SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Falla médica / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Sentencia de unificación jurisprudencial / SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL EN FALLA MEDICA - En materia de reparación del daño a la salud de carácter temporal, liquidación del daño a la salud y medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en asunto médico asistencial / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Muerte de feto / MUERTE DE FETO - Por indebida prestación del servicio médico de centro hospitalario / INDEBIDA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO DE OBSTETRICIA - En paciente embarazada / DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de feto de sexo femenino por indebida atención en el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, de señora embarazada por negligencia y deficiente prestación del servicio médico en trabajo de parto

La Sala, previamente, unificará la jurisprudencia respecto de la liquidación del perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud de carácter temporal, con base en una valoración cualitativa del mismo. Igualmente, respecto de la procedencia oficiosa de la declaración de medidas de reparación integral en los casos que evidencian la invisibilidad del trato requerido por la mujer en materia médico asistencial. (…) Consta que el día 14 de julio de 1999, a las 9 am, la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez se presentó al Hospital San Vicente de Paúl, en estado de embarazo y habiendo iniciado trabajo de parto; que hacia las 10:15 fue atendida inicialmente en el departamento de obstetricia, donde se la valoró y se dejó en espera, a pesar del progreso del trabajo. También se sabe que fue valorada por un médico general hacia las 5:00 pm y que entre 50:50 y 6:15 fue atendida por un ginecólogo quien ordenó cesárea. Dicha operación se realizó entre las 6:45 y las 7:05 pm y en ella se extrajo a la criatura sin vida. (…) Deambula por la Sala, con abdomen globoso por útero grávido en trabajo de parto con contracciones fuertes.

RECURSO DE APELACION - Impugnación sentencia de primera instancia únicamente indemnización por daño fisiológico de perjudicados / RECURSO DE ALZADA - Controvertido perjuicio moral negado a esposo de paciente embarazada / PERJUICIOS MORALES - Reconocidos al padre por juez contencioso de segunda instancia al acreditarse relación con la paciente embarazada / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a padre aun cuando no se probó unión marital de hecho, se infiere sufrimiento de familiares cercanos

El primer punto de controversia planteado por la parte actora respecto de la primera instancia es la negación de la indemnización por perjuicios morales al señor Nelson González Sotomayor bajo el argumento de que no se acreditó su convivencia con la señora Amparo Ramírez Suárez. (…) la Sala advierte que asiste razón a los demandantes para sostener que la relación del señor González Sotomayor con la señora Ramírez Suárez está suficientemente acreditada. (…) estando probada la convivencia, así como el hecho de que la criatura esperada era reconocida por el señor González Sotomayor como su hija, es necesario inferir su aflicción porque ésta última no nació y por la vejatoria e inaceptable falta de atención a la madre. Esta inferencia podría legítimamente hacerse únicamente sobre la base de la acreditación de la condición del actor de padre de la criatura, ya que es propio de la naturaleza humana el sufrimiento por la muerte o el dolor de los familiares más cercanos. Empero, hay que añadir que en el caso concreto cabría predicar el dolor del señor González Sotomayor, aún cuando no se hubiese probado la unión de hecho, por cuanto el único testigo oído durante el proceso se refirió explícitamente a las perturbaciones emocionales e incluso somáticas padecidas por el demandante a causa de la muerte de la criatura esperada por la señora Amparo Ramírez Suárez, en las circunstancias de negligencia que ya el a quo declaró probadas.

CRITERIO DE UNIFICACION - Liquidación del daño a la salud / LIQUIDACION DEL DAÑO A LA SALUD - Valoración cualitativa / DAÑO A LA SALUD - Daño inmaterial / DAÑO A LA SALUD - Proviene de una afectación a la integridad psicofísica / DAÑO A LA SALUD - Noción / DAÑO A LA SALUD - Proviene de una afectación a la integridad psicofísica

Mediante sentencias de 14 de septiembre de 2011, en la que la Sección establece, claramente que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de "daño a la vida en relación" y comprensiva de aspectos diversos aspectos. En lo relativo a autonomía y no subsunción ni identificación de los conceptos de daño a la salud y "daño a la vida de relación" o "a la alteración de las condiciones de existencia".(…) La Sala reitera la jurisprudencia precedente en cuanto a la no subsunción del daño a la salud en categorías jurídicas excesivamente abiertas y omnicomprensivas, como el daño a la vida en relación que, como bien se ha puesto de presente en fallos anteriores, cierra las posibilidades de acudir a criterios más objetivos de tasación del daño, impropios de categorías vagas y omnicomprensivas. Sin embargo, se estima necesario hacer algunas aclaraciones sobre la naturaleza de este daño así como sobre los criterios de conocimiento y prueba de los mismos**. NOTA DE RELATORIA:** En relación con el daño inmaterial derivado de la alteración a la salud, consultar sentencia de 14 de septiembre de 2011.

DAÑO A LA SALUD - Distinciones del concepto / DAÑO A LA SALUD - Dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las Juntas de Calificación no son fundamento para constituirlos como prueba única de la gravedad del daño / DICTAMENES JUNTAS DE CALIFICACION - No son única prueba para tasar el daño

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infra constitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

CRITERIO DE UNIFICACION – Valoración cualitativa del daño a la salud / ALTERACION PSICOFISICA - No se mide cualitativamente por la incapacidad / DAÑO ESTETICO - Subsumido dentro del daño a la salud / LESION DE LA FUNCION SEXUAL - Componente del daño a la salud difícilmente constitutivo de incapacidad

Se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

CRITERIO DE UNIFICACION - Daño a la salud de carácter temporal / DAÑO A LA SALUD TEMPORAL - Unificación jurisprudencial / DURACION DEL DAÑO - Factor para su tasación / PERJUICIO A LA SALUD - El carácter permanente de la alteración o secuela no es requisito esencial para su reconocimiento / CARACTER PERMANENTE DE LA ALTERACION - No es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud / ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - La Sala abandona tesis de que solo esta es indemnizada / ALTERACION PSICOFISICA DE MENOR ENTIDAD - Nadie está obligado a soportarla. No existe razón para desestimar su antijuridicidad y su indemnización

Se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

DAÑO A LA SALUD – Noción avanzada / AVANCE DEL CONCEPTO A LA SALUD - No se limita a la ausencia de enfermedad / CONCEPTO A LA SALUD - Alteración del bienestar psicofísico / ESTADOS DEL DUELO - Causación injustificada del dolor físico o psíquico / DOLOR FISICO O PSIQUICO - Pueden constituirse en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecer / DAÑO A LA SALUD - En alteración psicofísica, el sujeto no tiene que soportar, sin importar su gravedad y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse. En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

DAÑO A LA SALUD - Acreditación / DAÑO A LA SALUD - Puede acreditarse su existencia de un tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza de su naturaleza, intensidad y duración / ALTERACION PSICOFISICA - No requiere evidencia de su intensidad y duración / ALTERACION PSICOFISICA - Es un daño a la salud / LITERATURA CIENTIFICA - Juez puede acudir a ella para complementar e interpretar las pruebas del proceso

/ LITERATURA CIENTIFICA - No puede tenerse como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos / HISTORIA CLINICA - Tampoco puede reemplazarse por la literatura científica como prueba / REEMPLAZO DE PRUEBAS DOCUMENTALES - No es posible absolutamente por la literatura científica / PRUEBAS TESTIMONIALES - No es dable que el juez pueda reemplazarlas por la literatura científica / LITERATURA CIENTIFICA - Se acepta como criterios hermenéutico del material probatorio en casos en los que resulta conclusivo

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.

AFECTACION DE SALUD - Se acreditó la falta de atención oportuna lo que conllevó a la práctica innecesaria de cesárea / FALTA DE ATENCION MEDICA OPORTUNA - De centro médico hospitalario / DAÑO A LA SALUD - Se acreditó que la paciente tuvo que ser sometida a cesárea que no requería por falta de atención oportuna / FALTA DE ATENCION MEDICA - Ocasionó daño a la salud de paciente en estado de embarazo

En lo que se refiere a la afectación de la salud sufrida por la señora Amparo Ramírez Suárez, el perjuicio se encuentra probado por las siguientes razones. En primer lugar, parece claro que la falta de atención oportuna hizo necesaria la realización de una cesárea que, en un principio, no era requerida. No obra en el expediente prueba alguna de que durante el embarazo se hubiera detectado alguna condición que justificara la cesárea o de que este procedimiento se hubiera programado, por lo que cabe inferir que la razón de su realización radicó en el óbito fetal y la imposibilidad subsiguiente de un parto natural.

VIOLACION DEL DERECHO A LA SALUD - Al realizar cesárea innecesaria / CESAREA - Es exigencia del derecho a la salud cuando el embarazo o parto la reclaman

La realización de la cesárea es una exigencia del derecho a la salud en los casos en que la reclaman las circunstancias del embarazo o parto, su realización innecesaria o su práctica en situaciones en las que la necesidad sobreviene por una causa evitable e imputable a la entidad médica, supone siempre una vulneración del mismo derecho. Y es que es de común conocimiento que la cesárea, por una parte implica un mayor riesgo y por otra, supone una serie de complicaciones que no son propias del parto natural.

INTERVENCION QUIRURGICA - Por su índole provoca daños o afectación a la salud / DAÑOS A LA SALUD - Causados por intervenciones quirúrgicas / INTERVENCION QUIRURGICA - No se reputa antijurídica, cuando es necesaria para evitar un mal y conocida por la paciente

Debe tenerse en cuenta que toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente, como la sedación, la ruptura de

membranas, entubación, punción, canalización, incisión, la sutura, etc. Después de ella, sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar y en la que por definición, se limita la capacidad del paciente para realizar ciertas actividades y en algunos casos, la misma movilidad. En otras palabras, las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque (i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente. Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos hace que lo que en principio es jurídico se torne antijurídico y, por ende, no tenga que ser soportado por el paciente. En este sentido, hay que considerar que el hecho de que la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto quirúrgico.

DAÑOS DE LA INTERVENCION QUIRURGICA - Supone causa de herida o cicatriz permanente / DAÑOS DE LA INTERVENCION QUIRURGICA - Ocasiona complicaciones temporales / INTERVENCION QUIRURGICA CESAREA - No sustituye al parto medio natural de alumbramiento / CESAREA - Intervención quirúrgica a realizarse exclusivamente cuando existan razones médicas justificadas, es limitada su práctica / CESAREA - Supone aumento del riesgo y sometimiento a mayores complicaciones que la vía natural

Respecto de la naturaleza de los daños propios de la intervención quirúrgica la Sala precisa que, por regla general, ésta supone la causación de una herida o cicatriz de carácter permanente, al lado de complicaciones temporales (ej. dolores, mareos, sangrado, etc), las cuales no pierden su entidad de daño por el solo hecho de su temporalidad y, por lo tanto, son tan indemnizables como el daño de carácter permanente. En lo concerniente a la intervención quirúrgica cesárea la Sala considera necesario añadir que ésta no está llamada a sustituir al parto, medio natural de alumbramiento, siendo entonces necesario que se realice única y exclusivamente cuando existan razones médicas que lo justifiquen, esperándose, por ello, que el número global de estas intervenciones sea limitado. Lo anterior porque, como se ha dicho anteriormente, salvo en aquellos casos excepcionales en los que el parto vaginal está contraindicado, la cesárea, en tanto procedimiento quirúrgico supone un aumento del riesgo y un sometimiento a mayores complicaciones que la vía natural, algunas de las cuales tienen que ver con la fertilidad femenina y las características de los partos subsiguientes. Sobre el imperativo de revisar la actitud frente a la proliferación de las cesáreas innecesarias.

PERJUICIO A LA SALUD - Por complicaciones emocionales sufridas por paciente

La principal causa para predicar, en el sub lite, el perjuicio a la salud radica, sin embargo, en las complicaciones emocionales sufridas por la paciente y su compañero a causa del óbito fetal en las circunstancias conocidas y acreditadas. Alega la parte actora que dicha circunstancia alteró significativamente sus condiciones de existencia y la dinámica de las relaciones de la pareja.

ALTERACION PSIQUICA - Causada a los padres por la muerte perinatal de hija / ALTERACION FISICA Y EMOCIONAL - Acreditada con testimonio

Es cierto que en el acervo probatorio no se encuentra elemento adicional que acredite la alteración psíquica (con manifestaciones somáticas) sufrida por los actores y que el testigo que da cuenta de estas circunstancias carece de calificación profesional para emitir un diagnóstico psiquiátrico. Sin embargo, en el

caso concreto, se ha de tener en cuenta que el testimonio es consistente con un fenómeno de común aceptación en las ciencias de la salud mental, como es la naturaleza traumática para los padres de la muerte perinatal. (…) Nuevamente se reitera, la Sala fundamenta el daño a la salud en el testimonio de quien conoció de cerca la situación de la pareja; testimonio que analizado a la luz de la literatura médica permite inferir conclusiones fiables sobre la naturaleza e intensidad de la perturbación psíquica, esto es, es, si bien se apela a la literatura médica, se lo hace con el fin de inferir de la declaración el estado de salud de los demandantes. Única forma posible de complementar la prueba testimonial, dado que el paso del tiempo desde la fecha de los acontecimientos y la esperable variación en la condición anímica de los actores, haría poco efectivo el dictamen científico.

