



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 28 de ABR. 2018

ACCIONANTE:	MARÍA BERENICE ÁVILA Y OTROS
ACCIONADO:	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA,
REFERENCIA:	150002331000200501725-02
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO OBSTÉTRICO
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I.- PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia proferida el veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Demanda

Los señores María Berenice Ávila Sanabria, Jhonson Fernando Molina Castro y los menores Cindy Lyzzet Contreras Ávila, Elkin Edilson Contreras Ávila y Jharby Dumar Molina Ávila por intermedio de apoderado judicial impetraron Acción de Reparación Directa con el objeto de que se declare la responsabilidad del Hospital San Rafael de Tunja, por la muerte de su hijo por nacer.

1.1. Pretensiones

Los demandantes solicitaron se declare administrativa y extracontractualmente responsables a la demandada, de los perjuicios ocasionados por causa de la falla en la prestación del servicio médico asistencial con ocasión de la atención dada a la señora María Berenice Ávila, la cual causó el fallecimiento de su hijo y hermano por nacer el 8 de junio de 2003.

Que como consecuencia de dicha declaración, se condene a las demandadas, a pagar los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y actuales.

Recibido
28 abril 2018

1.2. Hechos

Como fundamentos fácticos de la acción los demandantes enunciaron en resumen los siguientes:

Que según ecografía realizada el 29 de abril de 2003 por el médico Luis Guillermo Rincón, se halla en la señora María Berenice Ávila: "Gestación única intrauterina con feto vivo, activo, en situación longitudinal, presentación cefálica dorso derecho. Fetocardia positiva y rítmica de 136/min y tono muscular conservado". Conforme el antedicho examen, se señaló como fecha probable de parto el 28 de mayo de 2003.

Dijo que acudieron a la ESE Santiago de Tunja, para ser atendida por el Ginecólogo Luis Guillermo Rincón, quien había efectuado sus controles, quien les recomienda esperar 10 días para una nueva valoración, pasado ese tiempo, vuelven a la entidad el 4 de mayo de 2003 (sic)¹, ante lo cual el ginecólogo ordenó la realización de un monitoreo.

Aseveró que al día siguiente, esto es, el 5 de mayo de 2003 (sic), una vez realizado el examen con valoración de "altura uterina 31, feto único VIVO..." sugiere hospitalización debido a que su trabajo de parto debía ser mediante inducción.

Sostuvo que el galeno les manifestó que llegara al día siguiente al hospital San Rafael bien desayunada y con las cosas del bebé porque debían aplicar medicamento para inducir el parto.

Que cuando llegaron al Hospital San Rafael de Tunja, es recibida por una practicante, cuya firma se encuentra en la Epicrisis, quien procede a examinarla y para quien las órdenes del Ginecólogo no fueron suficientes, pues le ordena irse a caminar y no volver sino hasta cuando estuviera en trabajo de parto o tuviera contracciones cada 10 minutos. Lo anterior, pese a explicarle la situación particular de la señora y de las órdenes que había dado el ginecólogo.

Aseguró que el día siguiente regresaron al Hospital, esto es, el 7 de junio, y que fue atendida la señora María Berenice por otra practicante que recibía el turno de la estudiante del día anterior, quien le manifestó que examinara a la señora, pero que si todavía no estaba en trabajo de parto que no la recibiera en hospitalización, quien también la envía a caminar, pese a las múltiples explicaciones de que debían inducirle el parto, pues no podía dilatar sola, a lo cual se hizo caso omiso y tampoco se consultó con un profesional del área.

¹ Debe entenderse junio

Que el día domingo, 8 de junio de 2013, empieza a sentir dolores y unas contracciones terriblemente fuertes en horas de la mañana, ante lo cual acuden al Hospital, en donde es recibida por una practicante y le asignan una camilla y unas enfermeras la preparan para el parto, dejándola sola por espacio de 20 minutos hasta que llegó el ginecólogo, a quien el esposo le cuenta todo lo sucedido, ordenándose por tanto un monitoreo inmediato.

Afirmaron que después de 20 minutos sin que la enfermera pudiera monitorear al bebé, llegó otra enfermera sin obtener resultados, ante la situación y con preocupación llaman a la jefe de enfermeras, quien tampoco ubicó al bebé, luego llaman al ginecólogo, quien llama la atención de la practicante que la recibe y de las enfermeras, por no haber ordenado el monitoreo sabiendo la gravedad de la situación; el ginecólogo se dirige a la sala de ecografías donde le manifiesta a la señora María Berenice "Lo siento su bebé está muerto".

1.3. Fundamentos de derecho (fl. 10)

Señaló el apoderado de la parte actora como fundamentos jurídicos los artículos 90 de la CP, 2341 y siguientes del CC, 86, 136, 137, 138, 139, 206 siguientes del CCA y demás normas concordantes y pertinentes.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

.- Hospital San Rafael de Tunja (fls. 70-76)

El ente hospitalario frente a los primeros hechos expuestos adujo que no le constan y que se deben probar y de otros hechos que no son ciertos. En cuanto a las pretensiones, se opone a todas ellas, pues la atención prestada fue adecuada, pertinente y oportuna.

Expuso la entidad accionada que no está probada la unión marital de hecho de los demandantes y por tanto no hay lugar a reconocer perjuicio alguno, y además, que la relación con los menores de edad no está acreditada y por tanto hay falta de legitimación en la causa por activa.

Se consideró que hay ausencia de falla en el servicio, pues la atención fue adecuada y oportuna de acuerdo al cuadro clínico que presentaba la paciente. De igual manera, que de acuerdo con el ingreso de aquella, la misma no presentó ningún signo de alarma, la remisión con la que llegó tampoco demostró signos de alarma y siempre la paciente refirió movimientos fetales. Que conforme con la historia clínica la muerte fetal

está asociada a una falla placentaria severa que se agudiza por el trabajo de parto con actividad uterina regular, por lo tanto, el fallecimiento del menor no obedece a la atención prestada en la institución.

- La Previsora SA (fl. 158-167)

En calidad de llamada en garantía, la aseguradora en cuanto a las pretensiones consideró que carecen de fundamento legal y fáctico, porque existen razones de hecho y de derecho que impiden la prosperidad y procedibilidad de la demanda instaurada, como lo es la causa extraña por caso fortuito o fuerza mayor ajenas al querer y voluntad del Hospital San Rafael de Tunja.

Que está demostrado por la documentación médica que la actuación y servicio médico prestado a la paciente demandante, fue ajustado a los procedimientos y protocolos médicos dispuestos para estos casos, y por tanto, la actuación de la ESE Hospital San Rafael el Tunja, así como la del personal a su cargo no recae responsabilidad alguna.

Propuso como excepciones las denominadas "*Ocurriencia de una causa extraña ajena a la atención prestada*", "*Inexistencia de Culpa y de falla en el servicio*", "*Inexistencia del nexo de causalidad*".

En cuanto al llamamiento en garantía, dio cuenta que si bien es cierto que existe una póliza de responsabilidad civil No. 1001017 a favor de la UPTC denominada "*Responsabilidad Civil para estudiantes de medicina*" para el cubrimiento de riesgos, no es menos cierto que deben cumplirse ciertos requisitos y aportarse elementos probatorios indispensable para proceder al trámite de la reclamación que se efectúe, teniéndose en cuenta los límites de cobertura establecidos en la póliza, la exclusiones pactadas y los eventos no amparados, a efecto de establecer la obligatoriedad de la cancelación o no de la reclamada indemnización.

Frente al llamamiento adujo como excepciones las denominadas: "*Ausencia de cobertura para ocurrencia de causas extrañas ajenas a la actividad amparada como el caso fortuito o fuerza mayor*", "*Limitación de cobertura de la póliza expedida por la Previsora*", "*No darse los requisitos contenidos en la póliza expedida, que legitiman al afianzado para proceder al pago de indemnización*", "*Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro para reclamación*". "*Culpa grave inasegurable*".

791

.- UPTC (fl. 497-506)

Conforme con el auto emitido el 25 de mayo de 2015, se vinculó como litisconsorte necesario a la entidad universitaria, de la cual hacían parte los practicante de medicina al servicio del Hospital San Rafael de Tunja.

Respecto a las pretensiones propuestas en la demanda se opuso a todas ellas, debido a que carecen de fundamento jurídico, debiendo excluirse de toda responsabilidad a la UPTC, pues es responsabilidad de los médicos profesionales y especialistas la labora que se desempeña en cada uno de los servicios del Hospital San Rafael de Tunja y de todas las instituciones prestadoras de servicios de salud, y son ellos, quienes deben supervisar y aprobar todas y cada una de las actuaciones desplegadas por los estudiantes, ya que los estudiantes carecen de facultades para determinar el tratamiento a seguir en los pacientes.

Que el juzgado no analizó los estudiantes que atendieron a la paciente, pues en el hospital desempeñan funciones de diferentes universidades y por tanto, debió vincularlas a todas, si era del caso, sin embargo, insiste que la responsabilidad es de los médicos profesionales. }

Adujo que el convenio establece obligaciones de las partes, y una de ellas, es que los estudiantes deben tener supervisión adecuada y oportuna, y que sus actuaciones sean previamente autorizadas, aprobadas y supervisadas.

Propuso como excepciones las denominadas "Ausencia de responsabilidad", "Falta de legitimación por activa", "Inexistencia de solidaridad".

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante providencia de fecha 22 de febrero de 2016 (fls. 592-611), resolvió:

"PRIMERO: DE LARASE no probadas las excepciones denominada "Falta de legitimación en la causa", "Ausencia de falla del servicio" y "Ausencia de nexo causal" propuesta por la ESE Hospital San Rafael de Tunja, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARASE no probada las medias (sic) exceptivas de "ocurrencia de una causa extraña ajena a la atención prestada", "inexistencia de culpa y de falla en el servicio", "inexistencia de nexo causal", "ausencia de cobertura para ocurrencia de causas extrañas ajenas a la actividad amparada como el caso fortuito o fuerza mayor", "limitación de cobertura de la Póliza expedida por la Previsora", "no darse los requisitos contenidos en la póliza expedida por la Previsora, que legitiman al afianzado para proceder al pago de la indemnización", "prescripción de la acción derivada del contrato de

seguro para la reclamación", "excepción consistente en culpa grave inasegurable", "excepción innominada", propuestos por la Compañía de Seguros la Previsora SA por las razones anotadas.

