

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA-Vulneración por defecto fáctico en la valoración de las pruebas y no tasar perjuicios inmateriales diferentes al daño moral

Las fallas advertidas en la tardanza en remitir a la paciente a un centro de salud de mayor nivel y la omisión del deber legal de practicar la necropsia como elemento de veracidad son más que suficientes para establecer que en el presente caso efectivamente se dejaron de valorar elementos probatorios en el proceso de reparación directa iniciado por la accionante.

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración por exceso ritual manifiesto al excluir de la indemnización a menor de edad (hermana de la fallecida), por omisión en las pretensiones de la demanda

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO-Jurisprudencia constitucional

## TASACION DE PERJUICIOS MORALES-Jurisprudencia del Consejo de Estado

De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, el juez debe tasar estos perjuicios con base en la facultad discrecional (*arbitrium judicis*) que le es propia. Dicha competencia se rige por los siguientes parámetros: “a) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación (...) mas no de restitución ni de reparación; b) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; c) la determinación del monto se sustenta en los medios probatorios que obran en el proceso, y relacionados con las características del perjuicio; y d) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad”.

## RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACION DE DAÑO INMATERIAL POR AFECTACION DE BIENES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS (NO PERJUICIO MORAL)-Jurisprudencia del Consejo de Estado

La corporación de lo contencioso administrativo abandonó la denominación de “daño a la vida de relación” y se refirió al perjuicio por alteración grave de las condiciones de existencia al argumentar que cuando se trate de lesiones que producen alteraciones físicas que, a su vez, afecten la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a lo causado por el perjuicio moral. En todo caso, se debe entender que el perjuicio por alteración grave de las condiciones de existencia no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, pues se extiende a todas las situaciones que alteren de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas.

## RESPONSABILIDAD MEDICA-Régimen de imputación y falla en el servicio de la actividad médica

La responsabilidad médica se debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por el régimen de responsabilidad objetiva.

## RESPONSABILIDAD MEDICA-Pérdida de oportunidad/RESPONSABILIDAD MEDICA-Error de diagnóstico

### HISTORIA CLINICA-Naturaleza y características

La historia clínica es un documento privado en el que se detalla el proceso gradual o escalonado de la información básica sobre las razones por las cuales se consulta o se acude al servicio médico y se consigan los síntomas que reporta el paciente y que logre apreciar el médico. De la interpretación de ese conjunto de signos y síntomas, el médico tratante debe especificar la metodología empleada para la valoración de esas expresiones y proferir un diagnóstico con fundamento en la *lex artis ad hoc*. Finalmente, se debe registrar el tratamiento o procedimiento ordenado, la verificación de la evolución del paciente, y las recomendaciones profilácticas.

## DENEGACION ARBITRARIA DEL SERVICIO DE SALUD O NEGLIGENCIA MEDICA-Daño antijurídico autónomo susceptible de indemnización

La negligencia médica puede ser entendida como causa de un daño como la muerte, pero

también como un daño autónomo. En efecto, la garantía constitucional de la salud no tiene tanto por objeto el resultado de la preservación del bienestar físico o la evitación de la muerte sino, ante todo, de la prestación del servicio, según los mejores estándares disponibles, y de acuerdo con la dignidad humana. En este sentido, actos como la negligencia médica o la denegación arbitraria del servicio, constituyen, en sí mismos, daños antijurídicos, susceptibles de indemnización, con independencia de su relación de causalidad con otros daños.

## INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES- Jurisprudencia constitucional/INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Triple dimensión

“(i) derecho sustantivo a que su interés superior sea una consideración primordial a evaluarse e incidir en la decisión a adoptar, de aplicación inmediata e invocación directa ante los tribunales; (ii) principio jurídico interpretativo, en virtud del cual ante la posibilidad de más de una interpretación sobre una disposición debe preferirse la que satisfaga tal exigencia; y, (iii) como norma de procedimiento, en virtud de la cual en todo caso en el que se encuentre de por medio los intereses de un menor deben estimarse las repercusiones de la solución. La justificación de la decisión del funcionario respectivo, finalmente, debe evidenciar que se ha respetado el interés superior del niño”.

Referencia: Expediente T-7.629.536

Acción de tutela instaurada por Mariela Cuellar Carvajal contra el Tribunal Administrativo del Caquetá.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones proferidas en primera instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado el once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019) y en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado el diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), en el proceso de tutela de la referencia.