PRUEBA TESTIMONIAL - Suficiente para acreditar daño a la salud / DAÑO A LA SALUD - Tiene incidencia directa en probabilidades de ser madre en el futuro

Se puede decir que si bien el testimonio es insuficiente para la acreditación del daño a la salud y la literatura médica es per se insuficiente para tener certeza sobre el mismo, su valoración conjunta permite tener un conocimiento suficientemente plausible sobre la índole del daño, con base en el cual se puede calcular la indemnización del daño moral. Finalmente, la valoración del impacto del daño a la salud sufrido por la actora exige tener en cuenta que, dada su edad al momento de la ocurrencia de los hechos, el daño causado tiene incidencia directa en sus probabilidades de ser madre y en las condiciones de un embarazo futuro. En efecto, en el momento de los hechos la paciente tenía 34 años, y según los testimonios recogidos, el carácter traumático de los hechos la disuadió de volver a quedar embarazada, al menos hasta 2002, año en el que tenía 37 años y, ya se encontraba dentro de un grupo etario (mayores de 35 años) en el que el que hay mayor riesgo de complicaciones en la gestación y el parto.

MEDIDAS DE REPARACION PECUNIARIAS - Reconocimiento aún de oficio / RECONOCIMIENTO DE OFICIO DE MEDIDAS DE REPARACION PECUNIARIAS - Por afectación relevante de derechos convencional o constitucionalmente amparados

Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1° de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

CRITERIO DE UNIFICACION - Medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en materia médico asistencial / MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Operarán para reconocer la dignidad de las víctimas, reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación y no repetición / MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Decretará de manera oficiosa o a solicitud de parte las medidas con la magnitud de los hechos probados

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la

garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

FUENTE FORMAL: CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTCULO 8.1

CRITERIO DE UNIFICACION - Medidas adicionales de reparación integral / MEDIDAS ADICIONALES DE REPARACION INTEGRAL - Por evidenciarse la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico anímica de la mujer / MEDIDAS ADICIONALES DE REPARACION INTEGRAL - Por la deficiencia reiterada en la atención gineco obstétrica

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho. En efecto, la Sala advierte que 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.

CRITERIO DE UNIFICACION - Medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en materia médico asistencial / APLICACION DE MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Por discriminación de género / DISCRIMINACION DE GENERO - Al echar de menos trato requerido a la mujer por su condición / MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Excusas a ofrecer a los actores en ceremonia privada / MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Establecer link en página web para acceder al contenido magnético de la sentencia / MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Implementar centro hospitalario políticas tendientes a garantizar atención médica especializada para la mujer y niños recién nacidos / MEDIDA DE REPARACION INTEGRAL - Enviar copia de sentencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer para optimizar atención gineco obstétrica / ALTA CONSEJERIA PARA EQUIDAD DE LA MUJER – La finalidad de envío a esta entidad para que minimice eventos de muerte perinatal / OBSERVATORIO DE POLITICA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION - Debe la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura incluir la sentencia en la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial

La Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Adicionalmente, el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la

Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia y minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

PERJUICIOS MORALES - Liquidación / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a madre por el sufrimiento causado por muerte de su hija antes del parto y práctica de cesárea innecesaria / PERJUICIOS MORALES - Indemnización a padre por el fallecimiento de su hija y tener que contemplar padecimientos morales de su pareja

Probado, como está, que la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez Velásquez no fue tratada de modo coherente con la dignidad humana ni con los estándares de la lex artis y que de dicha conducta (que ya de por sí lesiva) se siguió la muerte de su hija antes del parto y la práctica de una cesárea que habría podido ser evitada, se arriba fácilmente a la conclusión de que su sufrimiento fue superlativo. Análogas consideraciones se pueden hacer respecto de su compañero y padre de la criatura, Nelson González Sotomayor, quien también tuvo que padecer la muerte de su hija no nacida y contemplar impotente los padecimientos físicos y morales de su pareja. Por esta razón, en el caso concreto la indemnización que debería reconocerse a los actores, debe coincidir con el tope establecido jurisprudencialmente para el daño moral, esto es, 100 smlmv.

CRITERIO DE UNFICACION - Reparación del daño a la salud / DAÑO A LA SALUD - Reiteración jurisprudencial / DAÑO A LA SALUD - Reiteración jurisprudencial referente a la indemnización sujeta a lo probado únicamente para la víctima directa, en cuantía no puede exceder 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes / CRITERIO DE UNIFICACION DAÑO A LA SALUD - Indemnización de acuerdo a la gravedad de la lesión motivada y razonada / DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento de acuerdo con la gravedad de la lesión probada en el proceso / DAÑO A LA SALUD - Juez debe determinar porcentaje de la afectación corporal o psicofísica / VARIABLES DE TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Juez determinará porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - Regla general / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - Por la gravedad de la lesión / REPARACION DEL DAÑO POR LA GRAVEDAD DE LA LESION - A la víctima directa

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera. La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la victima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada.(…) el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

CRITERIO DE UNIFICACION - Indemnización casos excepcionales / INDEMNIZACION CASOS EXCEPCIONALES - Quantum no puede superar cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes / CASOS

EXCEPCIONALES - Cuando existan circunstancias probadas de mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse indemnización mayor / QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO A LA SALUD - Debe motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño / DAÑOS A LA SALUD GRAVES E INTENSOS - Criterios porcentuales a aplicarse / LIQUIDACION DEL DAÑO A LA SALUD - Regla general cien salarios mínimos legales mensuales vigentes / LIQUIDACION DEL DAÑO A LA SALUD - Regla excepcional cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes / REGLA GENERAL Y EXCEPCIONAL PARA LIQUIDAR DAÑO A LA SALUD – Son excluyentes el uno del otro no acumulativos / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD – Regla general / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD - Regla de excepción / REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD – Cuantía máxima

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. (…) Se aclara que son excluyentes no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (…) es menester aclarar que los porcentajes antedichos son indicativos de gravedad, por lo que pueden traducir a categorías cualitativas. De ahí que los porcentajes iguales o superiores se pueden entender como daños cualitativamente graves e intensos, mientras que los de menor porcentaje se entenderán de mayor gravedad. Esto permite atenerse a los criterios porcentuales antedichos, aún cuando se carezca de un valor certificado.

DAÑOS TEMPORALES A LA SALUD - Indemnización tasada por la gravedad de las afecciones padecidas por la paciente

En el sub lite se ha podido comprobar que la señora Amparo de Jesús Ramírez fue sometida a una cesárea innecesaria, con el consecuente aumento del riesgo, así como de las complicaciones propias de la convalecencia posquirúrgico. Así mismo, se infiere que la realización de la cesárea ocasionó necesariamente a la mencionada señora una cicatriz que no se habría causado en el curso del parto natural. Adicionalmente, se tiene conocimiento de que la señora Amparo de Jesús Ramírez padeció alteraciones del ánimo que de ordinario se presentan, en los primeros años después del deceso fetal, aunque susceptibles de mejora paulatina. Finalmente, como se dijo ad supra se acepta los hechos traumáticos descritos en el fallo tienen aptitud de incidir negativamente en las posibilidades de maternidad y las condiciones de los embarazos futuros de la actora. La valoración conjunta de estas circunstancias lleva a la Sala a estimar que, aunque en un principio la gravedad de las afectaciones fueron de una intensidad tal que de ser permanentes justificarían una mayor indemnización, el hecho de que dos de los componentes del daño fueran de carácter temporal, obligan a matizar las consideraciones sobre la gravedad, de modo que se estimará que el daño a la salud sufrido por la señora Amparo de Jesús Ramírez son cualitativamente equiparables a aquellas que se califican con un porcentaje igual o superior al 20% e inferior al 30%. Así las cosas, se reconocerá a la señora Amparo de Jesús Ramírez una indemnización por un valor equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ALTERACIONES EMOCIONALES - Indemnización / DAÑO A LA SALUD - Reconocida al padre por daño a la salud en menor monto que a la madre al no ser posible predicar respecto de él la convalecencia posquirúrgica y alteración estética

En la medida en que consta que el señor Nelson González Sotomayor padeció alteraciones emocionales con manifestaciones somáticas, se le ha de reconocer una indemnización por daño a la salud. Sin embargo, ante la ausencia de un conocimiento detallado sobre la naturaleza del mismo y la coincidencia de la mayor parte de la literatura médica sobre la mayor intensidad de la alteración psíquica maternal por muerte perinatal, y ante la certeza de que no es posible predicar respecto de él la convalecencia posquirúrgica y la alteración estética, se ha de reconocer un menor monto que a la madre. Así pues, se considera razonable cifrar el daño a la salud padecido por el señor Nelson González Sotomayor en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804)

Actor: AMPARO DE JESUS RAMIREZ SUAREZ

Demandado: HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE LORICA Y OTRO

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala previa unificación jurisprudencial en materia de reparación del daño a la salud de carácter temporal, liquidación del daño a la salud (valoración cualitativa) y medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en materia médico asistencial, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Córdoba, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones.

Dispone el fallo impugnado:

> *Primero: No prospera la excepción propuesta.*
>
> *Segunda: Declárase al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, por la muerte de su hija en estado fetal.*

Tercera: Condénase al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, a pagar a Amparo de Jesús Ramírez Suárez, por concepto de perjuicios morales noventa punto ochenta y nueve (90.89) salarios mínimos legales mensuales, que a la fecha de esta sentencia equivalen a treinta y dos millones quinientos treinta y ocho mil pesos ($32.538.000).

Cuarto: Niéguense las demás pretensiones de la demanda.

Quinto: Dese cumplimiento a esta providencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A, para ello expídase copia de la sentencia con destinos (sic) a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo".

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 22 de junio de 2001, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, los señores Amparo de Jesús Ramírez Suárez y Nelson González Sotomayor impetraron se declare la responsabilidad estatal del Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, Córdoba por la muerte de su hija por nacer.

Los demandantes reclamaron las siguientes declaraciones y condenas:

1. *La empresa social del Estado Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, es administrativamente responsable de los perjuicios morales y de placer o daño a la vida de relación o fisiológicos, ocasionados a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y a su compañero permanente Nelson González Sotomayor, por la muerte de su hija en estado fetal cuando estaba por nacer en el proceso de parto, y de igual forma por peligrar la vida de la ilusionada madre en dicho proceso biológico, y los cuales fueron causados por falla clara o presunta del servicio médico de la entidad referida, al no prestarse el servicio médico en forma digna, eficiente y oportuna, lo cual produjo la muerte del bebé o criatura que estaba por nacer y que puso en peligro la vida de la madre.*

2. *Como consecuencia, condénese a la Empresa Social del Estado, Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, como reparación o compensación del daño y perjuicios ocasionados, a pagar a los actores o a quien represente legalmente sus derechos, los siguientes conceptos indemnizatorios:*

   -Perjuicios morales: A señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y a su compañero Nelson González Sotomayor, con el equivalente en pesos del día de ejecutoria que pongan fin al proceso de Mil (1.000) gramos de oro fino, para cada uno de ellos, según certificación que para el caso

expida el Banco de la República, por causa de la muerte de su hija que estaba por nacer.

-Perjuicios morales (sic) A la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y a su compañero Nelson González Sotomayor, con el equivalente en pesos del día de ejecutoria que ponga fin al proceso de mil (1.000) gramos de oro fino, para cada uno de ellos, a causa de las angustias y dolores padecidos por la ilusa madre al peligrar su vida y soportar toda la hemorragia y el proceso de muerte de la criatura en su vientre sin recibir ningún auxilio médico eficiente para evitarlo, lo cual afectó profundamente a ambos compañeros, tanto emocional, sicológica y sentimentalmente, lo cual ha permanecido en el tiempo.

-Perjuicios de placer, a la vida en relación o alteración de las condiciones de existencia: A la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y a su compañero Nelson González Sotomayor, debe pagárseles este perjuicio, a cada uno, con el equivalente en pesos del día de ejecutoria que pongan fin al proceso de siete mil (7.000) gramos de oro fino, según certificación antes referida.

