociación o relación de la más reciente o cercana en el tiempo. Este es un concepto dentro de las posturas que puede asumir un juez. Pues sería bastante dispendioso analizar las causas lejanas, pues se incurriría en analizar las causas de las causas, y esto sería para el derecho una tarea infinita. Es claro que las causas remotas están más lejanas temporalmente e inclusive pasan desapercibidas o no valoradas en el pasado. Causas a las que en el pasado no se les dio valor, lo obtienen cuando se presentan consecuencias o daños graves y ese caso si son consideradas como causa del daño. Estas posturas fueron acogidas por el código civil italiano y por el artículo 1551 del código civil de Francia.

Otra teoría que es pertinente a la relación de causalidad, es considerar la “causa más eficiente”. Es considerar la condición que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado. Aquella que más elementos ha aportado al desarrollo del daño. Se puede denominar también como la más eficaz o activa, no solo por su cercanía sino por su evidente presencia.

Para Antolisei este concepto lo interpreta como: “No basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para que sea su causa eficiente: para ello es necesario que tenga, por si, la virtualidad de producir semejante resultado” (Antolisei, 1960)

Siguiendo con el estudio de la causa y su relación con el efecto o daño, se debe recordar que no toda condición es una causa. Por esto surge la teoría de la “Causa adecuada”, o sea aquella que no es simplemente una condición del lugar o momento específico del evento sino que es aquella condición que es idónea para determinarse como causa, que son realmente consecuencias directas para considerarlo, y que se pueden verificar en el curso ordinario de la vida. Algunos autores consideran la posibilidad que se repita en similares condiciones, pues en

este caso pasa a ser una causa directamente relacionada al tener la capacidad de repetirse en el transcurso del tiempo. Se ha escrito que la causa adecuada o relacionada produce efectos típicos y aquellas causas fortuitas o inesperadas producen efectos atípicos.

5.2 Marco legal

El ordenamiento legal del presente estudio está consagrado fundamentalmente inicialmente en la Constitución Política de Colombia. El artículo 48 de la constitución brinda los cimientos de la responsabilidad del estado en los servicios públicos que brinda a su población.

Artículo 48:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” (Constitucion politica de Colombia [Const], 1991).

Interesa a la carta magna, consagrar la responsabilidad del estado en la prestación del servicio de salud, cuando enuncia que es de carácter obligatorio y que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del estado. Es en estas palabras donde el estado asume la obligación de administrar, coordinar y especialmente controlar la prestación del servicio. Cuando se menciona la función de controlar esta involucra, establecer los parámetros, los procesos adecuados, la tecnología necesaria, y todos los estándares de calidad que garanticen su eficiente y eficaz ejecución garantizando los mejores resultados.

Igualmente al estado ser el administrador general y universal, y siendo el poseedor de todos los recursos disponibles de un estado, pues tendrá toda la capacidad para garantizar su cumplimiento, y más cuando se trata de la salud y la vida de sus habitantes.

De allí que todo hecho antijurídico relacionado con falla en el servicio médico público, involucra inmediatamente al estado pues él es el primer responsable general como lo manifiesta la constitución. No se debe asumir esta responsabilidad por una contratación o prestación del servicio directamente, pero si la figura de prestación indirecta a través de las instituciones de salud autorizadas para prestar el servicio por parte del estado.

El servicio de salud por ser público y obligatorio, se convierte en un deber prestacional del Estado, es generado por de la prestación del servicio por parte de los profesionales de la salud, una mala prestación del servicio, una negligencia, falta de oportunidad o diligencia en la atención, y que puede generar perjuicios a los pacientes, es reclamado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante una acción de reparación directa, a fin de que le sean resarcidos los perjuicios ocasionados, lo cual a su vez afecta a los administrados.

Una de las más importantes disposiciones legales que regulan la salud, es la ley 100 de 1993, donde principalmente se regula el sistema general de seguridad social integral. En ella se define la seguridad social integral como:

La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad, (Ley 100, 1993)

El estado colombiano ha expedido leyes para continuar con el proceso de mejoramiento y regulación del servicio de salud. Dentro de este orden jurídico expidió la Ley 1122 del 2007, con el objetivo de:

Artículo 1:

Esta ley tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de, inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud (Ley 1122, 2007)

El gobierno nacional en concordancia con lo ordenado por la constitución política, debe realizar acciones y reformas que propendan por el mejoramiento en el servicio de salud, y en esta ley ordena aspectos como financiación, racionalización y equilibrio entre los actores del sistema.

Sin embargo, en los estudios de derecho, son relevantes las sentencias proferidas por las diferentes cortes del estado. Por ejemplo, el fallo de la corte constitucional que interpreta la responsabilidad del estado en una falla médica, tal como lo demuestra la Sentencia T-845 de 2006 M.P. donde el Dr. Jaime Córdoba Triviño, estableció que:

La salud, es un derecho fundamental autónomo tutelable de manera directa; es decir que el servicio público de salud es una de las actividades esenciales del Estado cuya prestación de manera oportuna y eficaz deben ser garantizadas por aquél con el fin de garantizar la vida e integridad de los administrados. En Colombia, esta obligación que le asiste al Estado de garantizar la prestación del servicio público de salud, la cumple por medio de la red de hospitales e instituciones de salud públicas, en su mayoría Empresas Sociales del Estado, pero allí no termina su deber, ya que debe hacerlo de manera oportuna y eficiente so pena de incurrir en una vulneración al derecho a la salud que como fundamental y autónomo que es, no sólo es susceptible de protección constitucional directa por la vía de la tutela sino que su vulneración constituye un perjuicio en sí mismo indemnizable.”(Corte Constitucional de Colombia, sentencia 845-06, 2006)

Socava esta sentencia de la corte constitucional todas las responsabilidades y todas las teorías respecto a la responsabilidad del estado, frente a todas las actuaciones medicas de las instituciones prestadoras de servicios de salud.

6. Metodología de investigación

6.1 Tipo de estudio

El tipo de investigación a desarrollar en este trabajo es el análisis jurisprudencial, ya que la naturaleza de esta investigación es netamente jurídica. El análisis jurisprudencial es un trabajo hermenéutico que se hace de las sentencias y autos emitidos por los jueces, ya sean de las altas cortes o de instancias menores dentro del aparato judicial vigente.

6.2 Técnicas de análisis de información

Se analizará la sentencia del Consejo de Estado, Sala Tercera, radicado # 38888 del 10 de mayo de 2018, en la que se confirmó la declaratoria de responsabilidad del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN, por falla en el servicio médico. Para el efecto, se diseñó un formato de análisis jurisprudencial que abarca los ámbitos interesantes de la sentencia, su base normativa, los conceptos jurídicos y extrajurídicos que sirvieron para tomar la decisión y, para terminar, un análisis jurídico de la decisión, referido a la importancia y trascendencia de la misma. El formato elaborado para el análisis de sentencias del Consejo de Estado se estructuró, para este trabajo escrito, de la siguiente manera.

6.2.1 Marco decisional

6.2.1.1 Identificación.

- ✓ Número.

Es la identificación de la sentencia o su número de radicado.

- ✓ Fecha.

Se indica aquí la fecha cuando se emite sentencia.

- ✓ Magistrado ponente.

Nombre del magistrado que sustentó la decisión y que propuso a la Sala una determinada sentencia para su discusión. Se precede el nombre del magistrado o magistrada, con la sigla M.P.

- ✓ Aclaran el voto.

Aquí se anota los nombres de los magistrados que aclararon su voto. Un magistrado aclara su voto cuando está de acuerdo con la sentencia o decisión, pero no está de acuerdo con la justificación de la misma, en todo o en parte, o simplemente desea aclarar algún aspecto de la sentencia propuesta por el magistrado ponente.

- ✓ Salvan el voto.

En este punto se indica qué magistrados salvaron su voto. El salvamento de voto se presenta cuando no se está de acuerdo con la decisión tomada por la Sala.

6.2.1.2 Razón jurídica para revisión.

Se indica aquí las razones por las que se solicita la revisión de la sentencia por parte del Consejo de Estado. Si las razones expuestas son muy extensas, es posible hacer un resumen de

las mismas y transcribir lo relevante al tema para la comprensión de su contenido, efecto o alcance.

6.2.1.3 Argumentos del demandante.

Se resumen aquí las razones del demandante para justificar su petición de revisión de la sentencia.

6.2.1.4 Problema jurídico que enuncia el Consejo de Estado.

Se indica aquí el problema jurídico que el Consejo de Estado va a resolver. Puede transcribirse o copiarse. El problema jurídico es, normalmente, una pregunta que va a servir de guía a los argumentos que serán fundamento de la decisión que tome la Sala respectiva del Consejo de Estado. En ocasiones la pregunta que se enuncia es clara y explícita, por ejemplo, cuando entre signos de interrogación se pregunta: ¿se atendió eficientemente a la paciente? ¿hubo negligencia médica? En otras ocasiones, el problema jurídico no se enuncia como literalmente se pregunta, caso en el que debe identificarse la parte en la que la Sala aclara sobre qué punto va a tomar la decisión final.

Es posible encontrar sentencias con varios problemas jurídicos planteados. En estos casos, se selecciona el problema jurídico principal y se analizan los demás cuestionamientos como problemas jurídicos secundarios.

6.2.1.5 Normas jurídicas relevantes.

Se enumeran aquí las normas jurídicas relevantes sobre las que el Consejo de Estado se basó para tomar su decisión y resolver el caso. Normalmente se trata de las normas con carácter constitucional que sirven de fundamento a la decisión de la alta corporación de justicia. En

ocasiones, puede no aparecer la norma constitucional expresamente, sino por medio de referencias al contenido material de la norma o normas constitucionales.

6.2.1.5 Decisión

Aquí se transcribe, copian o se indican los argumentos esenciales de la decisión final. Es el “resuelve” del Consejo de Estado o sentencia final.