La acción de amparo fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de la Corte Constitucional<sup>1</sup> mediante Auto proferido el treinta (30) de octubre

de dos mil diecinueve (2019), notificado por estado el trece (13) de noviembre de la misma anualidad.

## I. ANTECEDENTES

El 21 de febrero de 2019 la señora Mariela Cuellar Carvajal en nombre propio formuló acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Caquetá por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

### 1. La demanda

1.1. El 22 de febrero de 2007 la señora Mariela Cuellar Carvajal y otros, presentaron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional para que fuera declarada su responsabilidad administrativa y patrimonial por el fallecimiento de Diana Andrea Rocha Cuellar, hija de la accionante, como consecuencia de una falla médica por error de diagnóstico, atribuible al Dispensario No. 12 del Ejército Nacional en Florencia, Caquetá.

Al respecto, la demandante refiere que “en la atención médica brindada a la menor, DIANA ANDREA ROCHA CUELLAR, de 15 años de edad, en el DISPENSARIO No. 12 DEL EJÉRCITO NACIONAL EN FLORENCIA, CAQUETÁ, los días 26 y 27 de Septiembre de 2006, se incurrió en falla del servicio médico, que causó la muerte de la menor”<sup>2</sup>.

1.2. La demanda fue decidida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial de Florencia, Caquetá, mediante fallo del 28 de junio de 2013. En la referida providencia se declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los daños causados con la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar,

condenando a los demandados al pago de perjuicios morales a favor de los demandantes legítimos.

La accionante afirma que el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial de Florencia, Caquetá, declaró la responsabilidad “con base en la renuencia a suministrar la Historia Clínica por parte del Dispensario y... en la falta de oportunidad y manejo de la sintomatología, así como la extemporaneidad en la remisión por parte del personal médico del Dispensario No. 12, en la primera valoración efectuada a la menor, que desencadenó su posterior aumento y compromiso de su estado, contraviniendo el protocolo de manejo y en general los conocimientos que la ciencia médica han determinado”<sup>3</sup>.

1.3. Contra la decisión del 28 de junio de 2013 ambas partes procesales interpusieron el recurso de apelación. En el caso particular de la accionante, solicitó que se modificara la sentencia apelada con el fin de:

i) Se reconozcan los perjuicios por daño a la vida de relación al argumentar que “las condiciones de vida han cambiado al interior del hogar desde el momento en que Diana Cuellar perdió su vida, afectando el mundo exterior de los demandantes en cuanto se deriva una modificación negativa de su entorno”.

ii) Se incluya a Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar en la condena por daño moral y daño a la vida de relación, por cuanto el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial de Florencia, Caquetá, consideró que no existía solicitud de reconocimiento a su favor; sin embargo, la demandante alega que durante el proceso de reparación directa “actuaba en nombre propio y en nombre de la menor Virginia Rocha en su calidad de hermana de la occisa por esta razón se debían reconocer los perjuicios causados”.

iii) Se reconozca la legitimación por activa para actuar dentro del proceso de reparación directa de los señores María Oliva Romero Cuellar, Amelia, Olga, Maida, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal y se acceda a la respectiva indemnización solicitada de acuerdo a las circunstancias especiales que impidieron allegar la prueba documental que acredita el parentesco de los referidos ciudadanos con la menor fallecida.

Para argumentar la pretensión anterior, la accionante indicó que “el lugar donde se expiden dichos documentos (Norcasia) es un lugar marcado por la presencia de grupos al margen de la ley quienes autorizan la entrada y salida del corregimiento y debido a que la familia tuvo que salir como consecuencia de las amenazas que se materializaron con la muerte de un familiar, por tal razón afirma que dicho lugar es una “situación riesgosa” para los demandantes”.

No obstante, el proceso fue resuelto en segunda instancia por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá<sup>4</sup>, autoridad judicial que revocó la decisión de primera instancia con base en el fallo proferido por el Tribunal de Ética Médica y el informe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ejército Nacional y negó las pretensiones de la demanda.

La peticionaria sostiene que de los documentos referidos el juez de segunda instancia “dedujo que la atención que prestó la Doctora INELIA URUETA GONZÁLEZ, médica rural, a la menor en los días 26 y 27 de septiembre de 2006, fue adecuada e idónea, de acuerdo a las patologías que padecía y conforme a la Lex artis médica<sup>5</sup>”.