3. *Todas las cantidades dinerarias pretendidas deberán pagarse debidamente actualizadas en su poder adquisitivo con base en el índice de precios al consumidor, más intereses compensatorios desde la fecha de origen de los daños y perjuicios hasta la ejecutoria de la sentencia.*

4. *La entidad demanda y condenada, dará cumplimiento a la sentencia en términos de los artículos 176, 177 y 178 de Código Contenciosos Administrativo, pagando intereses moratorios comerciales a partir de la ejecutoria de la sentencia.*

2. Fundamentos de hecho

La parte demandante puso de presente los siguientes hechos y circunstancias como fundamento de sus pretensiones:

1. *La señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y el señor Nelson González Sotomayor, unieron libremente sus vidas, y de esa unión, con gran ilusión y a través de esfuerzos y bajo cuidado médico, procrearon y engendraron una criatura con la gran expectativa de que naciera viva y saludable, y se convirtiera así en un gran motivo de felicidad, en la formación de un hogar, lo cual les daba el gran sentido de vivir y de seguir progresando en la unión espiritual y física que habían formado.*

2. *El embarazo de la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, le fue diagnosticado por exámenes médicos realizados a través de la entidad promotora de salud, IPS Saludcoop de Lorica, mediante los cuales se le determinó que el parto podía darse entre los meses de junio y julio de 1999.*

3. *Su embarazo transcurrió en forma normal , fue tratada en varias oportunidades por médicos de la I.P.S Saludcoop de Lorica, con el fin de preservar el buen proceso de gestación, y según la historia clínica llevada en dicha institución, el embarazo y el proceso de gestación transcurrió en forma normal, lo que tranquilizaba a los futuros padres.*

4. *El día 13 de julio de 1999, la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, sufrió de forma intensa dolores de parto, después de transcurridos nueve meses de embarazo aproximadamente. Con la ayuda de su compañero fue llevada a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, como afiliada a la I.P.S. Saludcoop de Lorica, para que fuera atendida en forma digna y urgente por los dolores y contracciones que padecía, y además porque le había costado mucho engendrar la criatura que estaba por nacer y era el anhelo traerla al mundo en la mejor forma.*

5. *Ese día 13 de julio de 1999, llegaron al Hospital a las 6:30 p.m., aproximadamente, y fue atendida la gestante en primer lugar por el médico Héctor Segundo González, quien diagnosticó que la paciente no había entrado en trabajo de parto, sin practicarle examen alguno, y así consta en la historia clínica. Con base en este concepto, ordenó a su compañero que se la llevara a casa y la regresara a las 8:00 a.m, del siguiente día catorce (14) de julio de 1999. Sin embargo, ellos hicieron caso omiso a lo ordenado por el médico y siguieron deambulando por los pasillos del Hospital buscando auxilio de otros médicos y hospitalización, debido a que los dolores de parto se intensificaban y la gestante presentaba contracciones cada tres minutos. Ante la insensibilidad de médicos y enfermeros, los compañeros permanentes se fueron a su casa y es de notar que a pesar de las dificultades que enfrentaban no fue hospitalizada, lo cual tampoco aparece en la historia clínica.*

6. *Al siguiente día 14 de julio de 1999, madrugaron y a las 6:30 a.m se encontraban nuevamente en el Hospital, pues la gestante no pudo dormir en la noche, esperando ansiosamente ser atendida por el obstetra o un ginecólogo; pero no sucedió así, y en vez de ser remitida la señora Amparo Ramírez Suárez a la sala de partos y ser puesta en manos de un especialista, por sus propios medios tuvieron que dirigirse a urgencias y ponerse en manos de un médico general de nombre Jesús Eduardo Martínez Nieves, para que la reconociera y diera una respuesta que llenara sus expectativas, y el cual dijo que la gestante estaba dilatando, hecho que ocurrió a las 7:15 a.m., aproximadamente. Tampoco aparece en la historia clínica que la paciente fue atendida por un médico especialista en ginecología y obstetricia, como debía hacerse.*

7. *Posteriormente, después que el médico salió de la pieza de urgencias donde observó a la gestante, a eso de las 7:30 a.m., el señor Nelson González atendiendo un llamado de su señora entró a la pieza y observó un charco de sangre producto de una hemorragia que se le desató a su compañera permanente en esos momentos y que se le continuó casi permanentemente por el resto del día.*

   Ante tal situación desesperante y angustiosa el señor Nelson González Sotomayor salió corriendo en busca de ayuda del médico de turno, un empleado que trabajaba como cajero auxiliar en la sala de urgencias de nombre José Fuentes, y al ver la angustia del señor Nelson González y la penosa situación de su compañera, también trató de interceder ante el médico de turno, Dr. Ulises Sánchez Gene, quien a pesar de los ruegos, no le dio importancia a la situación, y solamente dijo que no podía interceder porque respetaba el diagnóstico de su colega (el segundo médico, Eduardo Martínez Nieves, quien había dicho qye la paciente estaba dilatando), actitud que tampoco consulta con los fines humanistas del ejercicio médico, y se limitó a decir que esa hemorragia era normal y que no iba a reconocer a nadie que un colega de él había reconocido, que tal vez la reconocería a las 11 a.m. de ese día, que se llevara a la gestante a la casa, y volviera cuando hubiese dilatado lo suficiente porque el Hospital así no aceptaba hospitalizaciones ya que su señora en ese estado iba a incomodar a las demás pacientes, como si no tuviera derecho a ser atendida en forma digna, eficiente y oportuna.

8. *El señor Nelson González Sotomayor, como es entendible, hizo caso omiso a la nueva orden inhumana e incomprensible, volvió angustiadamente al lugar de urgencias donde estaba su compañera encontrándola de píe sobre un charco de sangre y líquido amníotico que emanaba de la hemorragia que padecía y corría por sus piernas, acompañada de grumos y pedacitos de pellejos, sin que ningún empleado de dicho centro hospitalario se condoliera de la paciente, y solamente su compañero permanente la limpió tratando de detener la hemorragia con una toalla que tuvo que salir a comprar en una droguería, porque el hospital tampoco se la facilitó.*

9. *A las 10:00 a.m., del mismo día, acudió nuevamente el desconsolado compañero de Amparo Ramírez Suárez donde el Dr. Ulises Sánchez (médico de turno) porque su señora no aguantaba más los dolores, y la hemorragia que le estaba produciendo palidez. El médico ya molesto por tanta insistencia, le dijo al señor González que iba a atender a la gestante "para que después no estuviese hablando y molestando".*

   El médico la observó en la pieza donde le empezó la hemorragia, y en un minuto salió y le manifestó a su compañero que la iba a hospitalizar (ya consciente de la gravedad de la situación), y al fin, aunque muy demasiado tarde (sic) fue remitida a la pieza de maternidad, y allí donde

se esperaba la intervención rápida del profesional o de otro médico, nuevamente fue abandonada a la suerte. Después de esperar varios minutos de ser remitida, la gestante salió de la pieza de maternidad, haciendo un gran esfuerzo, y le imploró a su compañero que buscar o hiciera lo que sea porque ella no aguantaba más el desespero, los dolores y la hemorragia que se hacía más intensa. Insistiendo otra vez, el señor González buscó ayuda y le manifestó a una enfermera que su señora era afiliada de Saludcoop, y la enfermera contestó simplemente que buscara un ginecólogo adscrito a la I.P.S., lo que resulta paradójico pues era el hospital el prestante de los servicios médicos y Saludcoop le pagaba por ese servicio.

10. *A las 4:50 p.m., de ese mismo día 14 de julio, la gestante en un acto de gran angustia se dirigió a la enfermera de maternidad y le pidió ayuda diciéndole que no sentía a la criatura, que la hemorragia no se le paraba y ella temía perder a su bebé (además también peligraba su vida), la enfermera acudió a donde una doctora de nombre Mercedes Mangonez Rodríguez, llamada "Michele", quien se dio cuenta que la criatura aparentemente estaba muerta, y de una vez buscó la intervención de un cirujano de nombre Manuel Negrete, quien acudió al llamado y se apersonó de la situación, y puso todo su empeño, ya no para salvar la vida de la criatura, sino la de la madre, que estaba en gran peligro. Según el médico para la práctica de la operación se presentaban varios inconvenientes, principalmente que no había un sitio adecuado en el quirófano para iniciar la cirugía por la gran contaminación existente, y que tal vez fuera necesario remitir a la paciente a la capital, de Montería (sic), pero que se corría riesgo de que la señora Amparo Ramírez perdiera la vida en el viaje. Con todos los riesgos el profesional, siendo el único que dio muestras de ética médica, practicó la operación en el quirófano del hospital, logrando salvarle la vida a la señora Amparo, pero con el infortunio de extracción de la bebé sin vida, producto de la deshumanización e ineficiencia del servicio de salud prestado por la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Lorica. Como podemos ver solamente la gestante vino a ser atendida y operada entre las 6:30 p.m., y 7: 20 p.m., del día 14 de julio de 1999, habiéndose presentado para que fuera atendida y hospitalizada a las 6:30 del día anterior, 13 de julio de 1999*

11. *De todo lo expuesto, se le revela la falla protuberante del servicio médico de la administración hospitalaria, que entre otras cosas es presunta, y que para el presente caso, la responsabilidad médica en obstetricia es de resultado, criterio sentado por la jurisprudencia contencioso administrativa. De todos los hechos brota la configuración del daño antijurídico, derivado de tal falla, por lo que hace procedente una justa compensación o indemnización de los perjuicios causados, que corresponden a morales y sobre todo, a los de placer, a la vida en relación o desmejoramiento en la calidad de existencia, llamados también en principio por la jurisprudencia administrativa "fisiológicos".*

12. *(…) Amparo de Jesús Ramírez Suárez y el señor Nelson González Sotomayor, contaban para la fecha de los hechos con las edades de 34 y 49 años respectivamente.*

(…)

13. *El señor Nelson González Sotomayor hace vida marital, en unión permanente, con la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, de cuya unión se engendró la criatura o bebé perdida por falla médica.*

3. Oposición a la demanda

En su escrito de contestación, la entidad demandada puso de presente la falta de pruebas sobre algunos de los hechos alegados por la parte actora, pero, sugirió la posibilidad de que, en parte, la pérdida del bebé esperado por la paciente y el deterioro en la salud de la misma, tuvieran que ver, al menos parcialmente, con actitudes negligentes por parte de los actores, como, por ejemplo, el haber acudido al hospital a las 43 semanas de gestación, esto es ya en postérmino o el haber hecho caso omiso a las observaciones del personal médico tratante. En palabras de la defensa:

> *(…) de ser así por la fecha expectante se pudo calcular por parte de la entidad tratante I.P.S SaludCoop de Lorica, en la cual le hacían control prenatal, realizado el día 14 de diciembre de 1998 y además que la fecha tentativa de parto era 23 de junio de 1999.*
>
> *Así las cosas, para el 13 de julio de 1999, ya habían trascurrido más de los nueve meses, es más, estaba alrededor de las 43 semanas de gestación como en efecto lo establece la historia clínica, como base en lo anterior nos preguntamos ¿por qué esperamos tanto tiempo en la entidad tratante para enviarla al hospital?*

Y en otra parte,

> *(…)Fíjese que el mismo apoderado manifiesta que haciendo caso omiso de las indicaciones del médico, siguió deambulando por los pasillos del hospital, esto es lo que hacían era someter al paciente a un mayor estrés y ayuno (sic).*

Por otra parte, la parte demandada propuso la excepción de caducidad.

4. Alegatos de conclusión de la parte actora

La parte actora reiteró el recuento de los hechos referidos en la demanda. Adicionalmente, señaló que la Constitución de 1991 instauró un régimen de responsabilidad estatal objetiva e invocó jurisprudencia de esta Corporación en la que se establece la presunción de falla en los procesos de responsabilidad médica y se precisa que en los casos de ginecología y obstétrica las obligaciones tienden a considerarse de resultado, en todos aquellos casos en los que no consten complicaciones en el embarazo.

Los actores destacaron, por lo demás, que en el caso sub lite se encuentran debidamente acreditados los elementos configuradores del deber estatal de indemnización por daño.

5. Sentencia impugnada

Mediante sentencia de 27 de mayo de 2004, el Tribunal Administrativo de Córdoba encontró no probada la excepción de caducidad invocada por la parte demandada, declaró la responsabilidad del Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, por la muerte *in utero* de la hija de los demandantes, ordenó una indemnización de 90.89 smlmv a favor de la señora Ramírez Suárez a título de daños morales por la muerte de la hija en estado fetal y negó las demás pretensiones.

En lo que respecta a la caducidad, el Tribunal destacó que la demanda fue presentada el 22 de junio de 2001, esto es, antes de que se cumplieran dos años a partir del acaecimiento de los hechos (14 de julio de 1999).

Por otra parte, *el a quo* encontró en el acervo probatorio elementos suficientes para tener certeza sobre el hecho de que la paciente no fue atendida adecuadamente y de que las deficiencias en la prestación del servicio de salud fueron causa eficiente del deceso de su hija en gestación. Fueron sus palabras:

> *En la historia clínica se puede apreciar, que no obstante que llegó en horas de la mañana al hospital, solo se le hizo una adecuada valoración de su estado a las cinco (5) de la tarde por solicitud de la enfermera auxiliar, y es a esa hora donde aparece registrado que se inicia la asistencia médica adecuada.*
>
> *Por la edad de la paciente y por ser el primer parto, se trataba de un embarazo con riesgo de presentarse complicaciones en el momento del parto, por consiguiente, la atención brindada en el hospital debió ser pronta e inmediata, lo cual no se hizo, según la historia clínica, pues a su llegada*

se le suministró una mínima atención médica y solo a las cinco de la tarde se le prestó la atención médica especializada.

Con fundamento en el material probatorio, la Sala concluye que, en el presente caso, la administración incurrió en responsabilidad por la indebida atención en el parto a la señora Amparo Ramírez Suárez y a su hijo que estaba por nacer.

En consecuencia, se dan los presupuestos para declara responsable al Hospital por la muerte del nasciturus. Está demostrada la existencia del daño y la relación de causalidad con el hecho causante del perjuicio.

Por otra parte, el Tribunal no reconoció indemnización por perjuicios morales al señor Nelson González Sotomayor por considerar que su calidad de compañero permanente de la señora Ramírez Suárez no fue suficientemente acreditada. Igualmente, el *a quo* no encontró prueba suficiente del daño fisiológico causado a los actores, por lo que negó la indemnización por este título.