6.2.2 Argumento de la decisión

6.2.2.1 Problema jurídico que realmente resuelve la corte

No debe confundirse con el problema jurídico que inicialmente planteó la Sala del Consejo de Estado, aunque puede tratarse del mismo. Se trata de mostrar cuál es el problema que lleva a la resolución del asunto.

El problema jurídico es una cuestión que plantea una confrontación de principios jurídicos, latentes para resolver el caso estudiado por el Consejo de Estado. En muchos casos, el problema jurídico enunciado inicialmente, dista mucho del problema o cuestión que finalmente resuelve. En estos casos, el problema jurídico hay que construirlo, si no se enuncia específicamente. Para esto, se parte del problema jurídico planteado inicialmente y se va depurando en la medida en que la ratio decidendi vaya exponiendo cuál es el cuestionamiento fundamental del caso.

En la práctica, el Consejo de Estado aborda problemas jurídicos abstractos, como cuando se pregunta si el comportamiento que se debate en el caso es contrario o no a la ley. Un interrogante como este, no permite identificar cuál es la confrontación puntual entre los

principios jurídicos debatidos. Es necesario especificar, claramente, el problema jurídico fundamental del caso analizado, para tomar una decisión correcta. Es posible que, para un mismo caso, se traten varios problemas jurídicos en una sentencia, caso en el que se debe identificar cuál es la cuestión jurídica principal de acuerdo con el tema para el cual se está estudiando la decisión final. Sin embargo, también deben pronunciarse, analizarse y resolverse los problemas jurídicos secundarios, mediante sus razones decisorias correspondientes.

6.2.2.2 Ratio decidendi

Es la razón de la decisión. Resuelve el problema jurídico y es la causa del resuelve. Responde a la pregunta: ¿por qué el Consejo de Estado decidió de esta manera? Se trata de los argumentos que justifican la decisión de manera directa. Se constituye extractando las premisas fundamentales, uniéndolas de manera lógica. Es posible que el Consejo de Estado insista en uno o varios argumentos de muchos párrafos escritos, por lo que debe buscarse y extraerse la premisa fundamental o ratio decidendi.

Una sola sentencia puede tener varios ratio decidendi, según los problemas jurídicos que haya planteado la alta corporación de justicia. Sin embargo, siempre hay una ratio decidendi que orienta el sentido de la sentencia.

6.2.3 Argumentos no esenciales

6.2.3.1 Obiter dicta resaltables.

Conocidos también como “Dichos de paso”, son argumentos teóricos, doctrinarios, históricos y científicos que refuerzan, consolidan o permiten simplificar la decisión final del

Consejo de Estado. Deben seleccionarse sólo los argumentos resaltables, importantes o interesantes para llegar a la decisión final, pero que no se constituyen en argumentos jurídicos fundamentales.

6.2.3.2 Intervenciones oficiales.

Se enuncian aquí los argumentos presentados por instancias de la justicia diferentes al Consejo de Estado, tales como la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto de Medicina Legal, y otros.

6.2.3.3. Aclaraciones de voto.

En este apartado se presentan las principales argumentaciones de los magistrados que aclararon su voto. Las aclaraciones de voto pueden ser totales o parciales, dependiendo si la aclaración del voto se refiere a un aspecto de la sentencia o si se refiere al sentido total de la misma.

6.2.3.4. Salvamentos de voto.

En este punto se extractan los argumentos de los magistrados que salvan su voto con respecto a la sentencia final, porque no están de acuerdo con la decisión. En estos casos, los magistrados deben exponer las razones que los llevaron a apartarse de la decisión final del Consejo de Estado.

6.2.4. Comentario.

En este punto, el analista jurisprudencial hace un análisis de la sentencia a partir de su conocimiento, resaltando los aspectos que más han llamado su atención, por su relevancia jurídica porque se considera que la decisión del Consejo de Estado es innovadora para la jurisprudencia o para la teoría del derecho o, en algunos casos, porque se detectan incoherencias o contradicciones en la decisión o en su discusión. Como puede verse, este es el verdadero campo de acción para el analista jurisprudencial, porque es aquí donde puede desarrollar sus argumentos y abrirse a un análisis propio, sin exagerar en sus posturas o ideas, pues siempre debe ceñirse a lo que establezcan la ley y la doctrina jurídica. No se trata de decir si se está de acuerdo o no con la decisión, ni de decir qué tan de acuerdo o en desacuerdo, sino de expresarse sobre los asuntos que han llamado la atención del analista jurisprudencial. No se trata de ser juez, sino de comentar jurídicamente la sentencia, sin tener en cuenta las valoraciones morales que de manera subjetiva pueden hacerse de la misma.

7. Resultados

Por medio del formato estructurado para este trabajo, se realizó el análisis jurisprudencial de la sentencia del Consejo de Estado con número de radicación 38888, estableciéndose cuatro puntos o apartes: identificación de la sentencia, argumentos fácticos, argumentos jurídicos y la parte resolutive o decisión final.

Con la identificación de la sentencia logramos individualizar el caso concreto por el cual se declaró administrativamente responsable al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN. Para el efecto se registró el número de la sentencia, la Sala que la emitió, el nombre del magistrado ponente y de los magistrados que hicieron aclaración de voto aclaración o

salvamento de voto, al igual que los nombres de las partes demandantes, demandados y víctimas dentro del proceso.

En la parte de los argumentos se presentaron los hechos que dieron origen al proceso, las normas legales, constitucionales y las consideraciones del Consejo de Estado, así como de otras partes que intervinieron, como el Procurador General de la Nación.

Lo anterior me permitió hacer un análisis jurisprudencial en el que conocimos el alcance de la falla en el servicio médico y de la responsabilidad que se genera para el Estado cuando los médicos y las empresas prestadoras de salud, así como clínicas y hospitales, incurren en fallas que generan onerosas indemnizaciones para las víctimas, indemnizaciones que deben ser asumidas por los contribuyentes.

En el caso que nos ocupa, la sentencia del Consejo de Estado no solo se refirió a la indemnización que el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN tuvo que reconocer a los familiares de la madre fallecida y de la bebé afectada con el procedimiento médico inadecuado, sino que fue más allá exhortó a la Alta Consejería para la Equidad, la Mujer y la Familia, para que promuevan políticas que mejoren la prestación de los servicios de obstetricia y así procurar disminuir las muertes maternas dentro de los programas que debe adoptar, como medidas para evitar la discriminación con enfoque de género diferencial.

El análisis jurisprudencial nos permitió profundizar en el concepto de falla en el servicio médico, su evolución jurisprudencial en Colombia y las modificaciones que debe buscarse en las leyes, para mejorar el desempeño del Estado en la protección de la salud de todos los asociados.

Análisis jurisprudencial de la sentencia # 38888 Sección tercera – consejo de estado

7.1. Marco decisional.

7.1.1. Identificación.

7.1.1.1. Fecha: 10 de mayo de 2018.

7.1.1.2 Magistrado Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

7.1.2. Problema jurídico o pretensión controlada.

Por medio de esta sentencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revisó la sentencia que había proferido el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el 31 de julio de 2009, declarando responsable al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN por la muerte de la señora EDDY PINO VALENCIA y por las afectaciones permanentes en la niña VANESSA COBO PINO, sentencia en la que se ordenó indemnizar económicamente a la menor y a los familiares de la persona fallecida.

7.1.3. Demanda (principales argumentos).

El HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN consideró que no eran procedentes las pretensiones de los familiares de la madre fallecida EDDY PINO VALENCIA y de su hija recién nacida, porque según la institución hospitalaria ellos prestaron eficiente y rápida atención a la señora EDDY PINO VALENCIA cuando solicitó atención médica en dicho

hospital. Considera el personal médico que la muerte de la paciente fue causada por problemas de salud que llevaba la madre cuando solicitó que le practicaran una cesárea. Destaca el Hospital en su argumentación que los médicos consideraron improcedente la práctica de una cesárea porque no se hacía necesaria, debido al estado normal del parto, que tampoco ameritaba que la hubieran trasladado a una institución de salud de tercer nivel como es el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN y que debieron atenderle el parto donde la remitieron.

De igual manera, considera el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN que, mal remitida la paciente, fue bien atendida ahí y no fue “abandonada a su suerte” como afirman los reclamantes, familiares de EDDY PINO VALENCIA y de su hijita. Por el contrario, fue inmediatamente y constantemente valorada. En cuanto a las secuelas que afectaron la salud de la menor sobreviviente en el parto, el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN asegura que estas fueron causadas por el paro cardiorrespiratorio y por la convulsión crónica generalizada y causadas por el deterioro que presentaba la madre en su salud, condición que no podía ser prevista ni evitada por el personal de salud que atendió la situación en el Hospital.

Para concluir su defensa, el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN destaca que no fue posible establecer la causa exacta por la cual la paciente convulsionó en el momento del parto, sufrió un paro cardiorrespiratorio y a causa de ello, murió, ya que la familia no autorizó la práctica de la autopsia, por tanto, la familia debe asumir la carga de no poder determinar la causa exacta del deceso.

En los alegatos de conclusión, el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN sostuvo que “en ningún momento hay falla en el servicio, la paciente desde el

momento en el que llegó estuvo atendida, se le hizo el diagnóstico, se le hizo un plan de manejo, estuvo atendida por un médico interno, un médico residente y un especialista. Cuando se presentó la complicación se hizo todo lo que se debía hacer, la vio un médico residente de anestesia, la vio un anestesiólogo, la droga que se necesitó para la reanimación estaba en el hospital, todo se le dio en el hospital, los especialistas idóneos para su complicación estaban en el hospital, lo que significa que el servicio médico fue bueno”. (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, 190012331000200302031, 2018, p.56).