Seguidamente, la señora Mariela Cuellar Carvajal informa que para la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá no existió certeza de la causa de la muerte de su hija, pues no se realizó necropsia, ni se solicitó dictamen pericial. En esa medida, el referido Tribunal concluyó que “no existe prueba que determine la relación del nexo causal entre la muerte de la menor y el actuar de la médico rural, teniendo en cuenta que la Historia Clínica,



no da certeza de que el 26 de Septiembre de 2006, se hubiera incurrido en una mala praxis al haberse equivocado en el diagnóstico y que al día siguiente, se hubiera presentado demora excesiva e injustificada en la remisión a la Clínica de mayor nivel de atención”6.

1.4. La sentencia proferida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017 fue notificada a la accionante el 14 de marzo de 2018, y el 21 de marzo de esa anualidad la peticionaria presentó recurso de casación el cual fue negado y, posteriormente, formuló recurso de queja; sin embargo, el Tribunal confirmó su decisión. Por lo anterior, el 5 de septiembre de 2018 el expediente se remitió al juzgado de origen, autoridad que, en auto del 30 de octubre de 2018, ordenó obedecer lo resuelto por su superior inmediato.

1.5. En el escrito tutelar se indica que la accionante, madre de la menor fallecida, entró en depresión debido a la decisión proferida en segunda instancia por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá y no quiso saber nada más del asunto.

No obstante, con el fin de presentar la acción de amparo de la referencia, entre noviembre y diciembre de 2018, la actora solicitó copias simples de algunas piezas procesales al juez de primera instancia en el proceso de reparación directa y requirió al Consejo Superior de la Judicatura para que le informara “contra que entidad judicial debía presentar la Acción de Tutela, en vista que la SALA TRANSITORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, para esa data ya no funcionaba”7, recibiendo respuesta el 21 de enero de 2019.

1.6. El 21 de febrero de 2019 la señora Mariela Cuellar Carvajal, mediante apoderada judicial, formuló la acción de tutela de la referencia en contra de la providencia judicial proferida por la Sala Transitoria (hoy extinta) del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017 al alegar defecto fáctico por “indebida interpretación de los instrumentos de convicción y la omisión de la debida valoración frente a otros medios probatorios, haciendo

que el contenido de la prueba se desfigure, provocando las presuntas violaciones de los Derechos Fundamentales que se invocan aquí”<sup>8</sup>. Para sustentar lo anterior, en la tutela se expone lo siguiente:

“la Historia Clínica del Dispensario No. 12, que obra en las diligencias, no cumple con las exigencias dadas para su elaboración, se encuentra incompleta, a tal punto que no se puede esclarecer el panorama asistencial del día 26 de Septiembre de 2006; no existen órdenes de exámenes, ni los exámenes para conocer su resultado, no se aprecia diagnóstico, la fórmula médica para el tratamiento de la paciente, ni de los procedimientos realizados en ese día, no se sabe la hora en que se dio su alta y no fue firmada por el médico tratante.

(...)

“La SALA TRANSITORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, consolidó sus conclusiones en la decisión del TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, pilar que confrontado con la Historia Clínica que obra en las diligencias dan cuenta del error en que se incurrió, como se demostrará a continuación:

En las anotaciones que realiza el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, se aprecia una Historia Clínica, que presuntivamente está completa, sin embargo, se halla el siguientes registro: “29-09-06 15:15 la paciente persiste con hipotensión marcada, Ahora P.A. 60/30. Se remite a Clínica Salucoop (sic) para valoración urgente por Medicina interna folio 21 y 22”. La anterior anotación, es desvirtuada, así:

1.- La hoja de remisión a EMCOSALUD, señala que la paciente fue trasladada a la CLÍNICA SALUCOOP (sic), el día 27 de Septiembre de 2006.

2.- El fallecimiento de la menor ocurrió el día 28 de Septiembre de 2006 a las 8.15 de la mañana, como se aprecia en el Certificado de Defunción.