7. Apelación

La parte actora impugnó parcialmente el fallo. No encontró fundamento para la negación de la indemnización por perjuicios morales al señor Nelson González Sotomayor y perjuicios fisiológicos (o a la vida en relación) de los padres de la niña no nacida. Así mismo, controvirtió el hecho de que el *a quo* no condenara a la parte demandada al pago de las costas procesarles.

Sobre la procedencia del reconocimiento del daño a la vida en relación, la parte demandante sostuvo que en el *sub lite* se hace evidente que la pérdida de un hijo priva a la pareja expectante del placer que significa el arribo de un nuevo miembro de la familia y al mismo tiempo altera las relaciones familiares. Estimó, al respecto, que si la pérdida de un órgano o miembro y la esterilización sobrevinientes a un tratamiento generan el deber de indemnizar el daño a la vida en relación, con tanta o más razón se ha de indemnizar por la privación que supone la muerte de un hijo antes del parto.

Por otra parte, cuestionó las razones del *a quo* para declarar no probados los perjuicios morales sufridos por el señor Nelson González Sotomayor, por cuanto en el acervo probatorio figura copia del acta de defunción de la criatura, a quien se identifica con los apellidos González y Ramírez, así como copias de un artículo periodístico sobre los hechos, con aptitud para probar que el referido accionante era efectivamente, padre de la criatura en estado de gestación.

Aparte de lo anterior, la parte actora atribuye a que *"dentro de la etapa probatoria se dieron irregularidades que no permitieron la práctica, casi de todas las pruebas testimoniales y también del interrogatorio de parte",* lo que tuvo incidencia en la acreditación de la unión de hecho de los actores.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 27 de mayo de 2004 por cuanto la pretensión mayor excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación, en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda[1].

2. Problema jurídico

Dado que apelación tiene que ver única y exclusivamente con la procedencia de la indemnización por daño fisiológico a los actores y por perjuicio moral al señor Nelson González Sotomayor, la Sala deberá determinar i) si a partir de la indebida atención prestada a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y la muerte de la criatura que ésta esperaba es posible inferir la aflicción del señor Nelson González Sotomayor y ii) el detrimento en la salud físico-psíquica de los actores.

Para el efecto, la Sala, previamente, unificará la jurisprudencia respecto de la liquidación del perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud de carácter temporal, con base en una valoración cualitativa del mismo. Igualmente, respecto de la procedencia oficiosa de la declaración de medidas de reparación integral en los casos que evidencian la invisibilidad del trato requerido por la mujer en materia médico asistencial.

3. Análisis del caso

3.2. Hechos probados

---

[1] Para el momento de presentación (2001) la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de $23.390.000 y la pretensión mayor consignada en la demanda, correspondiente cada uno de los demandantes por concepto de daño a la vida en relación se eleva a $171.546.000, valor correspondiente a 7000 gramos de oro fino el día 22 de junio de 2001.

3.1.1. Se conoce que para la fecha de los acontecimientos los señores Amparo de Jesús Ramírez Suárez y Nelson González Sotomayor convivían en unión libre. Lo anterior se puede corroborar por el testimonio del señor Miguel Francisco Negrete Feria (f. 119, c. 1)

Por otra parte, dado que la hija esperada no nació, esto es, no alcanzó a vivir por fuera de la madre, no es dable exigir la prueba del registro de nacimiento ni se puede hablar de parentesco. Sin embargo, se puede tener por cierto que el señor Nelson González Sotomayor se comportaba y era tenido como padre de la criatura. Así lo confirma el hecho de que en el certificado de defunción de la bebé fallecida *in útero,* se consigne como nombre “González Ramírez Niña” (f. 15, c 1). Así mismo, en la nota de prensa titulada “Muere menor por posible negligencia médica”, publicada en el diario *El Meridiano de Córdoba* el día 27 de julio de 1999 se recoge la narración de los hechos de los señores González Sotomayor y Ramírez Suárez, en calidad de progenitores y así mismo afectados con el truncado nacimiento de la hija esperada (f. 49, c. 1).

3.1.2. Se tiene por cierto que el día 14 de julio de 1999, la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez se encontraba en estado de embarazo de 43 semanas de gestación y que se había realizado controles prenatales, de los que hay constancia a partir del 14 de diciembre de 1998.

3.1.3. Consta que el día 14 de julio de 1999, a las 9 am, la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez se presentó al Hospital San Vicente de Paúl, en estado de embarazo y habiendo iniciado trabajo de parto; que hacia las 10:15 fue atendida inicialmente en el departamento de obstetricia, donde se la valoró y se dejó en espera, a pesar del progreso del trabajo. También se sabe que fue valorada por un médico general hacia las 5:00 pm y que entre 50:50 y 6:15 fue atendida por un ginecólogo quien ordenó cesárea. Dicha operación se realizó entre las 6:45 y las 7:05 pm y en ella se extrajo a la criatura sin vida.

Sobre lo sucedido durante la estadía de la señora Ramírez Suárez en el centro hospitalario, entre las 9:00 y las 7:05 pm queda constancia en los registros de la historia clínica. Así, por ejemplo, la hora de ingreso aparece consignada en el “Informe general de paciente” emitido por el departamento de facturación del hospital (fl. 36 c. 1). Igualmente la primera valoración en el departamento de obstetricia, una hora y media después del ingreso, quedó consignada como sigue:

"Día 14, mes VII, año 99, hora 10:15

Motivo de consulta: dolores de parto.

Examen físico:
(…)
Abdomen: globoso,
A Uterina: 31
Situación: longitudinal
F.C.F: 132X'
Presentación: cefálica
Borramiento: 80%
Membrana amniótica: ROTOS- FORNIER+- líquido de aspecto normal
Impresión diagnóstica: 1. Emb +/- 43 semanas +(ilegible), 2. Fuv en cefálica, 3. T de p activo (f. 172, c.1).

En las hojas de enfermería arrojan algo más de información sobre el estado de la paciente desde la valoración de las 10:15 am, recién citada. En dichas anotaciones aparece reiterativamente la observación de que la paciente se encuentra en trabajo de parto. De estas anotaciones vale la pena resaltar las correspondientes a las horas de la tarde:

13' Deambula por la sala, con abdomen globoso por útero grávido en trabajo de parto con contracciones fuertes.

15' se pasa a sala de parto. Fue valorada por la auxiliar de turno con 5 cm de dilatación. Se informa al médico en turno quien examina y coloca Doppler. No encuentra fetocardia, llama al ginecólogo de turno. Se canaliza vena con (…) a chorro. Se realiza prueba de penicilina.

17: 50' Fue valorada por Dr. Negrete (f. 182, c. 1), quien ordena trasladar a cirugía para cesárea.

18 (ilegible): Se pasa a cirugía en silla de ruedas en líquidos (ilegíble)

18:15 ' Llega al servicio de cirugía en silla de ruedas en T. D parto para ser (ilegible) cesárea (f. 182, c.1).

También se encuentra una anotación del médico especialista registrada a las 6:15 pm en la que se lee que acude al llamado de urgencia para cesárea (*(f. 174, c.1).* Así mismo en la hoja de "descripción operatoria" de la historia clínica aparece lo siguiente:

Previa asepsia y antisepsia y bajo anestesia isobárica se llega por planos a cavidad, se visualiza útero grávido, el cual se incide, se observa salida de LA espeso, meconiado, con aspecto de barro, se extrae feto muerto, se pinza cordón umbilical, se extrae placenta manualmente incompleta, se extraen restos placentarios, se limpia cavidad uterina, se sutura útero con catqut, se comprueba hemostasis, se sutura con seda en puntos

colchoneros. Conteo de compresas completo. Pte tolera acto sin complicaciones. (f. 179, c.1).

3.2 Imputación

3.2.1 Sobre la causación de un perjuicio moral al señor Nelson González Sotomayor

El primer punto de controversia planteado por la parte actora respecto de la primera instancia es la negación de la indemnización por perjuicios morales al señor Nelson González Sotomayor bajo el argumento de que no se acreditó su convivencia con la señora Amparo Ramírez Suárez.

Sobre este particular, la Sala advierte que asiste razón a los demandantes para sostener que la relación del señor González Sotomayor con la señora Ramírez Suárez está suficientemente acreditada. En efecto, como se dijo *ad supra* en el acervo probatorio obra el testimonio del señor Miguel Francisco Negrete quien clara y explícitamente reconoce al señor Ramírez Suárez como compañero estable de la antes nombrada, el certificado de defunción de la criatura fallecida *in utero* identificada “González Ramírez Niña” y finalmente, un recorte de prensa del “El Meridiano de Córdoba” en el que figura un reportaje de una página de extensión el que el señor González denuncia las irregularidades en la atención médica prestada a la madre, a las que atribuye el deceso de su hija no nacida. Todas estas pruebas fueron aportadas en primera instancia y resultan suficientes para tener por cierta la calidad de damnificado del señor González Sotomayor por el truncado nacimiento de la criatura que esperaba la señora Ramírez Suárez y así mismo la convivencia de los actores.

Así, pues, estando probada la convivencia, así como el hecho de que la criatura esperada era reconocida por el señor González Sotomayor como su hija, es necesario inferir su aflicción porque ésta última no nació y por la vejatoria e inaceptable falta de atención a la madre. Esta inferencia podría legítimamente hacerse únicamente sobre la base de la acreditación de la condición del actor de padre de la criatura, ya que es propio de la naturaleza humana el sufrimiento por la muerte o el dolor de los familiares más cercanos. Empero, hay que añadir que en el caso concreto cabría predicar el dolor del señor González Sotomayor, aún cuando no se hubiese probado la unión de hecho, por cuanto el único testigo oído durante el proceso se refirió explícitamente a las perturbaciones emocionales e incluso somáticas padecidas por el demandante a causa de la muerte de la

criatura esperada por la señora Amparo Ramírez Suárez, en las circunstancias de negligencia que ya el *a quo* declaró probadas.

3.2.2 Sobre el daño a la salud

También alegan los demandantes que la muerte de la hija en gestación aunada a la más que deficiente atención recibida en el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, les causaron una notable alteración a la "vida en relación". Sobre este punto es necesario precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido poco precisas en lo concerniente al *nomen iuris* de los daños inmateriales, distintos del daño moral. En lo específicamente concerniente a los daños derivados de la lesión psicofísica, existió una cierta oscilación entre posturas que lo subsumían en conceptos globales como "daño a la vida en relación" y su reconocimiento como entidad autónoma bajo denominaciones como "daño a la salud" o "perjuicio fisiológico" o daño corporal. Así mismo, persistían las dudas respecto de la extensión y la comprensión del concepto de daño a la salud, entendiendo algunos que aquel comprendía únicamente el hecho de la perturbación psiquicofísica (daño evento), mientras que otros incluían dentro de él también la repercusión que la misma en las condiciones de vida de la víctima (daño consecuencia), determinadas éstas en atención a su subjetividad, gustos, aficiones y modo de vida.

Las antedichas imprecisiones que durante mucho tiempo dominaron en la jurisprudencia y la doctrina fueron superadas mediante sentencias de 14 de septiembre de 2011, en la que la Sección establece, claramente que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de "daño a la vida en relación" y comprensiva de aspectos diversos aspectos. En lo relativo a autonomía y no subsunción ni identificación de los conceptos de daño a la salud y "daño a la vida de relación" o "a la alteración de las condiciones de existencia", la Sala sostuvo:

> *(…) "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 que 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) para determinar una indemnización por este aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.*

(…) Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como ahora lo hace la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos que han sido reconocidos en diversas latitudes, como por ejemplo la alteración de las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a principios constitucionales de igualdad[2]*.*

Estas mismas sentencias precisaron, por lo demás, que el concepto de salud constitucionalmente protegido y cuya violación da lugar a reparación en el ámbito de la responsabilidad estatal, no está limitado a la mera funcionalidad orgánica cuantificable en porcentajes de invalidez. En efecto, la Sala acogió la definición de la Organización Mundial de la Salud de este bien jurídico en términos de "estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades"[3], el cual, valga la pena destacar, también ha sido reiteradamente admitido por jurisdicción constitucional[4].

La Sala reitera la jurisprudencia precedente en cuanto a la no subsunción del daño a la salud en categorías jurídicas excesivamente abiertas y omnicomprensivas, como el daño a la vida en relación que, como bien se ha puesto de presente en fallos anteriores, cierra las posibilidades de acudir a criterios más objetivos de tasación del daño, impropios de categorías vagas y omnicomprensivas. Sin embargo, se estima necesario hacer algunas aclaraciones sobre la naturaleza de este daño así como sobre los criterios de conocimiento y prueba de los mismos.

En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.
[3] Ibidem
[4] Cfr. Sentencias, T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-307 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-548 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-940 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-894 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
-La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
-El dolor físico, considerado en sí mismo.
-El aumento del riesgo vital o a la integridad
-Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

Por lo demás, se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es

así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético[5] (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual[6], componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración *grave* de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta

---

[5] Sobre la incidencia del componente estético como elemento del daño a la salud cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2011, radicación, 50001-23-31-000-1997-06394-01(18587). C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2013, radicación. 25000232600019990091701(24386). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

[6] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de diciembre de 2013, radicación 25000232600019961266101(27493). C.P, Stella Conto Díaz del Castillo; y Sentencia de 29 de agosto de 2013, radicación 25002232600020040211301 (36725), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.