7.1.4. Problema jurídico que enuncia el consejo de estado.

En este proceso, el Consejo de Estado tuvo que resolver si el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN tiene la razón cuando argumenta no ser responsable del fallecimiento de la señora EDDY AMPARO PINO y de las lesiones permanentes sufridas por su hija VANESSA COBO PINO, pues actuó como está establecido por la ley y por los procedimientos médicos, no existiendo nexo causal entre la muerte y las lesiones con el servicio médico prestado por los médicos del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN, como lo demuestran los registros de la historia clínica de la paciente quien por ninguna parte hacía suponer que estaba ante un inminente cuadro clínico de convulsión seguida de paro cardiorrespiratorio. Así mismo, debe determinar el Consejo de Estado si es cierto lo que afirma el demandante cuando sostiene que una cesárea, en ese momento, era improcedente, pues el embarazo mostraba condiciones normales de evolución.

7.1.5. Normas jurídicas relevantes para resolver el caso.

La cuestión de la responsabilidad del Estado por fallas en la prestación de un servicio esencial corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, en la que frecuentemente el Estado debe asumir la culpa y las indemnizaciones por la extralimitación en sus funciones de los agentes estatales encargados de la prestación de servicios, por el retardo en el cumplimiento de esas obligaciones, por su cumplimiento defectuoso o, simplemente, por incumplimiento. Son acciones equivocadas, omisiones o fallas que se predicán de la administración pública ha venido en constante evolución, reconociendo positivamente –reparando- cuando hay daño, al tenor del Artículo 90 de la Constitución Nacional. Según el propio Consejo de Estado,

(...) de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, (...) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, (...) dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el

daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170))

Para establecer la competencia del Consejo de Estado para estudiar el caso, la Sala aplicó lo exigido por el Decreto 597 de 1988, donde se establece que la pretensión mayor debe exceder la cuantía mínima, para que sea procedente la apelación ante esa máxima instancia judicial. Igualmente, se aplicó la Ley 1107 de 2006 que determina el criterio orgánico para establecer, en la jurisdicción contencioso administrativa, los asuntos que son de su conocimiento.

Para determinar la indemnización se aplicó el Artículo 49 del Código Penal Colombiano en lo relativo a que la ley exige que el daño consista en una lesión a la salud, para que pueda determinarse hasta donde se afectaron los derechos de las víctimas. El daño a la salud es, entonces, un concepto jurídico normativo y se encuentra definido en el Artículo 32 de la Constitución Nacional.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo en lo referido a la efectividad que se busca con las condenas contra entidades públicas responsables de fallas en el servicio.

7.1.6. Decisión.

Para el Consejo de Estado, dentro del proceso se han probado hechos que hacen dudar de la forma como se atendió a la señora EDDY AMPARO PINO el día 25 de noviembre de 2001, cuando se presentó por primera vez al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN -hospital de tercer nivel- luego de ser remitida de un hospital de segundo nivel, con diagnóstico grave de macrosomía fetal y parto prolongado. En esa primera ocasión que se

presentó la paciente, en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN le manifestaron que esos síntomas no ameritaban una cesárea y que, además, no había camas disponibles.

Por otra parte, aunque es cierto que, de haberse autorizado por parte de los familiares la autopsia de la occisa se tendrían mejores indicios para conocer la causa por la cual la paciente convulsionó, sufrió un paro cardiorrespiratorio y una fibrilación, lo que entendió el Consejo de Estado luego de analizar integralmente el material probatorio, fue que la atención a la paciente fue negligente y por esa causa resulta pertinente imputar responsabilidad al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN por el fallecimiento de la señora EDDY AMPARO PINO, así como por las lesiones permanentes de la menor VANESSA COBO PINO.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado estudiará la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, con el objetivo de establecer si está de acuerdo con los parámetros de reparación integral y se ajustan a la legislación vigente, para así en consecuencia proceder a corregir las condenas monetarias establecidas, considerando la prohibición establecida en el principio de la non reformatio in pejus, ya que la parte demandada actúa como apelante único.

Por último, el Consejo de Estado impuso medidas de reparación adicionales, como consecuencia de la negligente atención médica que se le brindó a la señora EDDY AMPARO PINO cuando se presentó para que le atendieran un parto que resultó con la muerte de la madre gestante y lesiones para la neonato o bebé. En este sentido y acogiéndose a los criterios de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado acoge sentencias anteriores relativas a la adecuada aplicación de sanciones que reparen integralmente a las víctimas, sobre todo en casos como este, en el que debe darse un trato digno a la mujer en razón de su condición como tal, lo

que en caso contrario evidenciará una discriminación de género, por lo que se condenó al procesalmente responsable a pedir perdón de manera pública, en una ceremonia para la cual se le concedió un plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia, siempre y cuando los familiares de las víctimas lo consientan. Además, ordenó el Consejo de Estado abrir un link en la página web de esa alta corporación con un encabezado que facilite el acceso al contenido de la providencia que analizamos en este trabajo.

Igualmente, el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN implementó políticas con el objetivo de crear conciencia acerca de la importancia de garantizar la prestación de una atención a la salud pertinente, científica y oportuna a la mujer en estado de gestación, a los bebés y a los niños y niñas. Por esta razón, el Consejo de Estado dispuso hacer llegar copia de esta sentencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer, con el objeto que desde esa corporación establezcan políticas que mejoren la atención gineco-obstétrica de las mujeres, y así minimizar los casos de muerte de las madres gestantes. Así mismo, se ordenó enviar copias a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Comisión de Género de la Rama Judicial, para que publique en el observatorio de política de igualdad y no discriminación, para un apropiado enfoque diferencial y de género frente a estas situaciones.

Para terminar, el Consejo de Estado no condenó en costas al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN, porque de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a ello cuando la parte condenada no lo amerite.

7.2. Argumento de la decisión.

7.2.1. Problema jurídico que realmente resuelve el consejo de estado.

La Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado declaró probados dentro del proceso, los hechos que permiten concluir que hubo negligencia, impericia o inadecuada atención médica atribuible al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN.

7.2.2. Ratio decidendi (RD)

Las razones por las cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó la sentencia de responsabilidad al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN fueron: en el proceso se acreditó que el 23 de noviembre de 2001, la señora EDDY AMPARO PINO VALENCIA acudió a la Sección de Urgencias del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN preocupada por la disminución de los movimientos fetales del bebé que estaba esperando. Allí fue valorada por la internista Dra. Astrid Jimena Muñoz, quien le diagnosticó desproporción fotopélvica y advirtió que el embarazo estaba prolongado, razones por las cuales remitió a la paciente a un Nivel II de manejo y valoración. Posteriormente, también en horas de la mañana, fue valorada en el Nivel II del mismo hospital por un médico cirujano quien confirmó el diagnóstico de un embarazo prolongado.

Ese mismo 23 de noviembre, la paciente fue remitida al Hospital Susana López de Valencia, nivel II, en el que fue valorada en urgencias, donde “valorada con Dra. Erazo, se decide dar salida con recomendaciones en caso de presentar contracciones uterinas de mayor intensidad o amniorrea”. No se tuvo en cuenta el diagnóstico de la desproporción fotopélvica emitido por los especialistas.

La paciente regresó a las 14:47 horas del mismo día al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN, donde nuevamente fue valorada por el especialista gineco-obstetra, quien diagnosticó actividad uterina irregular y aminorrea leve de una hora. Como diagnóstico presuntivo, el especialista estableció que el neonato se encontraba en estado expulsivo.

Así mismo, se probó dentro del proceso que la señora EDDY AMPARO PINO convulsionó a las 03:00 p.m., seguido de un paro respiratorio. A las 03:50 p.m. fue recibida en la sala de cirugía donde se le practicó histerectomía, debido a que el útero se encontraba flácido. A las 05:10 p.m. se le diagnostica fibrilación ventricular y se procedió a reanimación, sin respuesta, a pesar de los procedimientos practicados. Así las cosas, se declaró a la paciente muerta. También se probó que la familia de la occisa no autorizó que le hicieran autopsia, negándose al procedimiento.

Inquietó a la Sección Tercera del Consejo de Estado, que el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN dejó de lado lo diagnosticado en la historia clínica de la señora EDDY AMPARO PINO ya que allí se consignó, desde un principio, disminución de los movimientos fetales y aparecían también, en la historia clínica, las razones médicas por las cuales fue remitida a un hospital de III Nivel, tales como embarazo prolongado de alto riesgo y desproporción fotopélvica, decidiendo, además, contrarremetirla, considerando que la paciente no requería atención de III Nivel y que, para colmo de males, el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN alegó que así el diagnóstico fuera correcto, la institución no contaba con camas disponibles para recibir a la paciente.

No obstante, un experto sostiene “que la macrosomía fetal y desproporción fotopélvica corresponde a un nivel de atención secundario (Nivel II)”, también es claro advertir que “si la

paciente presenta en su embarazo una patología concomitante que la catalogue de alto riesgo debe ser atendida a un nivel terciario” (Consejo de Estado, Sentencia, # 38888).

El Consejo de Estado se manifestó sorprendido por la falta de registro luego de la contrarremisión de la paciente, ya que lo cierto es que se desconoce el desarrollo de dicha remisión, a qué institución se envió a la paciente y quién se hizo cargo de su atención entre las 11:00 a.m. y las 14:47 horas, cuando la señora EDDY AMPARO PINO regresó al servicio de urgencias del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN.

7.3. Argumentos no esenciales.

7.3.1. *Obiter dicta resaltables.*

Entre las intervenciones doctrinales, técnicas, científicas y jurídicas que aportaron luces para aclarar la situación, mas no fueron fundamentales para la decisión que tomó el Consejo de Estado, se encuentran las siguientes:

7.3.1.2. *Daño a la salud qué es y cómo se repara.*

Con respecto a la definición de daño a la salud y cómo se conoce, afirma la doctrina:

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo

de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional (Botero, 2012, p. 14).