TERCERO: DECLARASE no probada las medias (sic) excepcionales "ausencia de responsabilidad", "falta de legitimación por activa" e "inexistencia de solidaridad", propuesta por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada a través de apoderado por los señores MARIA BERENICE AVILA, JHONSON FERNANDO MOLINA CASTRO, CINDY LIZETT CONTRERAS AVILA, ELKIN EDILSON CONTRERAS AVILA Y JHARBY DUMAR MOLINA AVILA, por las motivaciones expuestas en el presente fallo,

Para adoptar tal decisión, el a quo planteó como problema jurídico determinar si se configuró responsabilidad del Estado en cabeza del Hospital San Rafael de Tunja, por la muerte fetal, acaecida el 8 de junio de 2003, como producto de la presunta falla del servicio por negligencia médica al prestar los servicios médico asistenciales de parto o si por el contrario la atención brindada a la paciente fue adecuada, oportuna, de calidad y bajo los protocolos de atención.

El Despacho de primera instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial, sobre el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de prestación del servicio médico de salud, y concluyó que el título jurídico de imputación a aplicar, en supuestos como el de *sub judice*, es el objetivo, pues se estaba ante una obligación de resultado, en el entendido que se trataba de un proceso normal y natural y no de una patología. Sin embargo, sostuvo que el precedente jurisprudencial cambió señalando que el título o criterio de imputación sería la falla del servicio, lo cual podría demostrarse indiciariamente, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido después de la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento.

Descendiendo al caso concreto, luego de registrar las pruebas allegadas al plenario, se concretó que la señora María Berenice Ávila Sanabria, ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, el 6 de junio de 2003, en razón a que el 5 de junio de la misma anualidad, fue remitida por el médico del Centro de Salud No. 1, indicando entre otras cosas, que era embarazo a término de 41 semanas por ecografía, feto único y vivo y que sugería hospitalización. En la epicrisis se advierte salida de la paciente con recomendación de deambulacion, misma recomendación que se hiciera para el 7 de junio de 2003, cuando ingresó de nuevo la paciente a urgencias.

Que para el 8 de junio de 2003, al ingresar con dolores de parto, al examinarse se notó ausencia de frecuencia cardíaca del feto, procediéndose a llamar al especialista de turno, quien ordenó práctica de cesárea para extracción de un feto obitado.

Así las cosas, el fallo de primera instancia, encontró un daño antijurídico consistente en la muerte del feto por nacer, sin embargo, no encontró suficientes elementos de imputación, que permitan determinar si dichos daños pueden ser atribuidos fáctica o jurídicamente a las entidades demandadas, o alguna de ellas, o si opera alguna causa exonerativa de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acción u omisión en la producción del daño.

Concluyó el fallo que dentro del expediente no reposa prueba alguna que permita determinar que la señora Ávila se realizó los controles clínicos prenatales durante el desarrollo del embarazo, conllevando a que no se pudo determinar con exactitud la fecha probable de parto.

Sostuvo el *a quo* que la parte demandante tan solo allegó el resultado de la ecográfica realizada el 29 de abril de 2003, sin que se pudiera determinar que se compararon las ecografías fetales tempranas, con efectos de determinar la fecha probable de parto de la madre gestante, denotando una negligencia de la paciente al no velar por su salud y del bebé que estaba por nacer.

Que en el caso concreto no fue posible determinar que la muerte del menor sobrevino como consecuencia de la mala praxis médica adelantada por los galenos del Hospital San Rafael de Tunja, pues no se allegaron las pruebas idóneas que permitieran acreditarlos, ya que de acuerdo con el criterio jurisprudencial pertinente era preciso probar que la gestión transcurrió de manera normal, o si por el contrario la madre gestante presentaba problemas de salud que incidieran en la muerte del feto. Además, que no se demostró la causa de la muerte fetal, como son entre otros, el estudio de la placenta y la autopsia del feto que conllevaran a la convicción que se incurrió en una omisión.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante por intermedio de su apoderado, apeló la sentencia de primera instancia.

Adujo que yerra el juez de primera instancia en los siguientes aspectos: i) En el problema jurídico, no se indica la posible omisión de la orden médica de

hospitalización e inducción al parto de la paciente, **ii)** No se realizó un análisis adecuado de las pruebas, llegando a un racionamiento contrario a lo demostrado en el proceso, **iii)** a pesar de estar probada la responsabilidad por deficiente prestación del servicio de salud por omisión de remisión médica, de manera contraria indica supuestamente la falta de elementos probatorios, olvidando el antecedente jurisprudencial SU -7747 de 2014, para acudir por medio de su facultad oficiosa de pruebas en caso de duda.

Sostiene de las pruebas allegadas lo siguiente:

- De la Historia Clínica, consideró que no hay nota de parte donde se mencione las características del recién nacido, no está rotulado el monitoreo fetal ni se indica la fecha, no se ordenó estudio de la placenta y autopsia del bebé.
- De la prueba pericial, sostuvo que si bien existió duda en el número de semanas de gestación, para el 6 de junio se contaba con 41 semanas y 2 días, se concluyó que no se siguieron las recomendaciones universales para embarazos de 41 semanas; se pudo determinar que se trataba de un embarazo a término, que no se practicaron todos los exámenes propuestos para esta clase de embarazos.
- De la prueba testimonial, concluyó que el bebé estaba vivo el 6 y 7 de junio, que tan solo el 8 de junio es atendida por especialista, y que no se practicaron exámenes pertinentes.

Para soportar su impugnación, se apoyó en jurisprudencia del Consejo de Estado, en los expedientes con Nos. internos 1605 y 27770, para concluir que la paciente en sus partos anteriores tuvo dificultades para dilatar, si bien existía duda del número de semanas de embarazo, no eran menores a 41 semanas 2 días al momento de presentarse a urgencias, que sí tuvo controles prenatales, y tenía un médico tratante llamado Luis Guillermo Rincón, quien ordenó hospitalización y procedimiento de inducción, que existió una omisión en la orden indicada por el médico tratante, que la omisión se generó por una médica practicante que no atendió la remisión, ni ordenó los exámenes mínimos requeridos para esta clase de circunstancias: que el médico especialista tan solo tiene contacto con la paciente hasta el 8 de junio de 2003, cuando el bebé no presenta signos vitales, que el hospital niega conocer la remisión médica, sin embargo, se presentó a la practicante quien hace caso omiso a la misma, a pesar del requerimiento del esposo, no se atendió el protocolo para embarazos de 41 semanas, se tuvo por cierto el testimonio del médico especialista, cuando este tiene interés directo en el resultado del proceso, se debió utilizar la facultad oficiosa para solicitar el protocolo médico del hospital, si bien no hay prueba que determine la causa de la muerte, los galenos siendo su deber no ordenaron el estudio de la placenta y autopsia del feto, carga

probatoria que no puede ser endilgada a la parte demandante, precisamente por ser personas que carecen de conocimiento específico sobre la materia. Por todo lo anterior, sostiene que están demostrados los tres elementos para decretar la responsabilidad médica por falla en el servicio.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

El recurso de alzada fue concedido en auto del 31 de marzo de 2016, por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Tunja (fl. 637) y admitidos por esta Corporación mediante providencia de 13 de mayo de 2016 (fl. 641). A través de auto del 29 de junio de 2016, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 643).

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La Previsora (fl. 644-647)

Reiteró lo expuesto en su escrito de contestación, concluyendo que no obran pruebas en el proceso que demuestren la responsabilidad de la aseguradora ni del Hospital San Rafael.

UPTC (fl. 648-650)

Afirmó que para la época de los hechos el Hospital San Rafael habían celebrado otros convenios de similares condiciones a la UPTC, pero con la fundación Universitaria de Boyacá, de manera que los estudiantes que desarrollaban su práctica no sólo pertenecían a la entidad vinculada, los cuales tanto unos como otros, no tenían el poder de decisión sobre las acciones a ejecutar dentro de los casos presentados en el hospital.

Aunado a lo anterior, que dentro del plenario no se probó la falla en el servicio y por tanto, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Hospital San Rafael de Tunja (fl. 651-654)

Manifestó que no se probó la causa de la muerte del feto, que se evidenció que el servicio médico estuvo ajustado a los procedimientos y protocolos médicos dispuestos para el caso que estudia.

Se insistió en el escrito en la falta de legitimación en la causa de los demandantes, y en la inexistencia de la falla en el servicio

Parte Demandante (fl. 664)

Expresó que existe clara responsabilidad por la inadecuada atención médica de los galenos que atendieron a la actora, debido a la omisión de una orden de hospitalización e inducción de parto, orden que no fue valorada por el especialista sino por una practicante, dejando de atender los protocolos médicos universales.

- **Ministerio Público**

Guardo Silencio.

6. CONTROL DE LEGALIDAD

No habiendo encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada, se procederá a resolver de fondo la cuestión debatida, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 133 del CCA, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación, corresponde a esta Sala establecer:

¿Con fundamento en el acervo probatorio allegado al plenario puede determinarse la existencia de un daño antijurídico, como consecuencia de la atención médico asistencial que desencadenó en óbito fetal del naciuturo?; en caso afirmativo, ¿es imputable a la entidad demandada?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

794

3. TESIS

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, accederá a las pretensiones de la demanda, por cuanto quedó demostrada la responsabilidad administrativa y extracontractualmente del E.S.E Hospital San Rafael de Tunja, como quiera que existió una falla en la prestación del servicio, al no atender los protocolos impuestos para la atención obstétrica que desencadenó en la muerte fetal del hijo y hermano de los demandantes.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver los interrogantes planteados en el problema jurídico, es imperioso traer al plenario, la base legal y jurisprudencial que regula el tema.

i) CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN EL PRESENTE ASUNTO

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se consagró en el artículo 90 de la misma, la que se ha denominado la Cláusula General de Responsabilidad, que determina:

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

En Sentencia C-333/96 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de esta norma, en los términos que siguen:

"El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

(...).