En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso *sub lite,* se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.

En lo que se refiere a la afectación de la salud sufrida por la señora Amparo Ramírez Suárez, el perjuicio se encuentra probado por las siguientes razones. En primer lugar, parece claro que la falta de atención oportuna hizo necesaria la realización de una cesárea que, en un principio, no era requerida. No obra en el expediente prueba alguna de que durante el embarazo se hubiera detectado alguna condición que justificara la cesárea o de que este procedimiento se hubiera programado, por lo que cabe inferir que la razón de su realización radicó en el óbito fetal y la imposibilidad subsiguiente de un parto natural.

Ahora bien, así como la realización de la cesárea es una exigencia del derecho a la salud en los casos en que la reclaman las circunstancias del embarazo o parto, su realización innecesaria o su práctica en situaciones en las que la necesidad sobreviene por una causa evitable e imputable a la entidad médica, supone siempre una vulneración del mismo derecho. Y es que es de común conocimiento que la cesárea, por una parte implica un mayor riesgo y por otra, supone una serie de complicaciones que no son propias del parto natural.

Debe tenerse en cuenta que toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente, como la sedación, la ruptura de membranas, entubación, punción, canalización, incisión, la sutura, etc. Después de ella, sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar y en la que por definición, se limita la capacidad del paciente para realizar ciertas actividades y en algunos casos, la misma movilidad. En otras palabras, las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque (i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente. Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos hace que lo que en principio es jurídico se torne antijurídico y, por ende, no tenga que ser soportado por el paciente. En este sentido, hay que considerar que el hecho de que la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto quirúrgico.

Respecto de la naturaleza de los daños propios de la intervención quirúrgica la Sala precisa que, por regla general, ésta supone la causación de una herida o cicatriz de carácter permanente, al lado de complicaciones temporales (ej. dolores, mareos, sangrado, etc), las cuales no pierden su entidad de daño por el solo hecho de su temporalidad y, por lo tanto, son tan indemnizables como el daño de carácter permanente.

En lo concerniente a la intervención quirúrgica cesárea la Sala considera necesario añadir que ésta no está llamada a sustituir al parto, medio natural de alumbramiento, siendo entonces necesario que se realice única y exclusivamente cuando existan razones médicas que lo justifiquen, esperándose, por ello, que el número global de estas intervenciones sea limitado. Lo anterior porque, como se ha dicho anteriormente, salvo en aquellos casos excepcionales en los que el parto vaginal está contraindicado, la cesárea, en tanto procedimiento quirúrgico supone un aumento del riesgo y un sometimiento a mayores complicaciones que la vía natural, algunas de las cuales tienen que ver con la fertilidad femenina y las características de los partos subsiguientes. Sobre el imperativo de revisar la actitud frente a la proliferación de las cesáreas innecesarias, así como sobre los mayores riesgos y complicaciones de esta intervención se puede hallar copiosas referencias en la literatura médica. Así, por ejemplo, José Botella Llucía y José A

Clavero Nuñez señalan las siguientes razones para limitar el número de las cesáreas:

> *1. El parto es un acto natural y debe ser respetado como un fenómeno no sólo fisiológico, sino de alto valor psicológico y antropológico,*
> *2. La cesárea, aunque tienen pocos riesgos, no deja por ello de tener una mortalidad y sobre todo, una morbilidad. Complicaciones infecciosas, alteraciones funcionales y riesgos anestésicos, deben tenerse muy en cuenta.*
> ***3. Una cesárea compromete el porvenir obstétrico de la mujer y en un 50 por 100 de los casos obliga a nuevas cesáreas y a la larga disminuye notoriamente la fertilidad individual y colectiva.***
> *4. El coste de un parto con cesárea es muchísimo mayor que el de un parto normal*[7]

Carbero Roura y Saldívar Rodríguez, señalan a su vez lo siguiente sobre las complicaciones potencialmente ligadas a la cesárea:

> *La cesárea a pesar de su alta seguridad, no está exenta de complicaciones, algunas impuestas por la propia indicación de la cesárea (situaciones maternas de extrema urgencia) aunque otras derivan de la técnica en sí. No es correcto ignorar el incremento de la del riesgo de morbilidad neonatal y aterna que se deriva de su práctica, por no repetir el aumento del riesgo (2.8 a seis veces) de muerte materna. Las infecciones son más frecuentes que en el parto vaginal y en ocasiones fuerzan a terapéuticas muy agresivas (histerectomía). La necesidad de transfusión, con sus particulares complicaciones, se requiere del 1 al 6% de las ocasiones. Hay posibilidad de daño en órganos vecinos y en ocasiones se presentan cuadros de íleo paralítico que son muy raros en el parto vaginal. El hecho de requerir anestesia constituye otra fuente de eventuales complicaciones. El postoperatorio es mucho más molesto y prolongado, con alto riesgo de tener que abandonar la lactancia materna. (…)*[8].

Y en igual sentido Fernández del Castillo conceptúa:

> *Los riesgos de la cesárea son numerosos. La cesárea multiplica de 2 a 6 veces el riesgo de mortalidad materna, y por 2 la mortalidad perinatal. Aunque haya casos en los que la muerte se debe a la razón por la que se practicó la cesárea, los estudios señalan que al menos la mitad de los casos se deben a la operación en sí.*
>
> *Posibles complicaciones de la intervención para la madre son las hemorragias, lesiones intestinales y vesicales, neuritis por compresión instrumental, trombosis, embolia pulmonar o cerebral, peritonitis, etc. La morbilidad también aumenta como consecuencia del elevado uso de antibióticos, el mayor número de días de hospitalización y la incidencia de infecciones. Además, la cesárea complica embarazos y partos posteriores.*

---

[7] José Botella Llusiá y José A. Clavero Núñez, *Tratado de Ginecología,* Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A, 1993, pág.667.

[8] Luis Carbero Roura y Donato Saldívar Rodríguez, Operatoria Obstétrica: una visión actual, México, Editorial Médica Panamericana, 2009, pág.235

> *Para el bebé. Nacer por cesárea tampoco es inocuo: aumenta el riesgo de síndrome de dificultad respiratoria, de prematuridad iatrogénica y de laceraciones durante la intervención. Que el bebé durante la cesárea "no sufre" es una creencia que ya forma parte de la cultura. Pero las cosas no son así de lineales. Las horas que dura el parto preparan al bebé para su vida fuera del útero. Las hormonas del parto ponen a punto su organismo para la vida extrauterina, especialmente sus pulmones y su cerebro, y le preparan psicológicamente para su nuevo estado y el establecimiento del vínculo con su madre. El proceso de "estrujamiento" que experimenta al atravesar el canal del parto no solamente puede resultar placentero y estimulante, sino que además le ayuda a vaciar sus pulmones de líquido, facilitando el inicio de la respiración[9].*

La principal causa para predicar, en el *sub lite*, el perjuicio a la salud radica, sin embargo, en las complicaciones emocionales sufridas por la paciente y su compañero a causa del óbito fetal en las circunstancias conocidas y acreditadas. Alega la parte actora que dicha circunstancia alteró significativamente sus condiciones de existencia y la dinámica de las relaciones de la pareja. Ahora bien, en el acervo probatorio obra el testimonio del señor Miguel Enrique Negrete Feria quien sostuvo que tras los acontecimientos objeto de la demanda, la paciente y su compañero se vieron afectados físicamente. Fueron sus palabras:

> *Preguntado: Podría usted decirnos todo cuanto sepa y le conste sobre los estados de angustia, dolor o afecciones psíquicas que pudiesen haber afectado a los señores antes mencionados, con la muerte o pérdida de la menor por nacer, hija de ambos acaecidos el día 14 de julio de 1999.*
>
> *Contestó: (…) su compañero permanente, señor Nelson González Sotomayor, a consecuencia de los hechos, ha sido (sic) un estado de angustia y de dolor físico ocasionado por la gastritis, dolores de cabeza, vómitos, de la señora Amparo de Jesús Ramírez, han sido constantes los momentos de depresión en que ha entrado la señora Amparo Ramírez Suárez, ocasionado por la pérdida de su hija, hasta el punto de haber sido internada en varias ocasiones en una clínica, esto también trajo como consecuencia el no querer o no deseo de concebir un nuevo embarazo, poe el temor a perderlo nuevamente y por la misma causa. En el señor Nelson González Sotomayor, este mismo hecho le produjo malestar de gastritis, de desgano general llegando inclusive a la histeria. Psicológicamente la pareja los afectó profundamente la pérdida de su hija, que tuvieron que acudir a ayuda espiritual para salir adelante (f- 130. c.1).*

Ahora bien, es cierto que en el acervo probatorio no se encuentra elemento adicional que acredite la alteración psíquica (con manifestaciones somáticas) sufrida por los actores y que el testigo que da cuenta de estas circunstancias carece de calificación profesional para emitir un diagnóstico psiquiátrico. Sin embargo, en el caso concreto, se ha de tener en cuenta que el testimonio es

---

[9] Isabel Fernández del Castillo, *La revolución de los nacimientos: partos respetados, nacimientos más seguros.*Madrid, Granica, 2006, págs.. 153 y 154.*:*

consistente con un fenómeno de común aceptación en las ciencias de la salud mental, como es la naturaleza traumática para los padres de la muerte perinatal.

Así, por ejemplo, en un estudio sobre la medición del duelo materno por la muerte prenatal en el contexto social mexicano (y por extensión latinoamericano), Mota, Calleja, Aldana, Gómez y Sánchez expresan:

> *El duelo es el proceso de adaptación que sigue a la pérdida, sea ésta simbólica o física (Rando, 1991), y comprende tanto las repercusiones directas de la pérdida como las acciones que se emprenden para manejar estas consecuencias. Aunque se presenta como una reacción adaptativa normal ante la pérdida de un ser querido o de una circunstancia significativa, el duelo es un acontecimiento vital estresante de primera magnitud, sobre todo cuando se trata del duelo por la muerte de un bebé en la etapa prenatal. Algunos autores (Hughes & Riches, 2003; Turton, Hughes & Evans, 2002) han descrito la muerte perinatal como una experiencia traumática que mina la capacidad de reflexión emocional y limita la disponibilidad de los padres hacia sus otros hijos. Serrano y Lima (2006) señalan que esta experiencia desencadena síntomas de depresión, ansiedad, baja autoestima y otras consecuencias psicosociales. Este tipo de pérdida representa una situación única de luto en la que las expectativas y la elaboración de planes para una nueva vida se cambian por la desesperación y el dolor vividos en las etapas propias del proceso de duelo (choque, negación, ira, depresión y aceptación). Sin embargo, es poco reconocida socialmente, puesto que como lo señala Clark (2006), ante la muerte de un feto las acciones sociales, como el funeral y las tradiciones asociadas, están ausentes .en la mayoría de las familias en las que se experimentan.*
>
> *(…)*
>
> *En la mujer, este proceso no sólo está matizado por el contexto en el que ocurre la muerte del bebé, sino también por las experiencias pasadas, la causa de la muerte y las expectativas a futuro (Adolfsson & Larsson, 2006). Es un fenómeno complejo afectado también por variables culturales, como el valor atribuido por la sociedad a la maternidad (Marcus, 2006). Para la gran mayoría de mujeres mexicanas, ser madres representa su realización personal y social, y el no llegar a concretar su deseo a causa de pérdidas perinatales puede vulnerar su condición emocional hasta un nivel patológico[10].*

Así mismo, Cacciatore describe de esta manera los efectos a corto y largo plazo de la muerte perinatal, en las madres y en la relación de pareja:

> *<u>Efectos inmediatos:</u>*
>
> *Cuando se examina la experiencia de la muerte fetal, es importante recordar que los comportamientos maternales no son meros productos de la emoción y el afecto. Independientemente de que el bebé nazca vivo o*

[10] Cecilia Mota González, Nazira Calleja Bello, Evangelina Aldana Calva, María Eugenia Gómez López y Marco Antonio Sánchez Pichardo, "Escala de duelo perinatal: validación en mujeres mexicanas con pérdida gestacional" en Revista Latinoamericana de Psicología Volumen 43 No 3, pág. 420.

muerto, dar a luz es un proceso fisiológico. Rowe-Murray y Fisher identifican tres variables importantes en las mujeres diagnosticadas con depresión postparto, frecuentemente relacionados con el nacimiento traumático, la falta de apoyo, el dolor y el "contacto subóptimo con el bebé" después del nacimiento.

Si el nacimiento de un bebé vivo puede desencadenar sintomatología de trauma y resultados psicológicos adversos, las consecuencias de un parteo que termina con la muerte del bebé son necesariamente más graves. No existe un "primer contacto más subóptimo" que el que se da cuando el bebé muere. Adicionalmente a este riesgo psicológico, existe una significativa falta de apoyo a la madre, debido a la falta de reconocimiento del bebé como un miembro familiar, y el procesos de parto y posptarto se reportan a menudo como "insufribles" y "más doloroso"

Durante el nacimiento del bebé que muere, las madres se sienten temerosas, en shock, y con "deseos de escapar". (…). Después de ser dadas de alta, las madres se encuentran con que la habitación del bebé está vacía, los armarios llenos de ropa y pañales para recién nacido, sus pechos están llenos de leche para el bebé que murió y la anticipación de la familia y amigos se encuentra con el dolor y la tragedia. Los estresores psicosociales y biológicos inmediatamente siguientes a la muerte del bebé pueden ser abrumadores para las madres.