7.3.2. Intervenciones.

7.3.2.1. Ministerio Público.

El agente de la Procuraduría confirmó estar debidamente probado el daño, consistente en el fallecimiento de la paciente y en las secuelas permanentes sufridas por su hija al nacer. Sin embargo, precisó que

el fallo condenatorio que se impugna se fundamenta en una errada interpretación de las pruebas”, pues, “no se probó que la paciente hubiese sido remitida y contra-remitida por el Hospital Universitario durante los días 23 y 24 de noviembre de 2001. El análisis de la documentación sobre la atención de la paciente que se hace en el dictamen que rinde Medicina Legal en el proceso penal claramente evidencia que la atención en el Hospital Universitario apenas inicia el día 25 de noviembre (...) o sea que una eventual falla del servicio médico por la omisión o indebida atención durante los días 23 y 24 de noviembre sólo podría imputarse a la entidad de nivel II, el Hospital Susana López de Valencia (que

no fue demandada en este proceso) y no al Hospital Universitario San José (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, 190012331000200302031, 2018, p. 24).

Así las cosas, sostuvo que “no es cierto, como lo afirma el a quo, que pueda imputarse al Hospital Universitario San José omisión en la atención durante los días 23 y 24 de noviembre y por consiguiente no es de recibo el argumento con fundamento en el cual se le imputa responsabilidad en este caso” (fls. 485-496 c.1).

7.4. Comentario.

Por medio del análisis jurisprudencial realizado sobre la sentencia # 38888 del Consejo de Estado, conocemos que la magistrada ponente del caso es la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, quien en su ponencia argumentó que la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, era competente para conocer la apelación que presentó el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN para que se revisara la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 31 de julio de 2009, que lo declaró responsable administrativamente, en este caso. La competencia reconocida tiene su fundamento legal en la aplicación del Decreto 597 de 1988, señaló la magistrada Conto.

En cuanto a la importancia de esta sentencia, se reconocen el celo y cuidado del Consejo de Estado por proteger los derechos de las personas por encima de las consideraciones científicas o burocráticas, cuando estas consideraciones no son realmente fundamentales para justificar su aplicación, si realmente se ha vulnerado la buena salud, la normalidad en la vida o la interrupción de la misma, como es el caso del proceso que nos ocupa.

En varias sentencias ha sostenido el Consejo de Estado que la responsabilidad administrativa por falla en la prestación del servicio médico involucra, tanto la atención médica del caso, es decir, a la intervención del personal médico, paramédico y administrativo del hospital, así como todas las actuaciones previas y posteriores al caso, que hayan tenido lugar, lo que comprende el diagnóstico elaborado y el tratamiento recomendado y aplicado. Por eso no es excusa, en este caso, decir que se remitió a la paciente porque el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN no contaba con camas disponibles en ese momento.

La importancia del reconocimiento del daño en la salud, radica, en esta sentencia, en que la Sala identificó dos daños autónomos y para cada uno de los daños tasó una indemnización propia. Antes de este fallo, se reparaba por el daño en la salud en general que se demostraba en el proceso. En este caso, consideró la Sala que una es la responsabilidad administrativa derivada del fallecimiento de la paciente y otro el daño jurídico causado con las lesiones permanentes en su salud que debió padecer, de ahí en adelante, la menor VANESSA COBO PINO, como consecuencia del mal manejo que hubo en el parto. De modo que una vez identificado el daño a la salud e individualizado, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó la jurisprudencia sobre el contenido y alcance de los perjuicios inmateriales que deben ser reconocidos a las víctimas de fallos en la prestación de servicios por parte del Estado.

Por último, se reconoce el avance de esta jurisprudencia cuando extiende el alcance de la decisión por los perjuicios físicos y morales de las víctimas, ordenando expedir copias y pronunciamientos de la Oficina de Prensa del Consejo de Estado, para que se divulgue el contenido de esta sentencia y así, las instituciones como la Alta Consejería para la Defensa de la Mujer, tomen medidas para conminar a los entes y a las personas encargadas de prestarla salud a los colombianos, a ser eficientes en su actividad, sobre todo cuando se trata de la salud de las

mujeres y de los niños, por ser personas vulnerables y que requieren mayor cuidado en su atención.

8. Evolución jurisprudencial

Jurisprudencialmente, se han presentado avances doctrinarios, sobre la responsabilidad médica, específicamente acerca de los aspectos que se deben probar en estos casos. Así por ejemplo, el Consejo de Estado ha señalado que:

Actualmente, la jurisprudencia contenciosa sostiene que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran -daño, calidad de la actividad médica y nexo de causalidad entre ésta y aquél-, de manera que apreciados en su conjunto permitan establecer el juicio de responsabilidad, de cara a los elementos incorporados al proceso, sin que resulte imperativo subsumir el asunto en los tradicionales regímenes de responsabilidad, pues el artículo 90 Constitucional reclama la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión, siempre en el marco de los principios constitucionales y legales

que gobiernan el ejercicio de la función administrativa y la prestación de los servicios públicos.” (...)”De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. (Consejo de Estado en sentencia # 21515 del 19 de abril de 2012)

Se acepta dicha doctrina, porque se ajusta al ordenamiento legal vigente (Artículo 90 de la Constitución Nacional y Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil) y porque resulta más equitativa. Cuando se presume la falla del servicio, quedan por fuera del debate probatorio aspectos que pueden ser fundamentales, como la identificación de conductas que pueden considerarse como omisiones, tardanzas o negligencias y lo que pueden ser consecuencias el estado de salud en el que llega la paciente al hospital. La ley impone al Estado la tarea de desvirtuar una presunción que él mismo determinó, en un área de conocimiento que es muy compleja, como es la medicina, donde las condiciones científicas son un aspecto inevitable y las condiciones sociales donde se desarrolla la prestación del servicio en las instituciones públicas, es muy difícil, por las limitaciones materiales con las que deben desarrollar su actividad los médicos.

En consecuencia, no debe dejarse de lado que el solo tiempo que transcurre entre el instante en que se presta la atención médica y el tiempo en el que la entidad de salud debe

presentar su defensa, sumado todo esto a la dificultad de estrechar los vínculos personales entre los médicos y sus pacientes, hace más complicado, para la institución de salud, probar las circunstancias de modo y lugar como atendió la situación.

La condición de desventaja que se presume de la víctima y de sus allegados para demostrar o presentar una prueba judicial, se entiende por la falta de conocimientos científicos, médicos y por lo que puede costarles acceder a la prueba, pues normalmente acuden a los hospitales públicos personas que carecen de medios y recursos, encuentra una forma de equilibrio cuando el juez es el encargado de valorar las pruebas dentro del proceso, sobre todo los indicios, que en lo relativo a la salud son fundamentales, pues pueden constituirse con la historia clínica en elementos a los cuales sería muy difícil acceder en caso de que la institución prestadora de salud se negara a aportarlos.

Con respecto al perjuicio que el Tribunal Superior del Cauca denominó “daño a la vida de relación”, y que los demandantes reclamaron como “perjuicio fisiológico”, el Consejo de Estado precisó: “En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Luis Ferney Isaza Córdoba, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar

una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos”. “Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral.” (Consejo de Estado, Sala de casación penal, Sentencia # 38888, 2012)

Así las cosas, cuando el afectado sea víctima de un daño a su integridad psicofísica, únicamente podrá pedir la reparación de los daños causados por la situación y que sean debidamente probados, los daños morales de acuerdo con los límites jurisprudenciales del Consejo de Estado y, finalmente, podrá reclamar, en general, por el daño a la salud por tratarse de la afectación de un derecho constitucional.

En otros 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 (Vera, 2016, p. 2).

Sobre este tema en particular, sostiene en el Consejo de Estado en la misma sentencia: “Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con

independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar. “Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”

Desde este punto de vista, se hace énfasis en que la noción de “daño a la vida de relación” del que se valió el Consejo de Estado para indemnizar los daños materiales en el paciente, diferentes al daño moral, no es más que una teoría que ya no es aceptada por la doctrina italiana, ya que se ha aceptado independizar el perjuicio biológico de los daños que afectan otras dimensiones psicofísicas de la víctima, como los relacionados con los valores morales o las aspiraciones que una persona pueda tener en un momento dado y que se ven interrumpidas o deterioradas por el daño en la salud. Según la doctrina italiana, esos derechos e intereses serían reparados bajo el concepto de “daño existencial” (por ejemplo: la paz, la seguridad, las condiciones laborales, la forma de vida, las relaciones sexuales, etcétera). Esta teoría aun no es aceptada en otras latitudes diferentes a la occidental, donde se encuentra decantándose poco a poco. En Colombia ya se ha aceptado esta jurisprudencia, acogándose a las últimas sentencias emitidas por la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana, en las que se define y determina, jurisprudencialmente, la noción de daño existencial, con toda la amplitud conceptual del término.

En esta perspectiva, los daños a la vida de relación o la afectación del modo de vida, no pueden considerarse elementos para demandar la reparación del daño a la salud, o sea, no proceden para indemnizar los daños a la integridad psicofísica, ya que se identifican con la esfera personal de la víctima y no con la esfera externa o esfera social. Esto lleva a que el perjuicio

fuera considerado en Italia como un daño subjetivo que se debe tasar individualmente, pues un sujeto puede llevar un modo de vida más activo y lujoso que el modo de vida de otra persona más modesta, sin que eso suponga que la indemnización deba ser mayor para uno o para otro. Lo mismo puede decirse, según la doctrina italiana nos deja ver en el párrafo anterior, de las afectaciones trascendentales en el proyecto de vida de una persona y de sus efectos hacia el futuro.

Según esto, sostiene el Consejo de Estado:

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. (Consejo de Estado, Sentencia # 38888, 2018).

En otras palabras, se hace énfasis, en Colombia el sistema indemnizatorio está demarcado por la ley y no se pueden adaptar las indemnizaciones a toda una variedad de situaciones resarcitorias que pueden acabar en la categoría de daños jurídicos y las consecuencias patrimoniales que podrían derivarse para el Estado de una casuística interminable de eventos en los que cabría la responsabilidad por falla en el servicio. Por este motivo, aclara el Consejo de Estado, que cuando el perjuicio es causado por un daño físico o psíquico del afectado, “el único perjuicio inmaterial diferente al perjuicio moral para el cual es factible pedir un reconocimiento

por parte del juez, es el llamado “daño a la salud o fisiológico”, sin posibilidad de dar cabida a otra clase de daños, en los eventos por falla en la prestación del servicio médico. Con mayor razón, cuando se trata de la afectación del modo de vida, concepto que, con respecto al “daño en la salud”, no tiene relevancia ni pertinencia para generar indemnizaciones por parte del Estado.