La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los

particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública".

Por su parte el Honorable Consejo de Estado ha sostenido sobre el artículo 90 de la CP que "...es el tronco en que se encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extrcontractual".

Lo anterior, no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva.²

Así las cosas, el Consejo de Estado, ha sido claro en manifestar que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad, se exige la presencia de tres elementos fundamentales: a). Un daño antijurídico; b). Una acción u omisión de la administración y c). Un nexo de causalidad entre este y aquella, es decir, que el resultado (el daño) le sea imputable al Estado, vale repetir, que sea consecuencia directa de la acción u omisión del servidor público.

II) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LOS DAÑOS PROVENIENTES DE LA ATENCIÓN MÉDICO HOSPITALARIA PRESTADA.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012³, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de

² C.E. S.C.A. S 3ª, Sent. 13 de Julio de 1993, Exp. 8163, C.P. Juan de Dios Montes Hernández

³ Consejo de Estado, sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 21515

los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación; por ello, se concluyó en la mencionada sentencia: "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia."⁴

A su turno, en lo pertinente a responsabilidad por servicio médico, la misma sección del órgano contencioso⁵ considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, **en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada**⁶. Así lo explicó la Sección en sentencia de 3 de octubre de 2007:

"La Sala estima necesario recordar los criterios jurisprudenciales que gobiernan la prueba del nexo causal en los casos que se pretende imputar responsabilidad al Estado por la prestación del servicio de salud, para lo cual es bastante ilustrativa la sentencia del 14 de junio de 2001⁹, en la cual se dijo lo siguiente al punto de la demostración de dicho requisito: 'Ahora bien, observaciones similares a las anteriores, que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor'. "Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones. "Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, esta Sala manifestó: 'En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida

⁴ ibídem

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 850012331000200500630-01 (37.387)

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, exp 15563: "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falta médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia 'el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia' (Cfr. Ricardo De Angel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 77), es decir, que la relación de causalidad queda probada 'cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad'. (ibídem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina: 'En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante', puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica.

Con fundamento en lo anterior, es de inferir que a la parte actora en eventos obstétricos le corresponde acreditar: "i) el daño antijurídico, ii) la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, el desconocimiento al deber de posición de garantía o la vulneración al principio de confianza, y iii) el hecho indicador del indicio de fallo, esto es que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto".⁷

En armonía con lo expuesto, para la Sala es claro que el caso *sub lite* debe ser resuelto conforme a los **hechos indicativos de la falla o de la correcta prestación del servicio, sin perjuicio de la valoración de la prueba indiciaria.**

iii) DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN ESTADO DE GESTACIÓN⁸

En relación con los hechos probados, la Sala considera necesario efectuar algunas consideraciones en torno al deber del Estado respecto de la protección a la familia y a la mujer en embarazo, derechos fundamentales consagrados en los artículos 42 y 43 de la Carta Política.

⁷ ibídem

⁸ Tomado de la providencia del 28 de febrero de 2018 expediente no. 15000-23-31-000-2008-00235-01 del Tribunal Administrativo de Boyacá. MP Oscar Alfonso Granados Naranjo

Al respecto, la Corte Constitucional, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, destacando la **sentencia de unificación** del 7 de mayo de 1993, en los siguientes apartes:

"4. De los derechos de la mujer en estado de embarazo.

4.1. Fundamentos Constitucionales. Así como sucede con la niñez, la juventud y la tercera edad, la maternidad fue objeto de especial protección en la Constitución de 1.991. Igualmente, dada su estrecha relación con la dignidad de la persona humana consagrada en el artículo 1º de la Carta y la protección a la familia, se estimó que la maternidad debe recibir protección constitucional. El artículo 43 de la Constitución establece: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. **Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere de empleada o desempleada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia** Esta disposición no tiene antecedentes en materia constitucional. La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la **protección como "gestadora de la vida". Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla.** (...) La consagración de la protección de la maternidad constituye una tendencia del derecho internacional contemporáneo, el cual, como se anotó, rige en el orden interno por disposición del artículo 93 de la Constitución Política. La Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, consagra:

"2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales"

Y con fundamento en la Declaración, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, establece:

"Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social."

(...)

5.1. La familia como núcleo fundamental de la sociedad.

La familia es "institución básica de la sociedad", en términos del artículo 5 constitucional. Ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: Social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar. La Constitución en el artículo 44 reconoce como un derecho fundamental de los niños el tener una familia, independientemente de su filiación, sobre la base de la igualdad de los individuos ante la ley.

Es por eso, que esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional comparte lo afirmado por la Sala Primera de Revisión cuando expresó que: **Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado deberes,**

tales como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes consagrados en el inciso 1º del artículo 44 de la Carta vigente"⁹

Con fundamento en la anterior interpretación constitucional, hay lugar a concluir que el embarazo en la mujer debe gozar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un cuidado y protección especiales por parte del Estado, dada su relación directa con la constitución de la familia, institución igualmente amparada en el ordenamiento legal nacional, a la cual se le ha reconocido, además, su calidad de elemento fundamental y natural de la sociedad.

En consecuencia, para el momento de finalización del embarazo, la sociedad y el Estado, especialmente deben velar por la salud de la madre y de aquel que está por nacer mediante **la prestación de un servicio médico adecuado** que procure la conservación de la integridad física de ambos.

Igualmente, resulta necesario precisar que el artículo 11 de la Carta Política consagra la vida como un derecho fundamental inviolable, cuyo amparo cobija al nasciturus, tal y como lo establece el **artículo 4º de la Convención Americana** sobre Derechos Humanos, el cual reza:

*"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la **concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"* (negritas no originales).

Para la Sala, resulta importante **acentuar el papel que desempeña la mujer en la sociedad como madre**, puesto que es ella quien se encarga del desarrollo y de la culminación del embarazo, lo cual la convierte en una **promotora y gestadora de vida**, permitiendo la perpetuidad de la especie humana, cuestión más que suficiente, unida a la dignidad que le debe ser reconocida y respetada como persona, para que en el momento del alumbramiento se le deba brindar el mejor trato que amerita tan magno evento.

iv) **DE LA VIOLENCIA GINECO-OBSTÉTRICA**¹⁰

La instancia, considera relevante, traer a colación lo indicado por la Declaración de las Naciones Unidas¹¹, en relación con la denominada violencia Gineco – Obstétrica, así:

⁹ Corte Constitucional, S-179/93, Sentencia de 7 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰ ibidem

¹¹ Para el año 2003.

797

"Cualquier acto de violencia basado en el género que posiblemente resulte en daños o sufrimientos físicos, sexuales o psicológicos de la mujer, incluyendo amenazas de cometer dichos actos, coerción o privación arbitraria de la libertad, ya sea en la vida pública o privada."

Concordante, la Organización Mundial de la Salud – OMS¹², precisó:

"Las mujeres tienen derecho a recibir el más alto nivel de cuidados en su salud, que incluye el derecho a una atención digna y respetuosa del embarazo, del parto, su puerperio, y el derecho a no sufrir violencia ni discriminación".

De igual manera, la OMS, ha dicho que todas las mujeres tienen derecho a recibir el más alto nivel de cuidados en salud, que incluye el derecho a una atención digna y respetuosa en el embarazo, en el parto y después del parto, y el derecho a no sufrir violencia ni discriminación.

Concordante, el programa de trabajo del *Human Reproduction Programme*¹³ de la Organización Mundial de la Salud (OMS), del 23 de septiembre de 2014, abrió las puertas al debate a una modalidad de violencia de género, invisible, pero latente en la sociedad actual, **la llamada violencia obstétrica**, entendida como el **maltrato y la falta de respeto en la atención del embarazo y el parto**, promoviendo la investigación, la implantación de políticas de control de calidad en los centros sanitarios y la implicación de todos los intervinientes, incluidas las mujeres, que deben denunciar las malas praxis.

Así que de acuerdo con la OMS,

"En todo el mundo, muchas mujeres sufren un trato irrespetuoso y ofensivo durante el parto en centros de salud, que no solo viola los derechos de las mujeres a una atención respetuosa, sino que también amenaza sus derechos a la vida, la salud, la integridad física y la no discriminación"¹⁴

En virtud de lo anterior, la Convención Sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres "Convención Belem Do Pará" (1996), entre otras, son convenciones que:

¹² Organización Mundial de la Salud (OMS). "Recomendaciones de la OMS sobre el parto y nacimiento". ISBN 978 92 4 350736 1. Ginebra, Suiza. 2015

¹³ Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud. http://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal_perinatal/statement-childbirth/es/

¹⁴ file:///C:/Users/jalima/Desktop/WHO_RHR_14.23_spa.pdf Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud.

"definen la salud sexual y reproductiva como una parte inalienable, integral e indivisible de los Derechos Humanos Universales"

Ahora bien, según la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de la Conferencia General de la UNESCO¹⁵, el ser humano se caracteriza por su capacidad de distinguir el bien del mal, percibir la injusticia, evitar el peligro, buscar cooperación y poner en práctica un sentido moral que dé expresión a principios éticos.

Del estudio, denominado "La violencia de género en las prácticas institucionales de salud: afectaciones del derecho a la salud y a las condiciones de trabajo en salud", se destaca:

"Identificar la violencia de género dentro de las prácticas institucionales de salud, permite deducir que esta es una problemática inherente e incorporada al quehacer diario de las instituciones hospitalarias, enraizadas dichas prácticas en los saberes médicos hegemónicos como superiores y portadores de por sí, de poder, sin cuestionamiento alguno, masculinizadas, naturalizadas en el ejercicio cotidiano mediante rutinas, actitudes, lenguaje y manejo de este saber, que está legitimado por la institución desde la desde la organización misma de los servicios, las funciones de cuidado, atención e instrucción, y desde las intervenciones y diagnósticos."