Para entender los distintos matices individuales del tratamiento del duelo agudo, Condon, destaca cuatro aspectos de la muerte fetal que diferencian esta experiencia de otro tipo de procesos de duelo: (i) el carácter único del bebé que muere, (ii) la complejidad del apego materno al bebé , (iii) el clima psicobiológico especial en el que el bebé nace y muere (iv) las influencias culturales en lo relativo al significado de la muerte.

<u>Efectos a largo plazo</u>

Más allá de la crisis aguda, los efectos de la muerte fetal resuena en las narrativas familiares. Las mujeres describen sentimientos persistentes de culpa, vergüenza, ira y pensamientos autodestructivos activos y pasivos. Incluso después de tres años de la pérdida del bebé, las madres en duelo tienen el doble de posibilidades de presentar síntomas ansiosos que las madres de bebés vivos. Las madres reportan sentimientos de "no reconocimiento" (de su duelo), al lado de la presión social de olvidar, superar la experiencia y tener otro bebé, de parte de amigos y familia. Reportan sentir que están solas en su duelo y de que "nadie más extraña al bebé" porque su interacción con él fue limitada.

Los efectos a largo plazo de la muerte perinatal se han asociado con cuadros de depresión, ansiedad, comportamientos obsesivo-compulsivos, la ideación suicida, la culpa, la vergüenza el uso de sustancias, el conflicto matrimonial, y el estrés postraumático y puede durar por décadas. Los padres pueden terminar sintiéndose socialmente aislados (…).

Tanto las madres como los padres experimentan síntomas somáticos en los meses y años siguientes a la muerte del bebé. Reciente investigación sugiere que el duelo parental genera un significativo riesgo para la salud: el duelo por la muerte del hijo ha sido identificado como un factor de riesgo de mortalidad prematura incluso hasta 25 años después de la muerte del niño. Una investigación realizada en Escocia encontró la duplicación del riesgo de mortalidad en los primeros quince años después de la muerte del bebé.

Otra investigación realizada sobre los datos recolectados en Jerusalén, muestra que las madres de niños que nacen muertos tienen mayor riesgos de mortalidad prematura incluso cuando se controlan factores relacionados con la salud materna, como la preclamsia. También se encontraron riesgos asociados con desordenes coronarios, renales y circulatorios.

Efectos en madres y padres

-Relaciones maritales:

La muerte de un hijo deja una huella en la relación marital. Los padres de los niños muertos en el parto tienen un mayor riesgo de ruptura. Además, pueden experimentar desarmonía marital y desafíos relacionados con la sexualidad, la comunicación y con discordancias en el proceso de duelo. Las madres que perciben un duelo discordante se muestran reluctantes a abrirse a sus compañeros y manifiestan sentimientos de aislamiento. Los padres usualmente buscan las relaciones sexuales con sus compañeras como mecanismo de consuelo pero algunas madres reportan que el contacto, sexual, mediante el cual experimentan placer físico, les genera sentimientos de traición al bebé que murió.

Adicionalmente, los padres reportan a menudo ser objeto de una presión social para ser "protectores" y algunas veces su proceso de duelo no es tenido en cuenta. (…)[11]

Y Kathleen A. Kendall-Tackett explica:

Después del nacimiento del niño muerto, los cuerpos de las mujeres pueden actuar como si hubieran dado a luz a un niño vivo. Sus senos están llenos de leche y pueden tener otros signos físicos de un parto reciente. Algunas madres describen esta experiencia como si sus cuerpos lloraran la muerte del niño perdido (Panuthos y Romeo, 1984).

No es sorprendente que, la pérdida de un hijo pueda incrementar el riesgo de depresión y de estrés postraumático. Jansen y colegas (Jansen, Culsinier, Hoogduin, y De Grauw, 1996).) compararon un grupo de 227 mujeres cuyos bebés murieron con 213 mujeres que dieron a luz niños vivos. Las mujeres cuyos bebés murieron tenían mayores niveles de depresión, ansiedad y somatización seis meses después de la experiencia, que las mujeres que dieron a luz a niños vivos. Un años después de sus experiencias estas mujeres tenían menos síntomas de trauma que en los primeros seis meses. Sin embargo, los autores notaron que la muerte fetal es un evento vital estresante que puede precipitar un marcado declive en la salud mental de la mujer durante varios meses.

La muerte fetal antecedente también afecta el modo en que las mujeres enfrentan un embarazo subsiguiente Hughes, Turton y Evans (1999) comparó un grupo de mujeres con antecedentes de muerte prenatal, con un grupo de control. No es sorprendente que las mujeres con antecedentes de pérdida presentaran mayores niveles de depresión en el tercer trimestre de la gestación así como de depresión postparto (…)[12]*.*

---

[11] Joanne Cacciatore, "Psychological effects of stillbirth", en Seminars in Fetal and Neonatal Medicine, Volume 18, Issue 2, April 2013, Pages 77 y 78. Traducción del Despacho.

[12] Kathleen A. Kendall-Tackett, "Handbook of Women, Stress, and Traum2a", Brunner-Roultledge,Taylor and Francis Group, New York, 2005, pág. 68. Traducción del despacho.

Como no se puede negar que el testigo describe una situación que las ciencias de la salud mental estiman altamente probable, en casos como el sublite, la Sala infiere razonable que los actores sí sufrieron una alteración física y emocional. De mayor gravedad en el caso de la señora Ramírez Suárez puesto que las investigaciones médicas sugieren que la muerte fetal, si bien afecta a la pareja, reviste mayor intensidad en la mujer (cuyo apego al bebé tiene, por lo demás, una base fisiológica).

Nuevamente se reitera, la Sala fundamenta el daño a la salud en el testimonio de quien conoció de cerca la situación de la pareja; testimonio que analizado a la luz de la literatura médica permite inferir conclusiones fiables sobre la naturaleza e intensidad de la perturbación psíquica, esto es, es, si bien se apela a la literatura médica, se lo hace con el fin de inferir de la declaración el estado de salud de los demandantes. Única forma posible de complementar la prueba testimonial, dado que el paso del tiempo desde la fecha de los acontecimientos y la esperable variación en la condición anímica de los actores, haría poco efectivo el dictamen científico.

En conclusión, se puede decir que si bien el testimonio es insuficiente para la acreditación del daño a la salud y la literatura médica es *per se* insuficiente para tener certeza sobre el mismo, su valoración conjunta permite tener un conocimiento suficientemente plausible sobre la índole del daño, con base en el cual se puede calcular la indemnización del daño moral.

Finalmente, la valoración del impacto del daño a la salud sufrido por la actora exige tener en cuenta que, dada su edad al momento de la ocurrencia de los hechos, el daño causado tiene incidencia directa en sus probabilidades de ser madre y en las condiciones de un embarazo futuro. En efecto, en el momento de los hechos la paciente tenía 34 años, y según los testimonios recogidos, el carácter traumático de los hechos la disuadió de volver a quedar embarazada, al menos hasta 2002, año en el que tenía 37 años y, ya se encontraba dentro de un grupo etario (mayores de 35 años) en el que el que hay mayor riesgo de complicaciones en la gestación y el parto.

3.2.3 Sobre el daño a otros bienes constitucionales protegidos y medidas de reparación integral

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.

Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1° de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza”.*

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho.

En efecto, la Sala advierte que 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. 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)"[13]. Estas cifras son alarmantes si se comparan con las los países con índices más altos de mortalidad perinatal en la zona de América Latina y el Caribe, como Haiti (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[14]. 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.

A las anteriores consideraciones hay que añadir 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. En tal sentido, en muchos (aunque

---

[13] (Cfr. Instituto Nacional de Salud, "Protocolo de vigilancia en Salud Pública Mortalidad Neonatal y Perinatal Tardía", disponible en línea en la página:
http://www.vigepi.com.co/sivigila/pdf/protocolos/560p%20mor%20perin.pdf

[14] Cfr. Ministerio de Salud y Protección Social, Política Nacional de Sexualidad, Derechos sexuales y derechos reproductivos, "Tablas y Gráficas para el análisis epidemiológico en salud sexual y reproduciva". Informe técnico. Julio de 2014.

claramente no en todos) de los casos en que se alega la falla médica en ginecología y obstetricia, el desenlace dañoso refleja una mayor irregularidad.

Así mismo, se ha de tener en cuenta que a diferencia de otras ramas de la medicina, la Ginecología guarda directa relación con la dimensión específicamente femenina de la corporalidad. Es la rama de la medicina que se encarga de la atención a la mujer en cuanto mujer y de aspectos tan importantes en la realización del programa vital como la fertilidad y la maternidad. Que entre las muy diversas ramas de la medicina, aquella que se ocupa específica y directamente de la mujer sea justamente la que presenta fallas generalizadas (al menos regionalmente) debe alertar sobre la persistencia del menosprecio histórico hacia lo femenino.

A lo anterior, hay añadir que el descuido de la atención ginecológica no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido. No se olvide, a este respecto, que el obstetra se pone en contacto con el ser humano desde la concepción y que las complicaciones en la gestación, el parto y el puerperio bien pueden repercutir indeleblemente en la vida de una persona.

Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un *link* en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.

Adicionalmente, el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia y minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión

Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

4. Liquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios morales

Los demandantes han pedido sendas indemnizaciones por mil gramos oro por la muerte prenatal de su hija y otras por el mismo monto por la angustia que les representó la deliberada falta de atención médica y las complicaciones derivadas de las mismas. Debe recordarse, sin embargo, que tanto la legislación como la jurisprudencia de esta Corporación han abandonado la tasación de los perjuicios morales en gramos oro para, en su lugar, adoptar el equivalente a salarios mínimos legales mensuales vigentes al tiempo de la condena[15]. Además, habida cuenta de que el daño moral es de suyo imposible de cuantificar por ser éste de carácter inmaterial, es necesario fijar el monto de la indemnización valiéndose de la facultad discrecional que le asiste a la Sala en estos casos y de conformidad con los parámetros establecidos jurisprudencialmente[16]: i) la indemnización se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; ii) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para garantizar el principio de igualdad.

Probado, como está, que la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez Velásquez no fue tratada de modo coherente con la dignidad humana ni con los estándares de la *lex artis* y que de dicha conducta (que ya de por sí lesiva) se siguió la muerte de su hija antes del parto y la práctica de una cesárea que habría podido ser evitada, se arriba fácilmente a la conclusión de que su sufrimiento fue superlativo. Análogas consideraciones se pueden hacer respecto de su compañero y padre de la criatura, Nelson González Sotomayor, quien también tuvo que padecer la muerte de su hija no nacida y contemplar impotente los padecimientos físicos y morales de su pareja. Por esta razón, en el caso concreto la indemnización que

---

[15] Esta Corporación ha adoptado el susodicho criterio para la estimación del daño moral a partir de la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes 13.232 y 15646 (acumulados), C.P Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[16] Los parámetros descritos se encuentran señalados en sentencia N° de radicación 21.350, actor: Mauricio Monroy y otra, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

debería reconocerse a los actores, debe coincidir con el tope establecido jurisprudencialmente para el daño moral, esto es, 100 smlmv. Empero, aunque reconocerá este monto al padre no modificará la indemnización reconocida en primera instancia a la señora Amparo de Jesús (90.89 smlmv), en la medida en que ésta no fue objeto de impugnación por la parte actora y no le es dado a la Sala reconocer más que lo que ha sido objeto de apelación. Se aclara, eso sí, que la indemnización de la señora Ramírez Suárez ha de pagarse de acuerdo con el valor del salario mínimo en el momento en que se haga el pago, y no según dicha cifra en el momento de proferirse la sentencia de primera instancia.

4.1. Daño a la salud

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la victima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

GRAFICO **REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD**	
REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	**Víctima directa**
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar las siguientes variables:

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

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

GRAFICO **REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD**	
CONCEPTO	**Cuantía Maxima**
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.

Ahora bien, es menester aclarar que los porcentajes antedichos son indicativos de gravedad, por lo que pueden traducir a categorías cualitativas. De ahí que los porcentajes iguales o superiores se pueden entender como daños cualitativamente graves e intensos, mientras que los de menor porcentaje se entenderán de mayor gravedad. Esto permite atenerse a los criterios porcentuales antedichos, aún cuando se carezca de un valor certificado.

En el sub lite se ha podido comprobar que la señora Amparo de Jesús Ramírez fue sometida a una cesárea innecesaria, con el consecuente aumento del riesgo, así como de las complicaciones propias de la convalecencia posquirúrgico. Así mismo, se infiere que la realización de la cesárea ocasionó necesariamente a la mencionada señora una cicatriz que no se habría causado en el curso del parto natural. Adicionalmente, se tiene conocimiento de que la señora Amparo de Jesús Ramírez padeció alteraciones del ánimo que de ordinario se presentan, en los primeros años después del deceso fetal, aunque susceptibles de mejora paulatina. Finalmente, como se dijo *ad supra* se acepta los hechos traumáticos descritos en el fallo tienen aptitud de incidir negativamente en las posibilidades de maternidad y las condiciones de los embarazos futuros de la actora.