En ese orden de ideas, 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 idéntica¹⁵. 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.” (Consejo de Estado, Sentencia # 38888, 2018).

En este sentido, no procede la indemnización particular por cada daño corporal o físico y por cada daño social que pueda darse como consecuencia del daño en la salud, como lo hizo el Tribunal Superior del Cauca, en primera instancia. El daño a la salud se indemniza basándose en dos conceptos: primero, un concepto objetivo definido sobre el porcentaje de invalidez establecido por el juez y, segundo, un concepto subjetivo, que puede aumentar porcentualmente la primera indemnización que se tase, de acuerdo con las consecuencias individuales y específicas de cada lesionado.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual

daño, igual indemnización” (Vera, 2016, p. 7). Por esta razón, se equipara el concepto de daño a la salud como daño inmaterial, distinto al daño moral que puede ser demandado y ordenado en los eventos en que el perjuicio sea producto de una lesión corporal, ya que éste no está dirigido a la reparación de la pérdida material ni al restablecimiento por la aflicción o el sufrimiento con aquél, sino que se encamina a indemnizar económicamente, pues reparar materialmente no es posible.

En esta misma sentencia, añade a lo anterior la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado que:

cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso: “i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; “ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal” (Noticiero Oficial, s.f, p.1).

Desde este punto de vista, se enfatiza en que el daño a la salud abarca todo el ámbito psicofísico de la persona. Por tanto, la tipología del daño inmaterial se puede resumir así: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (daño fisiológico o biológico); y, iii) cualquier otro daño , interés o bien legítimo constitucional, jurídicamente tutelado y que no pertenezca al campo del concepto de “daño corporal o afectación de la integridad psicofísica”, y que se haga merecedor a una valoración y reparación por medio de los esquemas teóricos tradicionales, como el “daño a la vida de relación”, o el cambio latente del modo de vida o por medio de la aceptación particular o autónoma del daño (por ejemplo, el derecho a adoptar el credo religioso que se quiera, el derecho

a conservar tradiciones familiares o culturales, el derecho a pertenecer a una familia, entre otros), siempre y cuando se pruebe la concreción del daño y sea necesaria su reparación, de acuerdo con las directrices que ordene el Consejo de Estado.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud”. (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, 190012331000200302031, 2018, p.27).

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerada en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material. (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, 190012331000200302031, 2018, p.38).

Con respecto a las graves lesiones que sufrió la niña Vanessa Cobo Pino, la Sala Plena de la Corporación en sentencia de Unificación señaló en la sentencia del 28 de agosto de 2014 que:

La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de “daño a la vida en relación” o “alteración grave de las condiciones de existencia” no comporta sin más la

limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos. (Consejo de Estado, Sentencia # 38888, 2018).

Las medidas de reparación integral se harán efectivas haciendo caso a la importancia de la situación y a la trascendencia de los hechos, todo por la causa de reconocer la dignidad de las personas, condenar las violaciones a los derechos humanos y hacer efectiva la garantía de verdad, justicia, reparación y no repetición, y las otras establecidas por el derecho internacional. En consecuencia, el juez, de oficio o por petición de una de las partes, dictará las disposiciones que considere necesarias y de acuerdo con la dimensión de los hechos probados. (Artículo 8.1 y 63.1 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En el caso de la señora VANESSA COBO PINO se encontró fundamento probatorio suficiente para fallar la responsabilidad estatal y declarar procedentes las pretensiones. Pero, además, el Consejo de Estado halló razones suficientes para decretar la adopción de medidas adicionales de reparación integral debido a que, en este caso en concreto, fue evidente la actitud de invisibilidad frente a la condición de vulnerabilidad de la mujer y, en consecuencia, se trata de una forma de discriminación contraria a los postulados de un Estado social de derecho.

Por consiguiente, la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa señala que:

(...) en el caso sublite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva,

rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género (Sistema de información jurídica de la JEP, 2014, p. 6).

En efecto, de la revisión de las cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal es dable concluir que el país presenta serios problemas en sus estándares de atención en ginecología y obstetricia acentuadas en determinadas regiones. Así, por ejemplo según el Instituto Nacional de Salud

Los departamentos con las mayores tasas de mortalidad perinatal son Chocó (39 por mil), San Andrés y Providencia (25 por mil), Caldas (25 por mil). La mortalidad perinatal es también relativamente alta en Huila (22 por mil), Vaupés (21 por mil), Cesar (20 por mil), Santander (20 por mil) y Córdoba (20 por mil) (Universidad del Valle, 2010, p. 221)

Estas cifras son alarmantes si se comparan con los países con índices más altos de mortalidad perinatal en la zona de América Latina y el Caribe, como Haití (25 por cada 1000 nacidos vivos) y Bolivia (19 de cada 1000 nacidos vivos). Iguales consideraciones se pueden hacer en lo relativo a las tasas de mortalidad materna, frente a la cual las estadísticas revelan una notoria correlación entre este fenómeno y los índices de pobreza, siendo especialmente alarmantes los índices observables en el Chocó, los departamentos de la región amazónica y algunos de la zona Caribe, como Córdoba y el departamento de la Guajira. Por otra parte, el análisis que permiten los Anales del Consejo de Estado, revela que el 28.5% de las sentencias de responsabilidad médica proferidas en 2014 (registradas hasta la fecha de elaboración de esta sentencia) y un 22.5% de las del 2013, corresponden a fallas en la atención en ginecología y obstetricia, ya sea por deficiencias en la atención en el embarazo y el parto o por la práctica de histerectomías innecesarias. Que un porcentaje tan significativo de las sentencias recientes en

materia de responsabilidad médica corresponda a una sola especialidad, debe alertar sobre las deficiencias en la atención que se presta en la misma.” (Consejo de Estado, Sentencia # 31170 del 28 de agosto de 2014). A lo anterior agrega la Sala en la misma sentencia que:

(...) gran parte de los casos propios de la ginecología y la obstetricia no corresponden a situaciones patológicas. En efecto, además de las enfermedades propias del aparato reproductor femenino, la ginecología y la obstetricia tienen por objeto los procesos naturales del embarazo y el parto. No siendo estos eventos patológicos, lo razonable es pensar que su resultado no será la muerte o enfermedad de la madre, tampoco de la criatura esperada. (Consejo de Estado, Sentencia # 31170, 2014, p. 31).

De acuerdo con todo lo anterior y obedeciendo a los criterios de unificación, el Consejo de Estado adoptó la jurisprudencia sobre pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en las situaciones donde no hay el trato digno que la condición de mujer exige, lo que demuestra la discriminación de género y obliga a pedir excusas a los condenados por la falla en el servicio.

En la sentencia 30724 del 14 de mayo de 2014, con ponencia de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz, el problema jurídico que asumió el Consejo de Estado fue establecer si la carencia de recursos para atender los pacientes o si la ausencia de planes de choque que contribuyan a enfrentar situaciones de emergencia, es una situación violatoria de los derechos de las personas y, por lo tanto, se presenta la responsabilidad del Estado y los elementos suficientes para imputarle responsabilidad por la falla de la entidad que prestó deficientemente el servicio. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad del Estado son: el daño jurídico y

poder hacer la imputación a la administración, donde debe demostrarse la relación causal entre la conducta y el daño y la causa por la cual las consecuencias de esa mala atención deben ser asumidas por el Estado.

En este caso los demandantes afirman que la falta de una atención oportuna causó daños cerebrales a la bebé recién nacida, por falta de suministro de oxígeno definida clínicamente como encefalopatía hipóxica. El mismo día de la cirugía, la paciente se remitió a la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, en malas condiciones logísticas, ya que el tanque de oxígeno que suministró el hospital no funcionaba bien y no se ordenó el servicio de ambulancia para trasladar la niña. La paciente estuvo internada en la clínica hasta el día 3 de abril de 1989, cuando se ordenó su remisión al centro de atención de origen, donde continuó siendo mal atendida, ya que, por ejemplo, no le limpiaban las sondas ni le proporcionaban una alimentación digna, factores que fueron determinantes para su muerte, el día 7 de junio de 1989.

Al fallar el caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el caso así:

“PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 19 de noviembre de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Modificar los numerales tercero y cuarto de la sentencia del 19 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, los cuales quedarán así: “TERCERO: CONDÉNASE a la citada entidad a pagar por razón de los perjuicios causados a los demandantes las siguientes sumas de dinero: Por perjuicios morales la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de la presente sentencia, a la sucesión del señor Jesús Méndez Martínez. La suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de la presente sentencia, para María Stella Méndez Vargas.

La suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de la presente sentencia, para Andrea Méndez Vargas.

En este proceso se tuvieron en cuenta las intervenciones de la Procuraduría General de la Nación, entidad que estuvo de acuerdo con la condena de responsabilidad fallada contra el Instituto de Seguros Sociales, pero aclaró que debía revocarse la declaratoria de responsabilidad llamado en garantía, porque no se pudo probar que tal conducta fuera causante o contribuyera con el daño ocasionado a los demandantes.

Los argumentos jurídicos contruidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado tuvieron su base en el Artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, reformado por la Ley 446 de 1998, y que se refiere a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.