También, el estudio titulado, "La violencia obstétrica"¹⁶, otra forma de violación a los derechos humanos, permite relacionar una serie de derechos humanos que pueden ser vulnerados con ocasión a las prácticas de conductas de violencia obstétrica.

La Sala, no puede desconocer que la administración de justicia, no ha sido ajena al tema de la violencia de género, por ello, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, creó la Comisión Nacional de Género en la Rama Judicial, mediante **Acuerdo 4552 de 2008**, la cual fue instalada el 9 de junio de 2008, con el propósito de promover la incorporación e institucionalización de la perspectiva de género en el quehacer de la labor judicial, del cual se destacan los siguientes apartes:

"(...)

i. Proponer políticas, planes y acciones encaminadas a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres y las niñas en el acceso a la administración de justicia;

¹⁵ Villameca y Fernández Guillén, 2012a, 115-118; 2012b, 222-224

¹⁶ licenciada en Filosofía. Actualmente cursando el doctorado en Filosofía. Becaria investigadora del CONICETg. La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. 2013.

ii. Promover la sensibilización y la formación en materia de género, de manera continua y sistemática para todos los servidores judiciales;

iii. Mantener informadas a las Altas Corporaciones sobre las actividades de Género que se adelanten para la Rama Judicial;

iv. Efectuar la evaluación y el seguimiento al cumplimiento de las políticas, planes y acciones que en materia de género se determinen por la Comisión;

v. Establecer directrices para la introducción de la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial;

vi. Servir de órgano de coordinación de las Altas Cortes en materia de Género para la Rama Judicial;

(...)

Coordinar con otros órganos nacionales o internacionales la ejecución de convenios en materia de género.

Entre las estrategias a desarrollar se han establecido:

1. Formación, investigación y sensibilización en materia de equidad de género, de manera continua, sistemática y transversalizada a todos los servidores y las servidoras de la Rama Judicial sin excepción.

2. Información y divulgación sobre los derechos y el principio de igualdad, dirigida a todos los servidores y las servidoras judiciales, así como a los usuarios y las usuarias de la administración de justicia, con uso de las herramientas telemáticas y de comunicación.

3. Coordinación tanto en el ámbito intra como interinstitucional.

4. Estadísticas, seguimiento y evaluación como mecanismos de mejora y de verificación de logros de la política, y de identificación de obstáculos que impiden su implementación.

(...)"

En el marco normativo nacional, la Sala, recalca el contenido de la **Ley 1257 de 2008**, "Por la cual se dictan normas de **sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres**, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, así:

"Artículo 2°. **Definición de violencia contra la mujer.** Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o

la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los **Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing**, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.

Artículo 3º. Concepto de daño contra la mujer. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:

a) Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

b) Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.

(...)"

Así, un **trato inhumano en la atención obstétrica**, catalogado como violencia gineco obstétrica, sería aquel que impide a una mujer comportarse como "humana", aspectos que fueron recogidos en el proyecto de Ley 147 de 2017¹⁷, mediante el cual se pretende dictar medidas para prevenir y sancionar la violencia obstétrica y de la cual, se destacan los siguientes aspectos relevantes:

- Omisión de una atención oportuna y eficaz en urgencias obstétricas.
- Impedir "pensar y sentir" en el parto, **privar de información¹⁸ y poder de decisión.**
- Trato de humanizado¹⁹ en las relaciones asistenciales.
- **No ofrecer alternativas de elegir** y obligar a parir en una determinada posición, la más común.
- Privar del apoyo emocional y del acompañamiento de la persona elegida.

¹⁷ www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=147&p_consec=49585

¹⁸ Artículo 6º de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

¹⁹ De acuerdo con el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el artículo 7º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), y el artículo 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles

- Inducir los partos por conveniencia o decir que hay que programar una cesárea.
- Crear un ambiente falta de intimidad²⁰²¹ en torno a la mujer que está de parto.
- Practicar la episiotomía de forma rutinaria, o procedimientos médicos que no cuenten con el consentimiento informado de la mujer; en especial, aquellas que impliquen limitación o restricción de los derechos sexuales y reproductivos.

En virtud de lo anterior, la Sala colegie que la violencia obstétrica, es un tipo más de violencia de género **arraigada en las prácticas institucionales del sistema de salud**, en cuanto a la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos.

Así pues con fundamento en la falla del servicio, esta instancia procede a estudiar conforme los argumentos expuestos en el recurso de apelación si se encuentra acreditado el daño antijurídico referenciado en el libelo introductorio, y si el mismo le es imputable a la entidad accionada, Hospital San Rafael de Tunja o las entidades vinculadas en el proceso de la referencia.

5. CASO CONCRETO

i) Material probatorio

En el plenario reposa para el efecto, lo siguiente:

- Con registro de la ESE Santiago de Tunja, de fecha 1 de abril de 2003, se le practicó a la señora María Ávila, por el área de bacteriología cuadro hemático con hemoclasificación Grupo: O y RH negativo, con VDRL= No reactiva (fl. 30). Y para la misma fecha, examen de parcial de orina sin observaciones (fl. 31).

- A través del Laboratorio Bioclinico Automatizado Examinar con fecha 10 de abril de 2003, la señora María Berenice, se realizó examen de coombs indirecto, prueba cuantitativa con resultado negativo (fl. 32).

- A la señora María Ávila Sanabria, el 29 de abril de 2003, a través de la entidad Mediagnóstica, se le realizó ecografía obstétrica con los siguientes hallazgos:

²⁰ Entre otros: Intromisión no consentida en la privacidad o por revisión invasiva de los órganos genitales.

²¹ El artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), señala que las personas poseen derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de la dignidad, así como a la protección de los ataques a la honra y la reputación.

" Gestación única intrauterina con feto vivo, activo, en situación longitudinal, presentación cefálica, dorso derecho, fetocardia positiva y rítmica de 136/m, tono muscular conservados, los parámetros integran una edad gestacional promedio de 35 semanas y 6 días

...
Existe importante discordancia entre la edad gestacional por FUR y por fetometría, probablemente la FUR no es confiable, se recomienda con correlación con ecografías tempranas.

...

idx:
Gestación única de 35 semanas y 6 días por fetometría.
vitalidad fetal satisfactoria" (fl. 15-16).

- La gestante para el 5 de junio de 2003, fue valorada por la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja a través del médico identificado con No. 713, emitiéndose remisión en los siguientes términos:

" se remite pte de 28ª. G3 P3 V2 A0, con FUR 14-07-02 "no confiable" y FPD 24-04-03, edad gestacional 41s, 0 recibió anti D en los dos primeros partos, prueba de coombs negativa, con FFP x eco para 28-05-03. Presentó actividad uterina irregular los últimos días, actualmente ausente.

Monitoreo fetal del 04-06-03 no reactivo

Ef: Altura uterina 31, feto único, vivo, log, cef, fcf: 140 1/m Tv: cuello indiferente, largo, cerrado, blando, estación flotante

IDX: 1 emb de término 41x x eco
y 44 semanas por amenorrea

Plan: sugiero hospitalizar" (fl. 17) (negrilla y subraya fuera de texto)

- En la epicrisis registrada para el 8 de junio de 2003 por el Hospital San Rafael de Tunja, se evidencia que al ser valorada la paciente con actividad uterina regular, y borramiento del 50%, se realizó monitoreo fetal y sin encontrar fetocardia, diciéndose tomar ecografía registrándose que no hay latido cardíaco presente, por lo que la paciente es llevada a sala de parto para proceso de cesárea, obteniéndose óbito fetal (fl. 18- vto).

- En la Historia clínica – atención de urgencias de la gestante diligenciada por el Hospital San Rafael de Tunja, se resalta lo siguiente:

Primer ingreso:

- fecha de ingreso: el 6 de junio de 2003, a las 8:40 am
- Remitida : centro de salud No. 1
- EA: paciente no refiere actividad uterina, no aminorrea, no expulsión de tapón mucoso, movimientos fetales percibidos por la madre.
- Antecedentes: refiere "por FUR ecografía 3er trimestre 29/04/03 EG 35 semanas 6/7 Hoy 40 semanas.
- En examen físico: pelvis ginecoide expulsión de tapón mucoso
- IDX: trabajo de parto periodo de dilatación y borramiento fase latente

- plan: "se da salida con nueva valoración, signos de alarma, recomendaciones generales"
- suscrito por rúbrica y número 512003-2

Segundo ingreso:

- fecha: 7 de junio de 2003
- Valoración por: G/O
- plan: deambulación con recomendación, nueva valoración por G/O
- suscrito por rúbrica y número 25-2003-2.

Tercer ingreso:

- fecha: 8 de junio de 2003
- valoración: G/O
- borramiento :70% evtoción (sic)
- plan: hospitalización
- suscrito por rúbrica sin número (1,2- vto).

- En la histórica clínica perinatal suscrita por el Ginecólogo Armando Diad el 8 de junio de 2003 se evidencia la anotación del fallecimiento del feto, donde se resalta:

- edad por ex físico: **42 semanas**
- examen físico: anormal
- hospitalizado: no
- reanimación: no
- **egreso materno: sano** (fl. 20)

- En las anotaciones por enfermería para el 8 de junio de 2003, se destaca:

- Hora: 7:45 am: se hospitaliza en trabajo de parto, se canaliza vena con ringer, se toma muestra de sangre para serología y coombis indirecto.
- Hora: 8:45 (sic): viene pte para monitoreo, no se encuentra, se llama a la jefe quien llama al dr diab, quien viene toma monitoreo no encuentra ruidos fetales la pasa a ecografía.
- Hora: 10:45 am: llega paciente a sala de partos el Dr Diab atiende parto mortinato (fl. 22, 23-29).