La valoración conjunta de estas circunstancias lleva a la Sala a estimar que, aunque en un principio la gravedad de las afectaciones fueron de una intensidad tal que de ser permanentes justificarían una mayor indemnización, el hecho de que dos de los componentes del daño fueran de carácter temporal, obligan a matizar las consideraciones sobre la gravedad, de modo que se estimará que el daño a la salud sufrido por la señora Amparo de Jesús Ramírez son cualitativamente equiparables a aquellas que se califican con un porcentaje igual o superior al 20% e inferior al 30%. Así las cosas, se reconocerá a la señora Amparo de Jesús Ramírez una indemnización por un valor equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo, en la medida en que consta que el señor Nelson González Sotomayor padeció alteraciones emocionales con manifestaciones somáticas, se le ha de reconocer una indemnización por daño a la salud. Sin embargo, ante la ausencia de un conocimiento detallado sobre la naturaleza del mismo y la coincidencia de la mayor parte de la literatura médica sobre la mayor intensidad de la alteración psíquica maternal por muerte perinatal, y ante la certeza de que no es posible predicar respecto de él la convalecencia posquirúrgica y la alteración estética, se

ha de reconocer un menor monto que a la madre. Así pues, se considera razonable cifrar el daño a la salud padecido por el señor Nelson González Sotomayor en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el caso concreto no habrá condena en costas por cuanto no se cumplen los requisitos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

III. R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Córdoba

SEGUNDO.- DECLARAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica administrativamente responsable por los daños causados a los demandantes

TERCERO.- CONDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica a pagar a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez la suma equivalente a noventa punto ochenta y nueve (90.89) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento del pago y al señor Alejandro Saibis Jiménez la suma equivalente a cien (100) smlmv, a título de daños morales.

CUARTO.- CONDENAR al Hospital San Vicente de Paul de Lorica a pagar a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes y al señor Nelson González Sotomayor la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de daño a la salud.

QUINTO.-ORDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre los mismos así lo consientan.

SEXTO.- ORDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica establecer un *link* en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.

SEPTIMO.- ORDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica diseñar políticas institucionales para la optimización de la prestación del servicio de ginecología y obstetricia y así minimizar los eventos de muerte perinatal.

OCTAVO.-HACER CONOCER esta providencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que se promueva ante las instancias gubernamentales políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstertricia que minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para incluya la decisión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

NOVENO.- Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DECIMO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el Art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804)

Actor: AMPARO DE JESUS RAMIREZ SUAREZ

Demandado: HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE LORICA Y OTRO

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ENRIQUE GIL BOTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales me aparto, de manera parcial, de la decisión adoptada el 2 de octubre de 2014, porque desconoce de forma palmaria la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Fundamentos del salvamento parcial de voto:

En la providencia se resolvió la solicitud de corrección de la sentencia proferida en el proceso el 28 de agosto del año en curso; al momento de decidir la petición formulada por la parte demandante, la Sala aplicó las disposiciones que regulaban la materia, contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

A diferencia del criterio mayoritario, considero que para decidir la solicitud de corrección y aclaración era imperativo regirse por las disposiciones contenidas en la ley 1564 de 2012, esto es, el Código General del Proceso, toda vez que son aplicables a los asuntos no regulados en materia contencioso administrativa a partir del 1º de enero de hogaño, según lo decidió y reconoció la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contenida en el auto

del 25 de junio de 2014, expediente No. 49299, oportunidad en la que se razonó –*in extenso*– de la siguiente forma:

> "2.1. La vigencia del Código General del Proceso frente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo
>
> "El artículo 627 de la ley 1564 de 2012, esto es, el Código General del Proceso "C.G.P." estableció una regla de vigencia escalonada o progresiva, en los siguientes términos:
>
> **"Artículo 627. Vigencia.**
>
> "La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:
>
> "1. Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012. Los artículos 24, 30 numeral 8 y parágrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.
>
> "2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.
>
> "3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.
>
> "4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y parágrafo, 31 numeral 6 y parágrafo, 32 numeral 5 y parágrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 parágrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

“5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

“6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.”(Negrillas y subrayado adicionales).

“Lo primero que hay que advertir, es que las normas sobre la procedencia del recurso de queja, así como los requisitos para su interposición, se encuentran definidos en los artículos 352 y 353 del C.G.P., es decir, se trata de aquellas normas que habría que definir si entraron a regir el 1º de enero de 2014 o, si a contrario sensu, su vigencia se encuentra atada o vinculada a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA13-10073, en el que se definió la aplicación del ordenamiento procesal general conforme a la distribución de distritos judiciales del país, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1°.- Implementación gradual del Código General del Proceso. Definir el siguiente cronograma para la implementación del Código General del Proceso:

FASS	DISTRITOS	FECHA
I	Manizales, Florencia, Montería, San Gil, Valledupar y San Andrés	Junio 3 de 2014

II	Armenia, Barranquilla, Arauca, Cali, Cúcuta, Medellín, Pamplona, Santa Rosa de Viterbo y Tunja	Octubre 1 de 2014
III	Antioquia, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cartagena, Cundinamarca, Ibagué, Mocoa, Neiva, Pasto, Pereira, Popayán, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Villavicencio y Yopal	Diciembre 1 de 2015

“Así las cosas, surge de manera inexorable el siguiente interrogante o problema jurídico: ¿el cronograma fijado por el Consejo Superior de la Judicatura, es vinculante para la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, por lo tanto, habrá que ceñirse al mismo, o, por el contrario, sólo es predicable frente a la Jurisdicción Ordinaria Civil y, en consecuencia, el C.G.P., entró a regir en su totalidad el 1º de enero de 2014 para las restantes jurisdicciones que ya cuentan con sistema oral implementado?

“Sobre el particular, considera la Sala –con fines de unificación jurisprudencial– que el Código General del Proceso entró a regir de manera plena el 1º de enero del año en curso, por las siguientes razones:

"i) Si bien el legislador no distinguió expresamente y, por ende, le estaría vedado al juez diferenciar donde aquél no lo hizo, lo cierto es que de manera indirecta el artículo 627 del C.G.P., sí está encaminado a regular una situación que únicamente se predica respecto de la Jurisdicción Ordinaria Civil.

"ii) La Jurisdicción Ordinaria Civil es la única estructura de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en la que no ha entrado a regir –en el plano normativo– la oralidad como sistema para el trámite y desarrollo del proceso, razón suficiente para que se otorgara por la autoridad administrativa unos plazos con la finalidad de la implementación de las condiciones físicas necesarias y poder así desarrollar un procedimiento oral civil conforme a los postulados de la ley 1564 de 2012.

"iii) El cuadro contenido en el Acuerdo PSAA13-10073 hace referencia a distritos judiciales distribuidos en "jurisdicciones municipales", lo que significa que, conforme a un criterio finalístico o teleológico, su objetivo está encaminado a la Jurisdicción Ordinaria, puesto que si bien, la Jurisdicción de lo Contencioso a la luz del artículo 50 de la ley 270 de 1996[17] también se encuentra distribuida por "distritos judiciales", lo cierto es que en el citado acto administrativo se hace referencia expresa a aquellos distritos judiciales que están asignados o distribuidos por cabeceras municipales en vez de departamentos; de modo que, no es posible –de ningún modo– entender que la reglamentación comprende a esta jurisdicción, por cuanto ésta se estructura a partir de un esquema de "jurisdicción departamental" (28 Tribunales Administrativos en el país), del que dependen unos Jueces Administrativos designados, principalmente, en las capitales de departamento, así como en algunos municipios estratégicos o tradicionales.

---

[17] "**ARTICULO 50. DESCONCENTRACION Y DIVISION DEL TERRITORIO PARA EFECTOS JUDICIALES.** Con el objeto de desconcentrar el funcionamiento de la administración de justicia, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, para efectos judiciales, el territorio de la nación se divide en distritos judiciales o distritos judiciales administrativos y éstos en circuitos. **En la jurisdicción ordinaria, los circuitos estarán integrados por jurisdicciones municipales.**

"La división judicial podrá no coincidir con la división político administrativa y se hará procurando realizar los principios de fácil acceso, proporcionalidad de cargas de trabajo, proximidad y fácil comunicación entre los distintos despachos, cercanía del juez con los lugares en que hubieren ocurrido los hechos, oportunidad y celeridad del control ejercido mediante la segunda instancia y suficiencia de recursos para atender la demanda de justicia." (Negrillas del original – negrillas y subrayado sostenidos adicionales). La norma fue declarada exequible sin ningún condicionamiento por la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

“De allí que, sea imposible entender cómo entraría a regir el Código General del Proceso en Antioquia, si la norma hace referencia al distrito judicial de Medellín y, simultáneamente, al distrito judicial de Antioquia (Fase II y Fase III, respectivamente) y, de igual forma, existen Jueces Administrativos en Turbo.

“Lo mismo ocurriría en el Valle del Cauca y en Boyacá, donde hay dos distritos judiciales y, por lo tanto, habría que preguntarse cómo entraría a regir el C.G.P., frente a los Tribunales y Jueces Administrativos.

“En el ejemplo presentado habría que formularse el siguiente interrogante: ¿el Juzgado Administrativo de Turbo (Antioquia) en qué fecha entraría a aplicar el C.G.P., en la fase II (Medellín) o en la Fase III (Antioquia)?

“Como se aprecia, la única lectura válida que se le puede dar al Acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura es que se trata de una norma diseñada exclusivamente para la Jurisdicción Ordinaria y, concretamente, la Civil, pues es la única que hasta la fecha no tiene implementado un sistema de impulso procesal de naturaleza oral.

“iv) De otra parte, la Jurisdicción Contencioso Administrativo desde la expedición de la ley 1437 de 2011, ya cuenta con la implementación del sistema mixto –principalmente oral– razón por la que sería inocuo que se negara la entrada en vigencia del C.G.P., a partir del 1º de enero de 2014, en espera de unas condiciones físicas y logísticas que se supone ya deben existir. Y, si bien, se cuenta con falencias y limitaciones físicas y estructurales en la implementación del sistema oral en materia contencioso administrativa, lo cierto es que resulta incuestionable que a partir de la ley 1437 de 2011 entró a regir en esta jurisdicción el esquema procesal mixto –con una predominancia oral– razón por la que se ha hecho una distribución en los despachos judiciales del país entre aquellos encargados de evacuar los procesos del sistema mal denominado “escritural” y el nuevo proceso “oral”.

“De modo que, con independencia de que exista una escases de recursos físicos, económicos y de capacitación, no puede negarse que el CPACA entró a regir desde el 2 de julio de 2012, sin que existan argumentos para negar su aplicabilidad al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por consiguiente, en

una lógica a fortiori, resultaría paradójico y contradictorio que se admitiera, de un lado, la vigencia del CPACA –con la implementación del sistema oral al interior de la JCA– pero, de otra parte, se negara la vigencia del CGP con fundamento en que el sistema oral no ha sido totalmente implementado.

"v) Por otra parte, según el principio del efecto útil de las normas habría que darle la mejor interpretación al numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., en aras de evitar que esta jurisdicción tuviera que aplicar una norma de manera progresiva cuando ya se han dispuesto en todo el territorio nacional, al menos en el plano normativo, las exigencias para su aplicación, la cual, por demás, es residual en virtud de las remisiones e integraciones normativas que realiza la ley 1437 de 2011 "CPACA" (v.gr. el artículo 306)[18].

"En relación con el efecto útil de las normas la Corte Constitucional ha señalado:

"Si la interpretación conforme a la Constitución de una determinada norma le resta a esta última todo efecto jurídico, lo que en realidad debería proceder es una declaratoria de inexequibilidad pura y simple. Ciertamente, en un evento como el mencionado, las dos decisiones - de exequibilidad condicionada y de inexequibilidad - serían, en la práctica, equivalentes, siendo la última mucho más acorde con los principios de eficacia del derecho y de seguridad jurídica. **Resulta contrario a los principios mencionados, mantener en el ordenamiento una disposición que carece de toda eficacia jurídica, pues se contradice el principio del efecto útil de las normas generando, al mismo tiempo, una circunstancia que puede originar grave confusión e incertidumbre.**"[19] (Se destaca).

"En esa perspectiva, el principio del efecto útil de las normas tiene como finalidad no sólo garantizar la interpretación conforme a la Constitución, sino, de igual forma, evitar confusión e incertidumbre entre los operadores jurídicos. Por consiguiente, una hermenéutica que haga extensiva la aplicación del Acuerdo PSAA13-10073, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo generaría un efecto negativo al interior de la misma, toda vez que, contando con todos

[18] "**Artículo 306**. **Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."

[19] Corte Constitucional, sentencia C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

los elementos físicos, logísticos y estructurales a lo largo del país, se impondría una normativa progresiva o escalonada en desmedro de los ciudadanos que acceden a la administración de justicia, máxime si la distinción introducida por el legislador en el citado numeral 6 del artículo 627 no tendría un fundamento proporcional y razonable al interior de esta jurisdicción, como sí la tiene en la ordinaria civil, en aras de que se cuente con la infraestructura necesaria para su correcta e idónea aplicación.