Dijo la Sala:

Así, la Corporación es competente para conocer del asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 19 de noviembre de 2004, en proceso con vocación de segunda instancia. A la fecha de presentación del recurso, 7 de febrero de 2005, se encontraban vigentes las disposiciones contenidas en el Decreto 597 de 1988, según las cuales, para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año 1990 tuviera vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la cuantía exigida para el efecto, estimada en \$4'900.000. En este caso la cuantía se estima en \$ 36'282.950 por concepto de perjuicios morales". (Consejo de Estado, Sentencia # 30724, p.1)

En cuanto a la responsabilidad médica por falla en el servicio, la Sala tuvo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales que han venido evolucionando con el paso del tiempo, partiendo desde el régimen de falla probada del servicio, pasando por la falla presunta del servicio y la carga dinámica de la prueba, para volver al régimen de la falla probada, con la sentencia del 31 de agosto de 2006, según los magistrados, por la dificultad científica que conlleva el manejo de los temas médicos, sobre todo en el ámbito probatorio, a la tardía recolección de pruebas y testimonios y a la acumulación de expedientes que los jueces manejan.

Así lo expresó el Consejo de Estado:

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico. Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. (Consejo de Estado, Sentencia 5283 del 31 de agosto de 2006, p.1)

Y complementa el Consejo de Estado su relación de la evolución jurisprudencial en el tratamiento de la falla en el servicio médico en Colombia, así:

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta” (Consejo de estado, Sentencia 5902, 1990, p. 2)

Dijo la Sala:

(...)no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio” (Consejo de Estado, Sentencia, 18793, 2011).

A pesar de todo, la jurisprudencia llamó la atención sobre que la aplicación de esta regla probatoria en materia de responsabilidad, tiene inconvenientes mayores que lo que puede aportar en soluciones, ya que definir qué parte puede encontrarse en mayores posibilidades de probar las actuaciones médicas relacionadas con el daño, es algo que sólo puede determinarse en el auto

que decreta las pruebas y jamás en la sentencia. Lo primero implicaría mantener a las partes en la expectativa sobre su participación en las tareas probatorias, con fundamento en una norma diferente a lo establecido en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, cuando las partes ya no tienen oportunidad de ejercer su derecho de defensa y aportar nuevo material probatorio.

De ahí que hace poco tiempo, el Consejo de Estado haya recogido las normas jurisprudenciales, o sea, las de presunción de la falla médica o de distribución de la prueba, de acuerdo con el criterio acerca de quién está más oprimido para aportar la prueba, acogiendo la norma general que indica que tratándose de responsabilidad médica, deben estar probados en el proceso todos los elementos que la integran, tarea para la que se puede echar mano de todas las pruebas legalmente aceptadas, siendo fundamentales los indicios, sobre todo para demostrar la relación entre la atención médica y el daño.

El Artículo 90 de la Constitución Nacional señala, con respecto al daño, que el Estado responderá económicamente por los daños antijurídicos que le sean atribuidos y que fueron originados por hechos equivocados u omisiones de la administración pública. Esta responsabilidad del Estado se hace efectiva cuando se configura un daño calificado como antijurídico obedeciendo a que la víctima no tiene el deber jurídico de padecer el perjuicio, tal como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Los fundamentos de la responsabilidad son, principalmente, el daño antijurídico y que sea imputable a una falla del Estado en la prestación del servicio, por lo que debe probarse el nexo causal entre la conducta de los médicos y el daño y el motivo legal por el cual el Estado debe asumir las consecuencias de esa afectación. Sobre este tema el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente, considerando que:

(...) El daño antijurídico, a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo depreca, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. “La antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. “Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. “En ese orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óptico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico; se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos

normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. (Consejo de Estado, Sentencia 5283, 2006)

En consecuencia, sólo puede decretarse el daño antijurídico cuando se compruebe un cambio negativo de un hecho o de una acción respecto de un derecho, bien o interés legítimo particular y confirmado frente a la persona que lo demanda y que desde la perspectiva de forma es evidentemente antijurídico, o sea que no está en la obligación de soportar porque la ley no le impone esa carga.

Con respecto a las pruebas, sobre el particular, el Consejo de Estado manifestó en la sentencia del 14 de julio de 2005 que:

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios (Consejo de estado, sentencia 15725, 2008).

Es importante destacar que en materia de responsabilidad del Estado, el problema no puede resolverse con la sola demostración de la intervención médica como causa, sino que esa atención debe constituirse en una falla del servicio y ser su causa eficiente. Este aspecto es fundamental para aclarar que si bien el derecho a la reparación se basa en la antijuridicidad del daño, como lo establece el Artículo 90 de la Constitución Nacional, no es suficiente demostrar que el paciente o sus familiares no tienen el deber jurídico de sufrir esa carga para poder aspirar a

que les sea reconocida la indemnización, sino que se exige que dicho daño sea imputable al Estado, y no lo será cuando la actuación de los médicos, aunque probada su causa en el daño, no fue la causa eficiente y definitiva del mismo, sino que el daño fue causado por un factor imprevisible o inevitable, originado en la mala salud que traía el paciente.

La sentencia del Consejo de Estado # 26127, del 24 de abril de 2013, magistrado ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dice: "...si en la falla del servicio médico, la actuación negligente de la víctima, productora de daño El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. (...) En primer lugar,

(...) la irresistibilidad alude a la "imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; (...) Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de "de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia". (...) En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado "se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, (...)."(Consejo de estado, 26127, 2013)

El 28 de octubre de 2002, los demandantes presentaron sus alegatos de conclusión, donde confirmaron su convencimiento sobre la responsabilidad de los demandados. Primero que todo, sostuvieron que así los peritos den concepto negativo sobre los indicios de cesárea, la verdad fue que no se refirieron al hecho de que la embarazada presentaba todas las complicaciones en conjunto, circunstancia fundamental para poder determinar si la cesárea era o no era necesaria.

En segundo término, los demandantes afirmaron que la institución médica prestó una atención pasiva y negligente frente a las difíciles condiciones de la madre gestante, y que es

inadmisible que la paciente asuma las consecuencias, como lo pretenden, e insisten en que los médicos hicieron una errada valoración de los síntomas, pues las recomendaciones del médico Ricardo Domínguez hicieron que la paciente se dirigiera a la clínica sólo cuando se presentaron los dolores del parto.

En la misma sentencia, el Consejo de Estado afirmó que:

(...) para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.” (Sentencia del Consejo de Estado # 26127)

Entonces, ante la posible desproporción que puede presentarse al tasar los perjuicios morales, teniendo como referente sólo el salario mínimo legal vigente, sin debate jurídico y generando una exagerada liberalidad al juez que implique el rompimiento de la igualdad y la justicia, procede, dentro de la juridicidad y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que las decisiones judiciales sean suficientemente motivadas y ponderadas.

Así las cosas, con respecto a la regulación del test de proporcionalidad para tasar la indemnización de los perjuicios morales, el Consejo de Estado indica que para considerar el test, se comprenden tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

Sostiene la doctrina que: "...la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control".

Con respecto a la idoneidad, la indemnización a cuantificar debe adecuarse para compensar apropiadamente el daño que afectó al paciente, y también a sus familiares, según sea el caso, y no dejar sin reparación a la víctima. En cuanto al principio de necesidad, la reparación de los perjuicios morales debe cumplir con el objetivo de compensar de la mejor forma posible, pero sin extralimitarse al tomar una medida razonable, teniendo en cuenta la inmensidad de posibilidades para encontrar un valor pecuniario que satisfaga plenamente a la víctima y a los familiares también afectados por la falla en el servicio.

En cuanto al principio de proporcionalidad, el objetivo que se busca con el test es la compensación razonable y ponderada del padecimiento y los sacrificios que implican, para la víctima y sus familiares, la ocurrencia del daño. Sin lugar a dudas, la proporcionalidad requiere que se tase de acuerdo a la intensidad revelada de acuerdo con: A. Las circunstancias de cada caso, si es el caso de una muerte accidental violenta, en accidente laboral o de tránsito, por el ejercicio de una actividad riesgosa, si la víctima es mujer, si es menor de edad, si es indigente, si es discapacitado; igual si se trata de lesiones personales, si hubo torturas, violencia sexual, privación de la libertad, desplazamiento, o si se pertenece a comunidades étnicas, campesinas, indígenas o grupos culturales de especial protección. B. Con la consideración según la cual la reparación debe dirigirse a una indemnización con criterios como dolor, tristeza, pena desasosiego, depresión, y que respete la dignidad y valore el vínculo familiar representado en valores y acciones como la convivencia, el cariño, el apego y la solidaridad frente al daño y al dolor. C. Por último, se exige que quien reclama la existencia de un daño moral, tiene una

mínima carga probatoria para su cuantificación, ya que el solo criterio de amor o de nostalgia, obliga al reconocimiento de las condiciones para cada caso y los criterios objetivos mínimos que sean aplicables, como la ponderación de la estructura familiar de la víctima.

De los anteriores principios se destaca el “principio de proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en este principio donde se requiere la máxima ponderación de los daños morales, para calcular su valor pecuniario de manera razonable. Mas sin embargo, se llama la atención en que la ponderación debe sujetarse a un doble nivel: el de los criterios mínimos objetivos, que son de aplicación general, y al cálculo de la indemnización teniendo en cuenta la situación particular de cada caso.

Como podemos ver, entonces, en cuanto a las intervenciones esenciales que hubo en el proceso se destaca la rendida por el médico del Instituto de Seguros Sociales, Godín Díaz, quien fue el primero en atender a la señora Meza Díaz e indicó que el tratamiento recomendado por ningún motivo era de obligatorio cumplimiento para quienes atendieron el estado de gestación en las etapas siguientes, tanto que según el médico Ricardo Domínguez, el estado de salud de la señora Mesa Díaz no era el mismo que presentaba cuando la examinaron por primera vez, motivo por el cual le dio la orden de esperar al 4 de noviembre, día que los especialistas dieron como probable para el parto. Así mismo, considero a la paciente culpable hasta el grado de constituirse en un eximiente de responsabilidad pues, según su criterio, la señora faltó a la verdad sobre su edad porque al ser recibida en la clínica dijo tener 39 años y no 4ª, su edad real, lo que constituye un dato fundamental para determinar cómo se atiende al paciente en estas situaciones y, segundo, considera el doctor que pese a que le había ordenado practicarse una cesárea cuando

cumpliera la semana 36 de su embarazo, o sea el 4 de noviembre, la señora se presentó al hospital sólo hasta el 6 de noviembre. Por último, declaró falsa la ecografía que presentó la paciente, ya que tiene fecha del 18 de septiembre de 1998 y para ese día ya había fallecido el feto y ya había sido sacado del vientre de la demandante.