- Declaración rendida por Ana Leticia Añlla Sanabria:

Refiere que acompañó a la gestante los días 6 y 7 de junio de 2003 al Hospital San Rafael porque le iba a cuidar la dieta a su hermana, sin embargo, la médico que la examinó, hizo caso omiso a la orden de hospitalización e inducción y la envió a caminar, y luego al volver el 8 de junio de 2003, la examinaron y empezaron todas las enfermeras a correr y le hicieron un examen al corazón del bebé debido a que no lo sentían, entonces fue cuando el esposo fue a buscar al ginecólogo y le contó lo que estaba pasando y él manifestó que no tenían por qué devolverla, él la atendió rápido, pero el bebé ya no tenía signos vitales (fl. 229)

- Declaración rendida por Plinio Alfonso Niño Huertas:

Señaló que Fernando luego del deceso de su menor hijo, sufrió moralmente y económicamente, pues inclusive le prestó dinero para cubrir el sepelio del feto (fl. 231).

- Declaración de Marina Inés Dueñas de Salas:

Contó que conocía de la condición de embarazo de la señora María Berenice, y que la devolvieron dos veces del hospital, y que luego del tercer día de sentirse mal, el bebé falleció, que luego del insuceso sufrió mucho, lloraba bastante y se sentía desilusionada (fl. 232).

- Declaración de Henry Ramírez:

Manifestó que conocía la condición de gestación de la señora Ávila, que fue devuelta por el Hospital en dos ocasiones, que el bebé lo sintió hasta el sábado y ya el domingo, fue cuando le dijeron que había muerto dentro del vientre (fl. 233-234).

- Declaración del médico ginecólogo Armando Diab Quimbayo:

Expuso que no conoció a la gestante María Berenice, que sin embargo, la atendió como médico en el Hospital San Rafael de Tunja, que no conoció el desarrollo del embarazo, pues solo la atendió en el momento del parto, por solicitud del médico interno y la enfermera jefe del piso porque no le encontraban la frecuencia cardiaca fetal al bebé, por lo que se le hizo un monitoreo fetal e inmediatamente se llevó a que le realizaran una ecografía donde encontró el feto muerto con una disminución en el volumen de líquido amniótico, que la paciente ya estaba en trabajo de parto, con 5 cms de dilatación, al momento de recibir al feto, no encontró problemas del cordón umbilical, y llama la atención que se recibe la placenta con evidencia pequeña sin áreas de infartos, además que se encontró meconio antiguo, que se pensó que fue una asfixia dentro del útero antes de nacer de origen sin

801

establecer y **no se encontró ninguna enfermedad en la madre que pudiera orientarnos hacia ese desenlace**, sin embargo, que son análisis que no se pueden concretar porque no se sabe la causa de la muerte con esos datos. Frente a la remisión médica, manifestó que el paciente debe ser atendido en el área de urgencias y valorado para establecer las causas de la remisión, el historial previo y los hallazgos de los exámenes y es cuando se toma la decisión de hospitalizar o no, de otra parte, **de según los hallazgos realizados, el feto llevaba entre 6 y 24 horas de fallecido** (fl. 255-256).

Dentro de la facultad oficiosa del juez, en virtud del artículo 169 del CCA, mediante auto del 4 de noviembre de 2009, se requirieron algunas pruebas para esclarecer asuntos dudosos (fl. 258).

Al respecto se armaron al plenario los siguientes:

- Con oficio del 28 de abril de 2010, el Hospital San Rafael de Tunja, informó que revisados los archivos de la unidad de patología, no se encontró registro de estudios anatomopatológicos de la paciente María Berenice Ávila Sanabria (fl. 325).

- La ESE Santiago de Tunja, con oficio del 28 de mayo de 2010, informó que de acuerdo con la base de datos del puesto de salud No. 1, la señora Berenice no aparece atendida en ese puesto de salud y al verificar la base de datos del fondo de solidaridad, aparece activa en Salucoop de Sopó (fl. 332-333).

El sustanciador de la época con la facultad oficiosa para decretar pruebas, con auto del 12 de septiembre de 2012, requirió pruebas adicionales (fl. 364).

- Reposo informe pericial de clínica forense con base en la historia clínica de la ESE Santiago de Tunja, Hospital San Rafael de Tunja y reporte de ecografía obstétrica de Mediagnostica, en el que se resalta:

- Para el 7 de junio y 8 de junio se anota: "valoración por G/O", pero no firman la nota.
- Para el 8 de junio registran edad gestacional de 41 semanas, cuando ya para este momento tenía 41 semanas y 4 días según reporte ecográfico.
- En la historia clínica no hay nota de atención de parto, sin embargo, las características del feto, se reportan en el partograma.
- Se registró trazado de monitoreo, pero en la experticia no se tuvo en cuenta por no estar rotulado ni tiene fecha y hora.
- Refiere que las guías de manejo del Canadá (BC reproductive 2005) y del Reino unido UK recomiendan la inducción del trabajo de parto a las 41 semanas.

- Concluye que los profesionales que atendieron a la gestante los días 6, 7 y 8 de junio de 2003, no siguieron las recomendaciones universales para el seguimiento de los embarazos de 41 semanas o más. Sin embargo, se recomendó atender las guías atendidas por el hospital, para verificar si son las mismas o no a las analizadas en la experticia.
- Para los días 6 y 7 la gestante se encontraba en fase preparatoria, pues no tenía dilatación ni borramiento cervical.
- Hay tres elementos que sugieren alteración del bienestar fetal: la ausencia de líquido amniótico según la ecografía realizada el 8 de junio de 2003, la edad gestacional por examen físico del feto que fue de 42 semanas y el peso al nacer que fue 2750 gramos que se encuentra por debajo del percentil 3 para 42 semanas, lo cual podría indicar una restricción severa del crecimiento o desnutrición fetal, **que es una de las complicaciones asociadas al embarazo pos término.** (fl.400-404).

- Según el reglamento de internado de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, actualizado a septiembre de 2007, en su artículo 16, se dice que todo interno debe cumplir durante su tiempo de internado, entre otras, la realización de la historia clínica de ingreso al servicio, **la cual debe ser presentada al especialista para su aprobación según la Resolución 1995 de 1996 (fl. 539).**

Para esclarecer asuntos oscuros y dudosos de la contienda, en segunda instancia mediante auto del 11 de junio de 2017, se solicitaron algunas pruebas, que refieren lo siguiente:

- El Hospital San Rafael de Tunja, aportó la guía de atención del parto No. 8 vigente para el año 2003, en el que se extrae:

- Factores de riesgo en el momento del parto:

--Biológicos "... parto múltiple (más de 4 partos) Edad gestacional no confiable o no confirmada... edad gestacional pretérmino o prolongado..."

--Sicosociales "inicio tardío del control prenatal... ausencia de control prenatal..."

- Admisión de la gestante en trabajo de parto:

" si la gestantes tuvo control prenatal, solicitar y analizar los datos del carné materno, historia clínica o remisión: si se identifican factores de riesgo en el carne materno o durante el interrogatorio, la usuaria debe ser hospitalizada o remitida, de acuerdo con la capacidad resolutive (situaciones especiales en los servicios de admisiones o de urgencias).

En caso contrario, confirmar que la gestante está en trabajo de parto antes de admitir al hospital. La usuaria está en trabajo activo si presenta al menos dos contracciones espontáneas en diez minutos y tiene dos o más de los siguientes criterios: borramiento completo de cérvix, dilatación cervical mayor o igual a tres centímetros o ruptura espontánea de membranas (C2) (6).

Dado que la decisión de la admisión es crítica, el examen clínico debe ser practicado siempre por un médico capacitado. Si la conclusión es que la gestante no se encuentra en trabajo de parto, es preciso evaluar las condiciones de accesibilidad de las mujeres al servicio y en consecuencia, indicar deambulacion y un nuevo examen, en un periodo no superior a dos horas o según el criterio médico..." (fl. 694-719)

- Nuevamente la ESE Santiago de Tunja, con oficio del 27 de septiembre de 2017, informó que en los archivos de la institución no se encontró Historia Clínica de la Señora María Berenice Avila (fl. 783).

ii) Fondo del asunto

Es necesario iniciar el análisis con una primera evidencia relevante que reflejan las pruebas aportadas al expediente, la cual también es la razón de la parte demandante para endilgarle la responsabilidad a la entidad demandada, y es que la atención prestada a la gestante María Berenice Ávila por parte del Hospital San Rafael de Tunja, lo fue por remisión que hiciera el **puesto de salud No. 1 de la ESE Santiago de Tunja**. Así quedó referido en el motivo de consulta "MC" de la historia clínica emitida con fecha de ingreso el 6 de junio de 2003.

Aunado a lo anterior, se observa en la primera fase del diligenciamiento de la Historia clínica, específicamente en los antecedentes, además de la remisión, se valoró la ecografía obstétrica realizada el 29 de abril de 2003 donde se consignó como edad gestacional **35 semanas y 6 días por ecografía**. Sin embargo, los antecedentes no hicieron referencia a las demás observaciones plasmadas por el médico que remitió, dejando tan solo como idx: "*trabajo de parto periodo de dilatación y borramiento fase latente, embarazo de 41 semanas por FUR y 40 semanas por eco*" **estableciéndose como plan, la salida de la paciente con nueva valoración, y recomendaciones generales**, sin determinar la necesidad de otros exámenes, y sin que dicho plan quedará supeditado a la supervisión de médico capacitado para la atención de la gestante, en la medida de que quien registró el ingreso de urgencia fue un médico interno habilitado por convenio entre el hospital y entes universitario, pero con la obligación de que sus actividades asistenciales médicas debieran ser presentada al especialista de turno para su aprobación según la Resolución 1995 de 1996 y

por la guía de atención del parto No. 8 vigente para el año 2003 que seguía el Hospital San Rafael de Tunja.

De la atención recibida el 7 de junio de 2003, se advierte examen físico y el mismo plan anterior; nuevamente sin supervisión o aprobación de médico coordinador, o médico capacitado para atender la urgencia.