"vi) De otra parte, la hermenéutica que se prohíja en esta decisión es la que mejor se acompasa con los principios de eficiencia[20] y celeridad[21] a que hace referencia de la ley 270 de 1996 y sus modificaciones.

"vii) Por último, lo sostenido se refuerza de manera incontrovertible con la expedición de la ley 1716 de 2014[22], del 16 de mayo de 2014,

---

[20] "**ARTICULO 7º. EFICIENCIA.** La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley."

[21] "**ARTICULO 4º.** Modificado por el art. 1, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

"Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.

"Parágrafo Transitorio. Autorízase al Gobierno Nacional para que durante los próximos cuatro años incluya en el presupuesto de rentas y gastos una partida equivalente hasta el 0.5% del Producto Interno Bruto de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos, para desarrollar gradualmente la oralidad en todos los procesos judiciales que determine la ley y para la ejecución de los planes de descongestión.

[22]"**Artículo 1°.** Modificar el parágrafo del artículo 44 de la Ley 1395 de 2010, el cual quedará, así:

"Parágrafo. Las modificaciones a los artículos 366, 396, 397, 432, 433, 434 y 439, la derogatoria de los artículos 398, 399, 401, 405 y del Capítulo I Disposiciones Generales, del Título XXII. Proceso Abreviado, de la Sección I Los procesos Declarativos, del Libro III Los procesos del Código de Procedimiento Civil y la modificación al artículo 38 de la Ley 640 de 2001, entrarán en vigencia a partir del 1° de enero de 2011 en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo que no excederá del 31 de diciembre de 2015. Los procesos ordinarios y abreviados en los que hubiere sido admitida la demanda antes de que entren en vigencia dichas disposiciones, seguirán el trámite previsto por la ley que regía cuando se promovieron.

mediante la cual se modificó el parágrafo del artículo 44 de la ley 1395 de 2010, en el sentido de prorrogar los plazos para la entrada en vigencia del sistema oral en la Jurisdicción Civil Ordinaria, hasta el 31 de diciembre de 2015.

"De modo que esa modificación legal, refleja el sentir del legislador y del Consejo Superior de la Judicatura, esto es, que el Acuerdo No. PSAA13-10073, sólo es aplicable a la Jurisdicción Ordinaria Civil, por ser la única en la que no ha entrado a regir el sistema oral o mixto, por insuficiencia de recursos físicos para su implementación. Y, si bien, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo todavía resultan limitados los recursos físicos para garantizar una eficiencia y eficacia plena del sistema mixto, lo cierto es que no se puede desconocer que con la ley 1437 de 2011, ya se implementó ese modelo procesal a lo largo del territorio nacional, circunstancia por la que no se puede comparar el avance de esta Jurisdicción con la Ordinaria Civil[23].

"Por consiguiente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –que comprende todo el territorio nacional– no ha sido dividida o fraccionada por el legislador para efectos de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, así como tampoco lo fue, en su momento, para la implementación de la ley 1437 de 2011; igual circunstancia se predica respecto de la Jurisdicción Arbitral, es decir, en ningún momento se ha establecido gradualidad en la vigencia de esa normativa.

"En consecuencia, la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

"Artículo 2°. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias."

[23] Esto se advierte de la lectura del Acuerdo No. PSAA14-10155 del 28 de mayo de 2014, por medio del cual se suspendió el cronograma de vigencia del CGP hasta tanto el Gobierno Nacional no apropie los recursos para la implementación del sistema oral.

“De otra parte, con esta unificación de criterio no se pretende inaplicar el citado acto administrativo, ni mucho menos declarar frente al mismo las excepciones de ilegalidad o inconstitucionalidad, sino que, por el contrario, se trata de interpretar sistemáticamente el mismo para deducir que su ámbito de aplicación se reduce y circunscribe a la Jurisdicción Ordinaria Civil, sin que sea viable hacerlo extensivo a otras jurisdicciones como la JCA, razón por la que el Acuerdo PSAA13-10073 tiene validez y vigencia para regular la entrada en vigencia del C.G.P. en materia ordinaria y, concretamente, en asuntos civiles y comerciales, sin que se pueda hacer una aplicación amplia o universal del citado acto administrativo. Por lo tanto, en esta ocasión no se efectúa un estudio de legalidad o constitucionalidad in abstracto, sino que, por el contrario, se interpreta el acto administrativo para concluir que no es aplicable a esta jurisdicción, circunstancia por la que no se efectuará sobre el mismo ningún juicio de validez normativa.

“2.2. Regla de transición contenida en el C.G.P.

“Entonces, según lo analizado, a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esto es, el 1ª de enero de 2014, en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal. No obstante, el artículo 624 de la ley 1465 de 2012, contiene un régimen de transición que remite a la normativa anterior de la siguiente manera:

“Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. **Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.**

“**Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.**

> “La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad" (Negrillas fuera del texto original).
>
> “De la norma trascrita se pueden extraer dos conclusiones generales: a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior, existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo.
>
> “Ahora bien, como en el caso sub examine el recurso ordinario de queja fue interpuesto antes del 1º de enero de 2014, debe entenderse que las normas de remisión del artículo 245 del CPACA son las contenidas en el C.P.C., se itera, vigentes para el momento de formulación del recurso.”

Así las cosas, considero que la posición mayoritaria contravino lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, por lo tanto, desconoció de manera abierta la providencia de unificación sobre la vigencia del C.G.P. al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

En efecto, es importante precisar que las providencias de unificación –a la luz del CPACA– pueden ser de dos tipos o clases: i) las sentencias de unificación de que trata el artículo 111.3 de esa codificación[24], y ii) los autos y fallos que profiere la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuyo conocimiento asume previamente por ser de importancia jurídica y trascendencia social, decisiones que

---

[24] **Artículo 111.** ***Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*** La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:

"(…) 3. Dictar sentencia, cuando asuma la competencia, en los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Esta competencia será asumida a petición de parte o a solicitud del Ministerio Público o de oficio cuando así lo decida la Sala Plena.

sin anfibología fijan la hermenéutica o la posición de la Corporación sobre determinada materia, según lo establece el artículo 37.5 de la ley 270 de 1996[25].

Y, si bien, los autos proferidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no pueden ser invocados para efectos de surtir los mecanismos extraordinarios de extensión y unificación jurisprudencial, lo cierto es que ello no permite desconocer el carácter vinculante (precedente) que genera este tipo de providencias.

De modo que, si un Magistrado que integra un cuerpo judicial colegiado decide apartarse del precedente previamente fijado por la mayoría de la respectiva sala, es preciso que salve el voto y, por consiguiente, se aparte de la decisión so pena de que a partir de esa renuencia sistemática en la aplicación del criterio unificado se incurra en una vía de hecho y, en consecuencia, se abra la posibilidad de que por vía de acción de tutela se ordene acoger el precedente horizontal, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, en aras de garantizar el principio de igualdad en la aplicación del derecho.

Al respecto, el tribunal constitucional ha discurrido así[26]:

> **"-La violación del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales ante el desconocimiento del precedente horizontal.** En la sentencia T-698 de 2004, la Corte recordó que "una queja en materia de igualdad destinada a controvertir la actividad de una autoridad judicial por no aplicar ante un mismo supuesto de hecho (caso similar) una misma razón de derecho (la misma decisión que se tomó en otro caso), es un cargo que se dirige generalmente a acusar a una autoridad judicial de una vía de hecho fundada en el desconocimiento del artículo 13 de la Carta bajo cualquiera de los

[25] "**ARTICULO 37. DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

"La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

"5. Resolver los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia social si, por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia.

"(…)"

[26] Corte Constitucional, sentencia T-117 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

supuestos o requisitos previamente descritos, pero en especial, en razón de la insuficiente sustentación o justificación de un fallo, o por el desconocimiento o la inadvertencia del precedente jurisprudencial anterior, o en razón de la violación de disposiciones constitucionales derivadas precisamente del desconocimiento de normas de rango legal o infralegal, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, situaciones estas que desvirtúan la validez constitucional de la decisión acusada".

"El precedente horizontal ha sido definido como el deber que tienen las autoridades judiciales de ser consistentes en las decisiones que profieran por lo que ante situaciones fácticas similares deben resolverse bajo las mismas razones de derecho salvo que se expongan razones suficientes y justificadas para apartarse de la decisión anterior. Ahora, el derecho a la igualdad exige como requisito para su aplicación el que las autoridades suministren la misma protección y trato a quienes se encuentren en similar o idéntica situación, por lo que "si un mismo órgano judicial modifica sin fundamento sólido sus decisiones, en casos que son sustancial y fácticamente iguales, se trasgrede evidentemente este derecho".

"Por ello, en la sentencia T-698 de 2004, se recuerda que en el precedente horizontal, determinado por un mismo cuerpo colegiado o una misma autoridad judicial de igual jerarquía, tanto los jueces como los magistrados pueden apartarse del precedente de otra Sala o del suyo propio "siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial…". Además, recuerda que con el fin de garantizar el principio de igualdad "los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, … sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela". Finalmente, se sostiene que para efectos de separarse del precedente horizontal debe en primer lugar referirse al precedente anterior y en segundo lugar brindar un argumento suficiente para el abandono o cambio si pretende fallarse en sentido contrario al anterior bajo situaciones fácticas similares, para así "conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad".

"Procederá, entonces, la Sala a determinar en el caso concreto la competencia del Consejo Superior de la Judicatura para conocer de

la acción de tutela frente al rechazo del cual fue objeto por el Consejo de Estado.”

“(…) Sobre el punto que se analiza, la Corte Constitucional en sentencia SU.120 de 2003, al abordar el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, señaló: “De modo que la evidente similitud mostrada en los casos referidos en esta providencia conduce a esta Corte a sostener que la accionada estaba en la obligación de aplicar en todos ellos la misma interpretación razonable, esto es, el criterio que le ha permitido conceder a los extrabajadores la actualización de su mesada pensional con fundamento en las previsiones de la Ley …, según la edad requerida para acceder a la prestación, haya sido alcanzada antes o después del 1° de abril de 1994, porque:… No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia les negó a los señores … el derecho a actualizar su primera mesada pensional:… Sea menester añadir que el mandato de aplicar la ley de manera general y uniforme –artículo 13 C. P.- está dirigido a todos los jueces y magistrados, singulares y colegiados, de manera que los cambios de jurisprudencia, además de objetivos y razonables, deben sopesar los efectos que sus modificaciones ocasionan en los intereses en litigio. Porque mientras para la accionada fallar en uno o en otro sentido puede no tener trascendencia, siempre que ambos sentidos se encuentren explicados, para el pensionado hacerse acreedor a una o otra decisión significa la cabal efectividad de sus derechos sociales. De manera que no puede entender por qué, estando en las mismas circunstancias que las suyas, otro pensionado, en tanto él no, podrá mantener el poder adquisitivo de su pensión.”.

En esa línea de pensamiento, la vulneración del precedente se genera como en el caso concreto, por haber aplicado una normativa procesal disímil a la vigente, sin haberse pronunciado de manera expresa y objetiva sobre esa circunstancia; a contrario sensu, en la providencia se empleó el CPC sin hacer ninguna referencia a la vigencia del CGP en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, circunstancia por la que ese silencio supone una clara y manifiesta violación al precedente jurisprudencial –de unificación– de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La doctrina se ha interrogado sobre las razones que existen para sostener y defender la obligatoriedad del precedente horizontal, para arribar a los siguientes

fundamentos[27]: i) se optimiza el ordenamiento jurídico, en tanto se le dota de unidad y coherencia, ii) se unifica el contenido y alcance de las expresiones y términos jurídicos, lo que supone una eliminación o reducción de su vaguedad y ambigüedad, iii) permite la materialización del principio – derecho de igualdad, iv) garantiza la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos, v) facilita el control sobre la actividad judicial, vi) se protege y realiza el imperio de la ley (art. 230 C.P.), vii) se garantizan los derechos fundamentales de las personas, viii) evita la configuración de yerros, errores jurisdiccionales y hasta delitos (prevaricato por omisión), y ix) su desconocimiento permite el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En síntesis, el precedente judicial entendido como la fuerza vinculante (*ratio decidendi*) que se deriva de la hermenéutica fijada frente a un determinado supuesto de hecho o de derecho tiene una serie de ventajas teóricas y prácticas que deben ser ponderadas por los jueces (unipersonales o colegiados) a la hora de apartarse de aquél –expresa o tácitamente– sin brindar las suficientes razones expresas y objetivas, ya que, si bien, cada persona –máxime tratándose de una ciencia como el derecho– puede formarse un criterio específico sobre un tópico particular, lo cierto es que es preciso que se respete el criterio mayoritario unificado mientras esté vigente, so pena de lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos que acuden a los jueces a solucionar sus controversias[28].

En los anteriores términos dejo sentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

---

[27] Cf. QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando "El precedente judicial y sus reglas", Ed. Legis y Universidad del Rosario, Primera edición, Bogotá, 2014, pág. 46 a 51.

[28] "El sabio puede cambiar de opinión. El necio, nunca." Immanuel Kant.