Sobre los elementos fácticos que dieron origen a la demanda, el Consejo de Estado encontró probados los siguientes hechos:

“a) Que Eridys María Meza Díaz es la madre de María Claudia Ricardo Meza.

b) Que, para el momento de los hechos, Arnulfo Arturo Tamara Tuiran era el compañero permanente de Eridys María Meza Díaz. Al respecto, obran los testimonios de Patricia del Socorro Martínez Meza y de Ana María Márquez de Mármol, quienes se refieren al señor Tamara Tuiran como el esposo de Eridys María Meza Díaz, con quien convivía.

c) Que la señora Eridys María Meza Díaz nació el 14 de enero de 1954 y está identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.100.617.

d) Que el Instituto de Seguros Sociales y la sociedad Clínica Las Peñitas Ltda. suscribieron un contrato de compra de servicios de salud. Dentro de las obligaciones asumidas por la contratista, esto es, la Clínica Las Peñitas, se encontraba la prestación de los servicios de obstetricia y neonatología por un término de 5 meses contados a partir del 4 de octubre de 1996, fecha en que fue aprobada la garantía única por parte del I.S.S.

e) Con relación a la atención y tratamiento que recibió la demandante Eridys María Meza Díaz, tanto en el I.S.S como en las dependencias de la Clínica Las Peñitas Ltda., en razón de su embarazo, se tendrán por probados los siguientes hechos:

- Que la señora Meza Díaz fue atendida por médicos del I.S.S desde el 15 de mayo de 1996 y hasta el 15 de octubre del mismo año.

- Que durante la atención prestada por dicha entidad, el médico tratante recomendó la práctica de una cesárea al cumplimiento de la semana 39, en atención a las características del embarazo, a saber: la añosidad de la paciente, el tamaño macrosómico del feto y el carácter “valioso” del mismo, esto es, la dificultad que podría presentar la paciente para quedar embarazada nuevamente debido a su edad. Para el 15 de octubre de 1996, fecha de la última consulta en el I.S.S, la paciente tenía 37 semanas de embarazo.

- Que posteriormente, el 21 de agosto de 1996, la Clínica Las Peñitas Ltda. asumió la atención de la señora Meza Díaz en virtud del contrato suscrito con el I.S.S.

- Que durante la consulta a la que asistió la demandante en la referida clínica, el médico tratante determinó como fecha probable del parto el 4 de noviembre de 1996 y dejó una cita abierta a la paciente. Es decir, que aquella debería presentarse a la clínica cuando lo creyera necesario.

- Que el día 6 de noviembre de 1996 la señora Eridys María Meza Díaz presentó dolores de parto, por lo que se dirigió a la Clínica Las Peñitas, donde fue atendida en el servicio de urgencias por el Doctor Plinio Díaz, quien observó la ausencia de frecuencia cardiaca fetal.

- Que, posteriormente, el Doctor Jaime Hernández decidió practicarle a la paciente una cesárea y que como resultado de la intervención quirúrgica se obtuvo la extracción de un feto obitado.

f) Que el embarazo de la señora Eridys María Meza Díaz no presentaba riesgos anormales, pero tenía tres características especiales, entre las que cabe resaltar, la posible circular de cordón umbilical, tal como se desprende de lo establecido por el dictamen pericial rendido por los señores Francisco Vergara Villareal y Fredy Jaraba Romero, con base en la lectura de la historia clínica de la paciente del cual se extrae lo siguiente: “En definitiva se trata del caso de

una embarazada de 39 años de edad con el antecedente de haber tenido un parto por vía vaginal nueve (9) años antes, y quien tuvo su última menstruación normal el 29 de Enero de 1996 (fecha probable de parto 07 de Noviembre de 1996) y quien presentó una evolución normal del embarazo hasta su último control prenatal el día 21 de Octubre de 1996 (Clínica de las Peñitas, a través del Doctor RICARDO DOMINGUEZ GUERRERO), lo que se reafirma si consideramos que tres (3) semanas antes se le practicó una ecografía obstétrica que informó: EMBARAZO UNICO EN CEFALICA DE 35.5 SEMANAS y PROBABLE CIRCULAR DE CORDON, y en la cual, el líquido amniótico y la placenta se informan como normales para la edad gestacional y seis (6) días antes, un monitoreo fetal que mostró un trazo “REACTIVO” (Normal). En el control practicado por el Doctor RICARDO DOMINGUEZ GUERRERO el día 21 de Octubre de 1996, realizó un examen obstétrico, encontrando una altura uterina de 34 Cms, frecuencia cardiaca fetal normal y al tacto vaginal confirmó presentación cefálica en ese momento, con lo cual, le deja cita abierta a la paciente (volver a la clínica en el momento que ella lo crea necesario).”

g) Que ninguna de las características del embarazo de la señora Eridys María Meza Díaz indicaban la necesidad de practicarle una cesárea, como se afirma en el mismo dictamen pericial, en el cual se lee: “El análisis de la historia Clínica folios 26 a 31 no nos permite encontrar ninguna indicación de operación cesárea, ni de ninguna atención efectiva del caso (...)”.

Del material probatorio recogido en el proceso, se deduce que la señora Eridys María Meza Díaz fue recibida en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Sucre, donde le diagnosticaron un embarazo que, por su situación, llevaron a que el especialista que se hizo cargo ordenara la práctica de una cesárea cuando se llegara a la semana 39 del mismo. Días después, se atendió a la paciente en la Clínica Las Peñitas Ltda., cumpliendo el convenio suscrito

entre el ISS y la clínica. En esta ocasión, el especialista desconoció la orden dada y no consideró necesaria la práctica de la cesárea. En este sentido, recomendó que la señora Mesa Díaz fuera a la clínica cuando se presentaran los dolores o movimientos del parto y que la decisión sobre una posible cesárea se tomaría por los médicos en el momento del parto. En consecuencia, a la madre gestante se le dio cita abierta, o sea que debía presentarse en la Clínica Las Peñitas entre el 21 de octubre de 1996 y el 7 de noviembre del mismo año, cuando iniciara el trabajo de parto, ya que se pronosticó el 4 de noviembre como fecha posible del nacimiento.

En la mañana del 6 de noviembre de 1996, la paciente se dirigió a la clínica luego de sentir los dolores del parto. Fue recibida por el internista de turno, quien diagnosticó la ausencia de frecuencia cardíaca en el feto, razón por la cual solicitó la presencia del gineco-obstetra para que atendiera la situación. Tras conocer el caso, ordenó la cesárea inmediata, de la que resultó la extracción de un feto obitado.

Con respecto a la evolución jurisprudencial, en repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha aceptado que es procedente declarar el hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad, incluso cuando se trata de un menor de edad y de personas declaradas con impedimento mental. Así las cosas, la Sala Plena de la Sección Tercera reitera que

la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes, si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño (Consejo de estado Sentencia 19548, 2001).

Además, así la jurisprudencia haya desarrollado las anteriores posturas teóricas frente a los elementos constitutivos del hecho exclusivo del perjudicado como causal de exoneración de responsabilidad, esa Alta Corporación ha aceptado que deben ser estudiadas por el juez en cada caso particular, de acuerdo con las pruebas existentes dentro del proceso.

En el fallo de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, se afirma que: el Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

En la citada sentencia se añadió una serie de criterios o razonamientos que deben tenerse en cuenta al calcular el valor monetario del daño moral, afirmando que teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

Concluye la misma sentencia que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que,

acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del

daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

Igualmente, la sub-sección Tercera del Consejo de Estado viene sosteniendo que se requiere motivar razonadamente el cálculo de los perjuicios morales, basándose no sólo en la presunción de aflicción causada por la sola prueba del parentesco, sino que es necesario tener en cuenta también, del material probatorio, una serie de criterios o referentes objetivos que faciliten tasar el perjuicio moral razonadamente, ponderando cada caso particular y de una manera proporcional, y no como una regla para todos los casos.

La unificación jurisprudencial a la que se llegó con la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 23 de agosto de 2012 obliga, además, a que la sub-sección llame la atención sobre la necesidad de leer, analizar y estudiar la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13232-15646, para visualizar los argumentos fundamentales para dar un sentido correcto y justo al cálculo de la indemnización, para reparar los perjuicios morales, en concordancia con la sentencia del 23 de agosto de 2012, en la que la Sala Plena de la Sección Tercera falló un caso de responsabilidad en materia de accidente de tránsito, así:

“El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte”;

“puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora”;

luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes”;

De conformidad con la sentencia del 21 de julio de 1922 de la Corte Suprema de Justicia, el valor de la indemnización de un daño moral

“cabe fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...) podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (Corte Suprema de Justicia, 1974),

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia del 27 de septiembre de 1974 considero que

teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad (Corte Suprema de Justicia, 1974),

De tal manera que cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hasta el año 2001, sostuvo que “las sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales;

De acuerdo con el salvamento de voto del magistrado Fernando Hinestrosa, en sentencia del 25 de febrero de 1982:

Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo(Corte Suprema de Justicia, 1982),.

Así mismo,

no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño”. Su “importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria; la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer

el equilibrio roto con su ocurrencia; se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización”. (Consejo de Estado, Sentencia del 25 de febrero de 1982).

La jurisdicción contencioso administrativa debe ceñirse a lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998, donde se “afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral”.

Por lo expuesto, indudablemente se concluye que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de septiembre de 2001, ha venido siendo modificada a tal punto que, actualmente, sólo tienen trascendencia teórica los argumentos en los que el sustento del arbitrio *judicium* (*arbitrium judicis*) aparece fuera de contexto de los argumentos que sostuvo el Consejo de Estado en dicha sentencia, aspecto que genera hondas preocupaciones no sólo frente a la defensa del principio de igualdad, sino del debido proceso y del acceso real a la administración de justicia.