Con el tercer ingreso por urgencias de la gestante, esto fue el 8 de junio, fueron más latentes las condiciones para la atención de la señora María Berenice pues ya se observaba actividad uterina regular y borramiento del 70%, generando como plan: la hospitalización de la paciente, lo que produjo un monitoreo y posterior ecografía que refirió para el feto, óbito fetal, según historia clínica perinatal y ecografía obstétrica, disponiendo en la orden tan solo toma de muestra de sangre para hemoclasificación y salida de la madre del ente hospitalario.

De lo expuesto hasta ahora, para la instancia se consolida el **daño causado a los demandantes**, el cual se concreta en la muerte del nasciturus. Ahora bien, las consideraciones más relevante de la juez a quo para adoptar la determinación de negar las pretensiones, fueron fundadas en que no se demostró en el proceso que la gestante que hubiese tenido el control prenatal que acreditara la normalidad del proceso de gestación, asunto que propició no contar de manera confiable con la edad gestacional; además, que no estuvo acreditado la causa de la muerte del menor, cuando era carga probatoria de la parte demandante.

Pese a ello, debe destacar la Sala desde ya, que sin duda la muerte del hijo que esperaba la señora María Ávila y los demandantes para ser parte de su familia, está asociada a la inadecuada atención inicial de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, contrario al criterio plasmado en el fallo de primera instancia.

Lo anterior, por cuanto de conformidad con el material que milita en el plenario, si bien no se avizora registro completo del proceso de gestación con feto único vivo que desarrollaba para el año 2003 la señora María Berenice Ávila, no se puede ser tajante en la afirmación de que hubo AUSENCIA DE CONTROL PRENATAL, pues, sí se reporta valoración para el último trimestre del embarazo, siendo entonces **un indicio** determinante para la Sala, el cual concreta que el bebé gozaba de buena salud hasta el momento antes del parto; pero existen más razones valederas como indicios para afirmar que el bebé estaba en condiciones normales de gestación, como lo es, que dentro de los hallazgos en el partograma no se encontró ninguna enfermedad en la madre que pudiera orientar el desenlace y que la madre ingresó al servicio de urgencias en sano estado.

803

Al respecto, como en precedente se relacionó, la gestante fue atendida por la ESE Santiago de Tunja, obteniéndose de la asistencia recibida dos ecografías, la primera del 29 de abril de 2003 (fl. 15) y la segunda del 4 de junio de 2003 (referenciada a folio 17), el resultado de un cuadro hemático del 1 de abril de 2003 (fl. 30), parcial de orina del 1 de abril de 2003 (fl. 31) sin observación alguna, y un examen de coombs indirecto del 10 de abril de 2003 (fl. 34), siendo lo más relevante y certero del estado del feto y la madre el registro del médico realizado el 5 de junio de 2003 (fl. 17), al ser el último informe de la historia clínica de la ESE Santiago de Tunja dentro de la etapa de gestación con embarazo a término de 41 semanas por ecografía y en condiciones normales de la gestión pero que eran apremiantes para el momento del parto, pues se presentaban factores de riesgos que ameritaban una asistencia especial para el momento del parto.

Llama la atención de la Sala que la ESE Santiago de Tunja no atendió el deber de custodia y cuidado de la Historia Clínica de la señora María Berenice en su fase prenatal, o por lo menos del último trimestre de gestación, habida cuenta que existe certeza en el proceso que fue atendida en el puesto de salud No. 1 de Tunja, y a pesar de haberse aportado las evidencias de su atención fue obstinado en afirmar que no reposaba información en la base de datos de la entidad, situación adicional que infiere un indicio a favor de los hechos alegados por la demandante, cuando afirma que el desarrollo de su embarazo, estuvo dentro de los términos de normalidad.

Cabe recordar al respecto, que el incumplimiento de los deberes de conservación y custodia de la historia clínica generan un significativo y flagrante desconocimiento de la ley y de los reglamentos que regulan la materia, lo que se traduce en un indicio, que debía ser desvirtuado por la entidad demandada²².

Concordante con lo anterior, **sin duda la señora María Berenice Ávila fue remitida bajo condiciones o factores presentados en el momento de parto o momento a término de su embarazo**, habida cuenta que requería que la asistencia médica fuera prestada en un centro de mayor nivel de atención; de manera que, cuando la gestante fue admitida al servicio de urgencias en el Hospital San Rafael de Tunja, por ser entidad hospitalaria del nivel requerido para el parto, se encontraba con diversos factores de riesgo que no fueron considerados al momento de su primera ni de su segunda valoración, como son: **i) Gran multiparta (más de cuatro partos), ii) edad gestacional no confiable o no confirmada, iii) edad gestacional prolongado, y iv) inicio tardío del control prenatal**, todo esto, según la guía

²² sentencia del Consejo de Estado del 27 de abril de 2006, exp 15261

No. 8 de atención de parto que seguía para el año 2003 el ente hospitalario (fl. 694-716).

Así las cosas, la praxis realizada por el personal que recepcionó la urgencia conforme con las actividades, procedimientos e intervenciones para la asistencia de la gestante no fueron los adecuados, pues de la historia clínica, de la remisión o del interrogatorio a la usuaria se debía concretar la hospitalización de acuerdo a las situaciones especiales en los servicios de urgencia (guía No. 8 numeral 10.1, fl 701), pero además, el examen clínico debía ser practicado por un médico capacitado, lo cual se echa de menos en el *sub examine*, fue palmario que el ingreso a urgencias los días 6 y 7 de junio fueron atendidos por médicos internos, quienes se reitera, si bien podían conforme con el convenio vigente con el ente hospitalario realizar dicha práctica, los diagnósticos y determinación en atención de partos debían estar siempre supervisadas por un médico coordinador, capacitado para atender la urgencia y/o especialista según las condiciones o factores determinantes de la paciente.

Lo anterior, permite colegir para la instancia, que los demandantes sufrieron **un daño** antijurídico, el cual se expresa con la muerte del hijo y hermano al momento del parto.

Ahora bien, como quiera que una de las imputaciones señaladas al fallo, es la indebida valoración probatoria del *a quo*, para determinar **el nexo causal** y comprobar las circunstancias en la prestación del servicio de salud que le permitieran un tratamiento oportuno y adecuado, tanto para la gestante como para el nacisturus, procederá la Sala a desarrollar **la causalidad**.

Sin perder de vista el análisis precedido, y el marco legal y jurisprudencial de la responsabilidad por actividad médico asistencial, la carga de acreditar el incumplimiento del contenido obligacional, esto es, la falla en el servicio, radica en principio en cabeza del demandante, quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente, a través de los medios probatorios autorizados por la ley, **sin que exista tarifa legal al respecto, reiterando que no se puede** desconocer que en materia de atención ginecobstetricia, es procedente **la valoración de la prueba indiciaria**.

Lo anterior, resulta relevante para desatar el *sub lite*, en la medida que tal como lo reseñó la jurisprudencia, **no se puede restar importancia a ninguna prueba o darle mayor relevancia a otra**²³, pues no se puede desconocer, el análisis en conjunto de las pruebas y con el apoyo de la *lex artis*, entendida como la posibilidad de recurrir a la literatura médica por parte del

²³ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, 14 Sep. 2016, e63001-23-31-000-2002-01058-01(38804).

804

funcionario judicial que ha sido avalada por el reconocido tratadista, Jairo Parra Quijano, quien con autoridad en la materia, ha sostenido:

"El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.

"Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario)"²⁴ (N y SFT)

Coligiéndose que el derecho procesal y probatorio moderno, ha dejado de lado el legalismo de antaño, que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para avalar que el juez puede valerse de literatura impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico, no como un medio probatorio independiente, **sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso** y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, **redundará en una decisión más justa**²⁵.

Además, el ámbito jurisprudencial del Consejo de Estado, ha sido preciso en señalar que la **historia clínica se constituye en uno de los más importantes elementos de convicción del juez** en lo relativo a los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa al paciente y al **remitirnos a la consulta bibliográfica especializada**²⁶ y del mismo protocolo que **allegó la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, para la atención de parto, la Sala encuentra que la historia clínica diligenciada no registró las condiciones totales de salud del paciente, para que pudieran asumir un procedimiento idóneo para la usuaria, lo que refleja la falla en el servicio.

Debe resaltarse que la historia clínica es un medio de prueba para demostrar la pericia, la diligencia o la prudencia médica asistencia, con un papel definitivo en la responsabilidad médica²⁷ y en el caso en estudio, como lo soporta el dictamen pericial se evidencia la ausencia en el diligenciamiento de la historia los protocolos obligatorios en la atención de partos cuando superar la edad gestacional de las 41 semanas tal y como

²⁴ PARRA Quijano, Jairo "Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial", Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

²⁵ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁶ Prolonged Labor: Causes and Treatment. (2012, January 24). Retrieved August 13, 2014, from <http://www.webmd.com/baby/guide/prolonged-labor-causes-treatments> Simkin, P. (1991). Pregnancy, childbirth, and the newborn: The complete guide (Revised/Expanded ed.). Minnetonka, Minn.: Meadowbrook Press

²⁷ Tema de prueba en la responsabilidad médica. Alberto León Duque Osorio Biblioteca Jurídica Dike, 2014, pag 133-134

sucedía en el *sub examine*. Ahora bien, debe advertirse que el dictamen dejó en claro sus apreciaciones científicas y técnicas, pero hizo una salvedad, y es que podría cambiar la conclusión si el ente hospitalario siguiera guía distinta a la por ella considerada en la experticia; sin embargo eso no sucedió, pues la guía aportada al plenario conduce a la misma aseveración para la atención de embarazos con edad gestacional superior a 41 semanas, llegando esta instancia a la misma conclusión, no se adoptaron los parámetros exigidos para el efecto por la ciencia médica. Para el efecto, la guía No. 8 de atención de parto, indica el protocolo para gestantes de más de 41 semanas, así:

- Se debe remitir u **hospitalizar para inducción** de rutina de trabajo de parto.
- Determinar la edad gestacional por medio de la FUR o una ecografía de primer trimestre.