Es importante destacar que la sentencia del 6 de septiembre de 2001 obliga al juez de lo contencioso administrativo a motivar razonadamente y a ponderar proporcionalmente el cálculo

de los perjuicios morales, sin fijarle al juez frontera legal de ningún tipo en cuanto al método que pueda utilizar.

Para calcular el daño moral, también es pertinente analizar la última jurisprudencia de la Corte Constitucional que revocó, por vía de tutela, varias sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que a la luz de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de septiembre de 2001, no cumplieron con las garantías constitucionales al medir y reparar el daño moral al que estaba llamado el estado a indemnizar, estableciendo cantidades desproporcionadas y sin ponderación razonable, como lo exige la ley y la jurisprudencia.

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-351 del 5 de mayo de 2011, por acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, en concordancia con la sentencia del 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de estado, cabe extraer lo siguiente, de lo argumentado por los magistrados de la Corte Constitucional:

- a) “el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio”;
- b) “la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado)”;

c) para “la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral”;

d) el “Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no vincula de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas” (Corte Constitucional, sentencia T-351, 2011)

e) “la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es indicativo porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la

jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”; y,

f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la intensidad de la aflicción. Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una grave aflicción, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.

A su vez, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró:

a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”;

b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no

constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y,

c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso”.

Y ya para terminar, en la última sentencia de la Corte Constitucional sobre el tema y en la que resolvió una acción de tutela presentada por el ICFES contra fallos del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, se conminó a los jueces contencioso administrativos para que estén atentos a aplicar los siguientes puntos para garantizar la igualdad y el debido proceso:

a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”;

b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”;

c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva

de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”;

d) “el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995”;

e) la “jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser intensa, no puede ser cualquier tipo de contratiempo. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados”;

f) “cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no ex ante y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales. (Sentencia T-212, Corte Constitucional, de 15 de marzo de 2012).

Como lo ha manifestado el Consejo de Estado, la jurisprudencia contencioso administrativa ha definido tres principios fundamentales que deben guiar la obligación de la administración de justicia y que tienen su base en la discreción judicial: principio de la equidad, principio de razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial el principio de la equidad, obligan a los jueces a comparar entre los casos que resuelven y otros casos similares fallados con anterioridad. De no ser así, pueden darse decisiones judiciales inequitativas, desproporcionadas y discriminativas.

9. Resultados

Por medio del formato estructurado para este trabajo, se realizó el análisis jurisprudencial de la sentencia del Consejo de Estado con número de radicación 38888, estableciéndose cuatro puntos o apartes: identificación de la sentencia, argumentos fácticos, argumentos jurídicos y la parte resolutive o decisión final.

Con la identificación de la sentencia se logró individualizar el caso concreto por el cual se declaró administrativamente responsable al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN. Para el efecto se registró el número de la sentencia, la Sala que la emitió, el nombre

del magistrado ponente y de los magistrados que hicieron aclaración de voto aclaración o salvamento de voto, al igual que los nombres de las partes demandantes, demandados y víctimas dentro del proceso.

En la parte de los argumentos se presentaron los hechos que dieron origen al proceso, las normas legales, constitucionales y las consideraciones del Consejo de Estado, así como de otras partes que intervinieron, como el Procurador General de la Nación.

Lo anterior me permitió hacer un análisis jurisprudencial en el que conocimos el alcance de la falla en el servicio médico y de la responsabilidad que se genera para el Estado cuando los médicos y las empresas prestadoras de salud, así como clínicas y hospitales, incurren en fallas que generan onerosas indemnizaciones para las víctimas, indemnizaciones que deben ser asumidas por los contribuyentes.

En el caso que nos ocupa, la sentencia del Consejo de Estado no solo se refirió a la indemnización que el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN tuvo que reconocer a los familiares de la madre fallecida y de la bebé afectada con el procedimiento médico inadecuado, sino que fue más allá exhortó a la Alta Consejería para la Equidad, la Mujer y la Familia, para que promuevan políticas que mejoren la prestación de los servicios de obstetricia y así procurar disminuir las muertes maternas dentro de los programas que debe adoptar, como medidas para evitar la discriminación con enfoque de género diferencial.

El análisis jurisprudencial nos permitió profundizaren el concepto de falla en el servicio médico, su evolución jurisprudencial en Colombia y las modificaciones que debe buscarse en las leyes, para mejorar el desempeño del Estado en la protección de la salud de todos los asociados.

10. Conclusiones

En el caso concreto, el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN apeló por considerar que no es responsable administrativamente por la supuesta falla en el servicio que resultó con la muerte de la paciente por parto EDDY AMPARO PINO VALENCIA y con

lesiones permanentes en la salud y el desarrollo mental y físico de la bebé VANESSA COBO PINO.

Es una realidad que el derecho a la salud es una garantía que cubre a todos los nacidos en Colombia, según el Artículo 90 de la Carta Magna. Cuando este derecho es violado, obliga al Estado a repararlo integralmente cuando los perjuicios son causados por una conducta negligente, inoportuna o inadecuada, por parte de quienes deben cuidar y curar a quien lo requiere.

Al presentarse un daño antijurídico, para que este pueda ser reparado por el Estado, se requiere que esté legalmente estructurado, es decir, es fundamental que se prueben los siguientes literales relacionados con el perjuicio cuya indemnización se reclama: Debe ser antijurídico, o sea, que la víctima no tenga el deber legal de asumirlo. Que se vulnere un derecho, bien o interés amparado legalmente.

Que sea cierto, o sea, que se pueda determinar materialmente y de manera jurídica, es decir, no puede referirse a una conjetura o a hechos inciertos. En la sentencia que analizamos en este trabajo, los demandantes probaron ampliamente los anteriores literales y también probaron que no fue la mala salud de la madre gestante la causa de su deceso y de las lesiones permanentes en la salud de la menor.

11. Referencias Bibliográficas

Antolisei, F. (1960). *Il rapporto di causalità nel diritto penale*. (Vol. 8). G. Giappichelli.

Aristimuño, M., & Monroy, C. (2014). Responsabilidad social universitaria. Su gestión desde la perspectiva de directivos y docentes. Estudio de caso: una pequeña universidad latinoamericana. *Interciencia*, 375-382.

Benjamin, G. (2020). Asegurar la equidad en la salud durante la pandemia de COVID-19: el papel de la infraestructura de salud pública. *Institucional Repository for information sharing*, <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52233>.

Botero, E. (2012). El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Rev. Digital de Derecho Admin*, 8-89.

Constitucion politica de Colombia [Const]. (9 de julio de 1991). Art.48 . Colombia.

Corte constitucional, Sentencia C-463 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería, T-001/2006 MP.

Rodrigo Escobar Gil, T-264/2004, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-1036/2000, MP. Alejandro Martínez Caballero, T-548 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 11 de 2002, exp. 66001-23-31-000-1995-2807-01 (13227), CP : Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de Julio de 1992, exp. 6897,CP: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 07 de Octubre de 1991; 13 de Septiembre de 1991, exp. 6253; 24 de Octubre de 1990, exp. 5902; 30 de Junio de 1992, exp. 6897.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Marzo 22 de 2001, exp. 63001-23-31-000-1995-3700-01 (13284), CP: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Junio 14 de 2001, exp. 13001-23-31-000-1990-7392-01 (11901), CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez

T-001/2006 MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil, T-264 /2004, MP. DR. Álvaro Tafur Galvis, y T1036/2000, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, C.P.: Danilo Rojas Betancourth, exp. 28214

Foillard, P. (2004). *Droit Administratif*. Orleans.

Itarruspe, J. (2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho* , 8-24.

Jimenez, N. (2012). Criterios para la configuración de la responsabilidad médica estatal en la práctica de la gineco-obstetricia en Colombia. [Trabajo de pregrado, Universidad de ICESI].

Ley 100 de 1993. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. DO: 41.148 .

Ley 1122 de 2007. (9 de enero de 2007). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. DO: 46.506 .

Mendoza, D. (31 de julio de 2021). *El 62% de los colombianos pone en duda la credibilidad de las cifras oficiales de COVID-19*. Obtenido de Agencia Anadolu:
<https://www.aa.com.tr/es/mundo/el-62-de-los-colombianos-pone-en-duda-la-credibilidad-de-las-cifras-oficiales-de-covid-19-/1927957>

Mill, J. (1869). . *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*. Harper and Brothers.

Noticiero Oficial. (s.f). *Reiteración jurisprudencial sobre los aspectos a probar en casos de responsabilidad médica*. Obtenido de
<https://www.noticieroficial.com/noticias/reiteracion-jurisprudencial-sobre-los-aspectos-a-probar-en-casos-de-responsabilidad-medica/123052>

Revista Semana. (17 de febrero de 2021). *Demandas contra el Estado colombiano no se detuvieron ni en pandemia y pretenden obtener \$ 426 billones*. Obtenido de
<https://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/demandas-contra-el-estado-colombiano-no-se-detuvieron-ni-en-pandemia-y-pretenden-obtener-426-billones/202145/>

Sistema de informacion juridica de la JEP. (2014). *Providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 28804* . Obtenido de
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/23001-23-31-000-2001-00278-01\(28804\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/23001-23-31-000-2001-00278-01(28804).htm)

Suarez, D. (1998). Responsabilidad de las Entidades Territoriales en la Prestacion de los Servicios Medicos-Particularidades Que Puede Presentar Este Regimen en el Campo de la Ginecologia, la Obstetricia y la Genetica. *La. Rev. Derecho Privado*, 4-47.

Universidad del Valle. (2010). *Mortalidad infantil y en la niñez*. Obtenido de http://uvsalud.univalle.edu.co/pdf/plan_desarrollo/capitulo-9.pdf

Vera, C. (2016). Daño a la vida de relación como perjuicio autónomo y el daño a la salud. *Inciso*, 117-125.