La Sala, al **valorar íntegra y en conjunto las pruebas**, encuentra acreditado que la atención que recibió la Señora MARÍA BERENICE ÁVILA y su hijo por nacer, no fue la adecuada, oportuna, ni pertinente, en la medida que no solo del registro clínico, sino de la *lex artis* y de los mismos protocolos de manejo allegados por la entidad, la demandante debía recibir una atención inmediata al momento de la remisión por el puesto de salud No. 1 de la ESE Santiago de Tunja, bajo una valoración por médico capacitado para la atención que se requería conforme la situación advertida en la remisión, y no como sucedió en el *sub examine*, al definirse la atención en servicio de salud como un parto normal y se enviara a la usuaria a deambular, dándosele la orden de volver tan solo cuando tuviera contracciones de cada 10 minutos, dejando pasar tres días, desde que se emitió la remisión el 5 de junio de 2003, lo que generó desafortunadamente la prolongación de la gestación y el desenlace fatal con el menor.

En consecuencia, existen elementos debidamente acreditados para determinar el nexo causal, entre el deceso del menor dentro del vientre de la madre gestante, debido de la falta de atención oportuna y la falta de atención en el diagnóstico de remisión de la Señora MARÍA BERENICE ÁVILA, lo cual requería de asistencia médica por la especialidad de ginecología, de manera constante, con el fin de vigilar el comportamiento del parto prolongado y sus factores de riesgo y así para determinar el procedimiento más adecuado y no esperar a que la usuaria tuviese contradicciones de forma natural, y llegare al desenlace ya conocido.

De otra parte, teniendo en cuenta el Decreto 1528 de 1995 y 00050 de 1996 se sabe que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, es una entidad descentralizada de categoría especial del orden Departamental, dotada

805

de personería jurídica, autónoma, administrativa y patrimonio propio (fl. 91 cuad 1), no encuentra la Sala coherente que la valoración y determinación de la admisión a hospitalización por trabajo de parto lo hubiese realizado un practicante o médico interno sin la supervisión de un médico capacitado, pues se escapó de las obligaciones legales la entidad en la situación especial del servicio de urgencia, pues la nota de remisión consignó todos los datos de la historia clínica, los resultados de los exámenes paraclínicos realizados, los informes de ecografía y la causa de la remisión, lo cual aseguraba su ingreso en el organismo de atención correspondiente.

En consecuencia, no solo se presentaron omisiones en la prestación por parte del personal tratante, sino una omisión administrativa de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, al no contar con la supervisión que exigía la guía de atención de partos y la Resolución **1995 de 1996, toda vez que la presencia del galeno en ginecología, al momento de la primera valoración,** hubiese podido aminorar algunos de los riesgos que tuvo que padecer el menor y la gestante.

Conforme al acervo destacado, las precisiones realizadas por la instancia y a las consideraciones expuestas, la Sala revocará la decisión de primera instancia en la medida que efectivamente, el daño consistente **en la pérdida** del menor hijo y hermano, en desarrollo de un embarazo en condiciones normales, le es imputable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por la falta de atención oportuna y adecuada, que conllevó a que el menor no naciera vivo, como consecuencia del parto prolongado, configurándose los elementos del juicio de responsabilidad extracontractual.

Vale la pena precisar, que dentro del plenario se vinculó a la UPTC por suscribir convenio con la entidad hospitalaria, así como se vinculó a la aseguradora la Previsora por haberse adquirido póliza para cubrir riesgos con los practicantes médicos al servicio del hospital. No obstante lo anterior, la instancia no encuentra nexo de causalidad que los haga responsables del daño causado, en la medida que si bien se concretó que la primera atención de urgencias de la señora María Berenice Avila se prestó por Claudia Zambrano y Yolima Diaz, no es claro si pertenecían en calidad de estudiantes de medicina de la UPTC, aunando a que la póliza asegura a la entidad universitaria y no al Hospital Rafael de Tunja.

Como conclusión puede afirmar la Sala que en el caso concreto, se configura la responsabilidad del Estado, lo que en consecuencia genera concretar la condena.

6. Liquidación de perjuicios

6.1. De los perjuicios Morales

Es de importancia recordar que el daño moral, entendido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación los familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida. Ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. En cuanto a los demás órdenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite. Así se estableció en sentencia de unificación²⁸:

"A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno - filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

806

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Para la tasación de este perjuicio, la Sala atenderá el referido pronunciamiento de unificación, bajo el entendido de que además de la referida presunción, se acreditaron testimonialmente las relaciones de afecto entre la víctima y su correspondiente núcleo familiar. Por ello, la indemnización a favor de cada demandante, en salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de esta sentencia, atendido el grado de parentesco acreditado para MARÍA BERENICE AVILA Y JHONSON FERNANDO MOLINA en calidad de padres de la víctima, será en cuantía de cien (100) SMLMV para cada uno, y para los menores CINDY LIZZETH CONTRERAS AVILA, ELKIN EDILSON CONTRERAS AVILA Y JHARBY DUMAR MOLINA AVILA, en calidad de hermanos la suma de cincuenta (50) SMLMV para cada uno.

6.2. De los perjuicios material

El libelo introductorio se solicitó reconocer perjuicios materiales que se llegaren a probar dentro del proceso, sin embargo, no obra prueba que logre demostrar ningún concepto para que sea reconocido.

7. DE LA CONDENA RESTAURATIVA ²⁹

7.1. DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL

Atendiendo la relevancia del asunto objeto en Litis, la Sala trae a colación lo señalado por el Consejo de Estado, en decisión del 19 de agosto de 2009, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Sección Tercera, con Ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01 (18364), de la cual se extraen los siguientes apartes:

"(...)

En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformado in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con

²⁹ Criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 28 de febrero de 2018 expediente no. 15000-23-31-000-2008-00235-01 MP Oscar Alfonso Granados Naranjo y que se adopta en esta providencia

los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rosada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado (...)"

Destaca la Sala que de manera previa, ya la Sub-sección C del Consejo de Estado, había considerado:

"En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenderían por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio"³⁰.

De igual manera, se destaca que cuando se evidencie vulneración de derechos fundamentales del menor, de la familia, ateniendo las condiciones especiales del caso en particular, se **dispondrá de una condena adicional y autónoma**, siguiendo el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia³¹ de 12 de febrero de 2014, en la que se resolvió en sede de segunda instancia un caso de falla médica obstétrica, en donde no se reclamaron perjuicios por dichos conceptos, bajo los siguientes argumentos:

"Adicionalmente, teniendo en cuenta que se desconoce a todas luces las razones por las cuales no se remitió a la menor a un centro de IV nivel de complejidad, no solo constituye una deficiente prestación del servicio médico sino que también atenta y vulnera los derechos del menor, reconocidos constitucionalmente como lo consagra la Carta Política en el artículo 44, al preceptuar que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo la necesidad de buscar en todo momento el mayor

³⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 8 de junio de 2011, Exp.19972; de 7 de junio de 2011, Exp.19973.

³¹ Consejo de Estado- Sección Tercera- Consejo. Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA -radicado 66001-23-31-000-2006-00672-01(40802).

807

beneficio para el menor, para que no se vulneren derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, y como lo consagran las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como, la Convención Americana de Derechos Humanos³² y la Convención de las Naciones Unidas³³, específicamente frente a los derechos del niño, enmarcándose la presente providencia en el ámbito del control de convencionalidad³⁴ que le corresponde aplicar a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana³⁵. (...)"

Al tenor de la jurisprudencia reseñada, no puede desconocer la Sala que el **derecho a la familia, integra el respeto por la vida** de cada uno de sus integrantes, por lo que desde el plano normativo nacional, como

³² Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 63: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

³³ Convención de las Naciones Unidas Artículo 6: 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 24: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

³⁴ "La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera, que permite sostener, la existencia dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero "garantismo constitucional", de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lasos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección". SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado", BREWER CARÍAS, Allan R. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

³⁵ Reiteración de sentencia de 26 de septiembre de 2013, expediente: 38928.

internacional, está protegido al tenor del artículo 42³⁶ y 44³⁷ constitucional y previamente protegido por el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, refiriéndose a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad", asignándole a los Estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle.

El anterior análisis, parte del contenido de los **instrumentos internacionales**, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16³⁸), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23³⁹), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10⁴⁰) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17⁴¹); así como el derecho al libre desarrollo de la

³⁶ La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...). La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la procreación responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil (...).

³⁷ Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

³⁸ 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

³⁹ 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

⁴⁰ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo o sueldo de mano de obra infantil.

⁴¹ 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de

personalidad, consagrado no solo en el artículo 16⁴² Superior sino también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1^o⁴³), los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano.

En virtud de lo anterior, como desconocer la **protección integral de que es objeto la institución familiar**, cualquiera que sea la forma que ella adopte, recogida y prodigada por la Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos⁴⁴.

Concordante con lo anterior, la Sala retoma los planteamientos de la sentencia de **unificación**⁴⁵ del 28 de agosto de 2014, respecto de las medidas restaurativas que deben adoptarse en los casos de falla médica obstétrica como el presente, puntualizó:

"(...)

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 1º 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".

disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁴² Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

⁴³ Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

⁴⁴ Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

⁴⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez. Demandado: Hospital San Vicente de Paul de Loricay otro. Referencia: Apelación Sentencia - Acción de Reparación Directa.

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, reprobando 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. (...) 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 lo anterior, hay que 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.

(...)"

De acuerdo con lo expuesto, la Sala, considera necesario examinar la eficacia del derecho a la reparación integral, por afectación directa a la mujer, a los menores y a la familia en general, que valida la posibilidad de ordenar medidas de reparación no pecuniarias, para procurar que se deje indemne, o lo más cercano a las víctimas o demandantes.

La Sala dando continuidad al marco considerativo, legal y jurisprudencial reseñado en precedencia y retomando criterios de esta Corporación⁴⁶, reconoce para el caso en concreto la indispensable afirmación de la eficacia del derecho a la reparación integral (reconocido convencionalmente en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷, en la Carta Política y en el artículo 16 de la ley 446 de 1998), por lo que ordenará medidas de satisfacción singular, como decisión autónoma, que no afecta el principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "*restitutio in integrum*".

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del *sub judice*, que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda que se encuentra dentro de los eventos destacados en las jurisprudencias en cita, en la medida que se corroboró la negligencia médica tanto en la prestación del servicio brindado a la Señora MARÍA BERENICE ÁVILA, como al menor en gestación, que no solo tuvo que padecer la indebida atención de la gestante, por prolongación en el trabajo de parto que generó la muerte del menor.

Cómo pasar por alto, la cadena de errores a nivel asistencial, como administrativos en la prestación del servicio brindado en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por los diferentes profesionales en salud, desde la vulneración de los derechos de la gestante a recibir una atención eficaz e inmediata por la patología registrada en la remisión, como la vulneración de los derechos de género a la gestante, que configura una violencia gineco- obstétrica.

Para la Sala, es claro que no se brindó un acompañamiento constante y monitoreo especializado respecto del avance en el trabajo de parto, encontrándose registrado en el historial clínica, las veces que le fue

⁴⁶ Ponencia de la Magistrada CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, dentro de los radicados: 15001-3333-005-2012-00117-01, 15001-3331-007-2006-00041-01 y 15693-3331-002-2008-00307-01.

⁴⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile (sentencia de 24 de febrero de 2012), establece el alcance de la reparación integral y de las medidas de reparación no pecuniarias: "(...) 241. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados (Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota, párr. 26 y Caso Fonteviechia y D'Amico, *supra* nota 28, párr. 98). Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados (Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripón, *supra* nota, párr. 294 y Caso Barbani Duarte y otros, *supra* nota 91, párr. 240)".

ordenado caminar o deambular, que se configura en una medida abusiva frente a la condición en la que se encontraba la Señora MARÍA BERENICE ÁVILA.

Aunado, es evidente que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, omitió las obligaciones de supervisión de los practicantes que recibieron la atención de urgencia, esperando a que naturalmente el cuerpo de la gestante reaccionara sin que se logrará para entonces asistir adecuadamente al menor para salvaguardar su vida.

En virtud de lo anterior, la Sala, por aplicaciones de los postulados convencionales nacionales e internacionales y los criterios jurisprudenciales, considera pertinente **incluir** en la condena, la **adopción de medidas restaurativas**, que se concretan de la siguiente manera:

1. Celebración de ceremonia pública en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, con la presencia del Personero Municipal de la localidad y el Director de Prestación de Servicio de Salud de la Secretaría de Salud de Boyacá, donde le sea ofrecida excusas a los demandantes, la cual deberá tener lugar dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia bajo el consentimiento de las víctimas;
2. La publicación de esta sentencia en la página web de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.
3. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia al Tribunal de Ética Médica Seccional Boyacá o quien haga sus veces para que se realice la investigación disciplinaria pertinente a los médicos internos que intervinieron en la atención de la señora MARIA BERENICE AVILA y su menor hijo, entre el 6 Y 8 de junio de 2003, en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, atendiendo la competencia de conformidad a la **Ley 23 de 1981**, artículos 74 y s.s.
4. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia, a la Alta Consejería para la Equidad de Género para que haga parte de las providencias a tener en cuenta para la política de optimización en la prestación del servicio gineco-obstetra 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.
5. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia a la Secretaría de Salud de Boyacá, para que adelante en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en virtud de la competencia

determinada en el artículo 118 de la Ley 1438 de 2011, concordante con los Decretos 1011 de 2006, subrogado por el Decreto 780 de 2016 y la Resolución 2145 del 20 de noviembre de 2017⁴⁸, el proceso investigativo y sancionatorio, con el fin de verificar el cumplimiento de los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013⁴⁹ y 00002003⁵⁰ de 2014.

6. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia, a la Superintendencia de Salud, para que adelante en virtud de la competencia determinada en el artículo 128, del procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1438 de 2011, concordante con la Resolución No. 3140 de 2011.

Concordante y como medidas de **NO repetición**, la Sala ordenará:

1. A la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en compañía de la Secretaria de Salud Departamental y la Personería Municipal, adoptar una política contundente, tendiente a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y al recién nacido, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el *sub lite*.

2. Socializar la presente sentencia a todos los profesionales y practicantes médicos de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, de la cual se tendrá un registro en acta, con el fin de diseñar con la dependencia de calidad de la entidad un mapa de procesos en la prestación del servicio de ginecología, a través de los criterios de pertinencia y oportunidad de acuerdo a los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013 y 00002003 de 2014.

7. CONCLUSIÓN

En síntesis, la Sala encuentra acreditada la existencia de una falla en la prestación del servicio de salud, imputable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en atención al informe avizorado de la historia clínica, de los protocolos de atención y de la *lex artis*, que permitieron colegir que la atención que recibió la Señora MARÍA BERENICE ÁVILA y su hijo por nacer, no fue la adecuada, oportuna, ni pertinente, en la medida que la

⁴⁸ Por medio de la cual se adopta la tabla de sanciones para los procesos administrativos sancionatorios por infracción de las normas de habilitación.

⁴⁹ Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones.

⁵⁰ Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud.

demandante debía recibir una atención inmediata y prioritaria conforme con las causas de la remisión desde el 6 de junio de 2003 que debieron ser verificadas conforme los protocolos médicos de atención de parto por un médico capacitado para el efecto y no luego de tres días, lo que conllevó a un **parto prolongado**, con consecuencias nefastas del recién nacido.

De igual manera, para la Sala, es evidente la vulneración a los derechos de la Señora MARÍA BERENICE ÁVILA y de su núcleo familiar, que al tenor de las medidas de reparación integral, desde la perspectiva de género, medidas de no repetición, disposiciones convencionales nacionales e internacional, deben ser declaradas como una decisión autónoma.

- DE LAS COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Por otro lado, no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de sus derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

III.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 22 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia, y en su lugar se dispone:

"PRIMERO: DECLARAR al **HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** responsable administrativa y extracontractualmente por la falla en el servicio que ocasionó la muerte del hijo y hermano de los demandantes el día 8 de junio de 2003 debido a la inoportuna e ineficiente prestación de lo servicio médico asistencial en la atención del trabajo de parto de la señora María Berenice Ávila, por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia,

SEGUNDO: CONDENAR a la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

- A favor de MARÍA BERENICE ÁVILA SANABRIA Y JHONSON FERNANDO MOLINA CASTRO en calidad de padres del bebe fallecido la suma de **cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos**, por lo expuesto en la parte motiva.
- A favor de CINDY LYZZSET CONTRERAS ÁVILA, ELKIN EDILSON CONTRERAS ÁVILA, Y JHABY DUMAR MOLINA ÁVILA en condición de

hermanos del bebe fallecido, la suma de **cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos**, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en la modalidad de **medidas restaurativas**, que se concretan de la siguiente manera a:

1. Celebración de ceremonia pública en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, con la presencia del Personero Municipal de la localidad y el Director de Prestación de Servicio de Salud de la Secretaría de Salud de Boyacá, donde le sea ofrecida excusas a los demandantes, la cual deberá tener lugar dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia bajo el consentimiento de las víctimas;

2. La publicación de esta sentencia en la página web de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

3. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia al Tribunal de Ética Médica Seccional Boyacá o quien haga sus veces para que se realice la investigación disciplinaria pertinente a los médicos internos que intervinieron en la atención de la señora MARÍA BERENICE ÁVILA y su menor hijo, entre el 6 Y 8 de junio de 2003, en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, atendiendo la competencia de conformidad a la **Ley 23 de 1981**, artículos 74 y s.s.

4. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia, a la Alta Consejería para la Equidad de Género para que haga parte de las providencias a tener en cuenta para la política de optimización en la prestación del servicio gineco-obstetra 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.

5. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia a la Secretaría de Salud de Boyacá, para que adelante en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en virtud de la competencia determinada en el artículo 118 de la Ley 1438 de 2011, concordante con los Decretos 1011 de 2006, subrogado por el Decreto 780 de 2016 y la Resolución 2145 del 20 de noviembre de 2017⁵¹, el proceso investigativo y sancionatorio, con el fin de verificar el cumplimiento de los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013⁵² y 00002003⁵³ de 2014.

6. Por Secretaría de la Corporación, remitir copia de esta sentencia, a la Superintendencia de Salud, para que adelante en

⁵¹ Por medio de la cual se adopta la tabla de sanciones para los procesos administrativos sancionatorios por infracción de las normas de habilitación.

⁵² Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones.

⁵³ Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud

virtud de la competencia determinada en el artículo 128, del procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1438 de 2011, concordante con la Resolución No. 3140 de 2011.

CUARTO: "CONDENAR a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en la modalidad de **medidas de no repetición**, a:

1. A la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en compañía de la Secretaria de Salud Departamental y la Personaría Municipal, adoptar una política contundente, tendiente a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y al recién nacido, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite.

2. Socializar la presente sentencia a todos los profesionales y practicantes médicos de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, de la cual se tendrá un registro en acta, con el fin de diseñar con la dependencia de calidad de la entidad un mapa de procesos en la prestación del servicio de ginecología, a través de los criterios de pertinencia y oportunidad de acuerdo a los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013 y 00002003 de 2014.


SEGUNDO: NIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.


TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.


CUARTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, remítase el expediente a la oficina de reparto del centro administrativo de Tunja, para que sea sometido al respectivo reparto entre los juzgados del Circuito de Tunja, como quiera que el Juzgado de origen fue trasladado a la ciudad de Duitama. Déjense las anotaciones que sean del caso.

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ-RIVEROS
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Reparación Directa
Rad. No. 15002331000200501725-02
Accionante: María Berenice Ávila y otros
Accionado: Hospital San Rafael de Tunja

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA

NOTIFICACION POR ESTADO

Este medio de control no notifica por estado

No 54 de abril 2, ABR 2018

EL SECRETARIO