3.- Historia Clínica de EMCOSALUD, señala que la menor fue ingresada el día 28 de Septiembre de 2006 a las 4 a.m. y que este mismo día falleció, a las 8.15 a.m. por FALLA ORGANICA MULTIPLE, CHOQUE SÉPTICO DE ORIGEN A DETERMINAR: URINARIO

Es evidente que el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, dio por cierto que la Historia Clínica arrimada a ese procedimiento, correspondía a las atenciones médicas efectivamente realizadas a la menor, quedando claro que sus registros señalaban un proceso, acorde con los protocolos médicos para la atención primaria; por ello, las conclusiones a que arribó dicho Tribunal, razonamientos que la OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DEL EJERCITO NACIONAL acogió sin prevenciones.

Salta de bulto, que la atención médica del día 29 de septiembre de 2006, anotada en la Historia Clínica, es falsa, y este hecho pasó inadvertido al Juez de Alzada.

Bastaba, realizar la confrontación de las anotaciones que se aprecian en el fallo del TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, con los registros de la Historia clínica de la menor, que aparecen como pruebas en las diligencias, para que se hubiera adoptado otra posición por parte del Juez Colegiado, acorde con la realidad del proceso”9.

1.7. Finalmente, en el escrito de tutela se afirma que la falla del servicio en la prestación médico asistencial a la menor y su nexo casual, se estableció con:

“1.- Historia Clínica incompleta, que no cumple con las exigencias de la Ley 23 de 1981.

2.- Ocultamiento de la Historia Clínica por parte del Dispensario No. 12 del Ejército Nacional.

3.- La existencia de incongruencias entre los datos de la Historia Clínica y del Dispensario No. 12, con la información que arroja la Hoja de Remisión de a (sic) EMCOSALUD, que señala un cuadro clínico crítico, que ameritaba la remisión urgente a una entidad de salud, con mejores condiciones técnicas y científicas para el manejo asistencial de la patología.

4.- El Cuadro Clínico de Ingreso, el día 27 de Septiembre de 2006 al Dispensario y el estado crítico presentado por la menor al momento de ingresar a la CLÍNICA SALUCOOP (sic), infirieron la existencia de una demora en la presentación integral del servicio de salud a la menor.

5.- La falta de diagnóstico.

6.- Atención de la menor por medio médico rural”.

Por lo anterior, la accionante solicitó (i) “se tutelen los derechos aquí invocados”; (ii) dejar sin efecto la Sentencia proferida el 20 de Noviembre de 2017, por la SALA DE (sic) TRANSITORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, Magistrada Ponente, Doctora MARÍA ANTONIETA REY GUALDRÓN”; y (iii) Ordenar al TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ, dictar nueva sentencia (...). ”.

## 2. Contestación de la demanda

Mediante Auto del 22 de febrero de 2019 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó correr traslado a los magistrados del Tribunal Administrativo del Caquetá para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

Asimismo, ordenó la vinculación al trámite tutelar de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional como parte demandada en el proceso ordinario y a las señoras Gladys Ríos Osorio y Leader Johanna Sánchez, quienes actuaron como llamadas en garantía en la acción de reparación directa, para que se pronunciaran sobre los hechos que dieron origen a la acción de amparo. Asimismo, se ordenó la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 610 del Código General del Proceso.

En cumplimiento de lo ordenado en la citada providencia, se recibió la siguiente respuesta:

### 2.1. Ministerio de Defensa Nacional

La Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional, mediante escrito del 1 de marzo de 2019<sup>10</sup>, se refirió a los hechos y pretensiones y solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Luego de realizar una breve consideración sobre las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial establecidas en la Sentencia

C-590 de 2005, la cartera ministerial interviniente manifestó que en el presente caso no se evidencia el cumplimiento del requisito general de inmediatez.

El Ministerio de Defensa Nacional indicó que la accionante excedió el término de seis meses considerado por el Consejo de Estado como el prudente para atacar decisiones judiciales, pues la notificación de la sentencia que se reprocha se efectuó el 14 de marzo de 2017, teniendo así como fecha final el 15 de septiembre de 2018. En ese sentido, afirmó que la radicación de la acción de tutela “no se hizo en esa fecha, sino mucho tiempo después, siendo en términos finales, extemporánea, y por lo tanto causal de improcedencia de la presente acción, por tener una inactividad injustificada de mas (sic) de CUATRO MESES”<sup>11</sup>.

La Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa argumentó que la presente acción de tutela es improcedente pues las razones que manifestó la accionante para justificar su inactividad hacen referencia a trámites que no se consideran indispensables, por lo que procedía la formulación de la tutela sin el agotamiento de los mismos.

Finalmente, el ministerio interviniente concluyó que al no existir nexo causal entre la inactividad y la vulneración alegada, la tutela debe ser declarada improcedente.

### 3. Pruebas obrantes en el expediente

i) Copia de la demanda de reparación directa presentada por la apoderada judicial de la accionante y otros en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional<sup>12</sup>.

ii) Copia de la decisión proferida por el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, dentro del proceso ético disciplinario No. 2190 del 12 de abril de 2011, promovido por el Ministerio de Defensa Nacional en contra de la médica Inelia Urueta González<sup>13</sup>.

iii) Copia de la decisión adoptada en primera instancia por la Oficina de Control Disciplinario Interno No. 1925 de 2007 en contra de la médica rural Inelia Urueta González y la enfermera Sandra Helena Rendón Castañeda<sup>14</sup>.

iv) Copia de la historia clínica de Diana Andrea Rocha Cuellar, aportada por el Dispensario Central de la Décima Segunda Brigada del Ejército Nacional<sup>15</sup>.

v) Copia de la historia clínica de Diana Andrea Rocha Cuellar, aportada por EMCOSALUD<sup>16</sup>.

vi) Copia de la remisión de Diana Andrea Rocha Cuellar, aportada por SALUDCOOP<sup>17</sup>.

vii) Copia de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, el 28 de junio de 2013, dentro del proceso de reparación directa promovido por Mariela Cuellar y otros en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

viii) Copia del fallo proferido en segunda instancia por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017, dentro del proceso de reparación directa promovido por Mariela Cuellar y otros en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional<sup>18</sup>.

ix) Copia de la formulación de alegatos de conclusión presentada por la Procuraduría 71 Judicial Administrativo, dentro del proceso de reparación directa promovido por Mariela

Cuellar y otros en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional<sup>19</sup>.

x) Copia del registro civil de defunción de Diana Andrea Rocha Cuellar<sup>20</sup>.

xi) Copia de los derechos de petición formulados por la accionante ante la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y las respectivas respuesta proferidas por esa corporación de fechas 20 de diciembre de 2018 y 21 de enero de 2019<sup>21</sup>.

xii) Copia de las declaraciones extrajuicio rendidas por Olga Cuellar Carvajal y María Oliva Romero Cuellar<sup>22</sup>.

#### 4. Sentencias objeto de revisión

##### 4.1. Primera Instancia

Mediante providencia del once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019) la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela promovida por Mariela Cuellar Carvajal en contra del Tribunal Administrativo del Caquetá.

El juez de primera indicó que de la tutela formulada y de los documentos que la acompañan se observa que la actora no interpuso en un término razonable la presente acción de amparo, ni agotó en su momento los medios ordinarios de defensa judicial existentes.



El a quo afirmó que en el presente caso el término de seis meses, señalado como plazo razonable por el Consejo de Estado para la presentación de la acción de tutela contra providencia judicial, debe contabilizarse desde el día hábil siguiente a la notificación de la sentencia que puso fin al proceso ordinario, es decir, el 20 de marzo de 2018. En esa medida, concluyó que la accionante tenía hasta el 20 de septiembre de 2018 para presentar la acción de tutela contra la sentencia de segunda instancia, respecto de la cual considera se materializó la vulneración de sus derechos fundamentales.

El juez de primera instancia argumentó que el estado de depresión que sufrió la actora luego de conocer la decisión adoptada en segunda instancia<sup>23</sup> no acredita una especial condición que permita concluir que acudir a la acción de amparo en el plazo establecido por el Consejo de Estado resulte desproporcionado, y al no evidenciarse un perjuicio irremediable la solicitud de amparo no procede de manera excepcional.

Adicionalmente, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado advirtió que tampoco se cumple con el requisito de subsidiaridad al exponer que la accionante contaba con el recurso de queja, que efectivamente interpuso; sin embargo, resaltó que la demandante no realizó las gestiones correspondientes para adelantar dicho recurso, al no sufragar las expensas de las copias como lo indican los artículos 652 y siguientes del CGP.

#### 4.2. Impugnación

En oficio del 4 de junio de 2019 la señora Mariela Cuellar Carvajal, mediante apoderado judicial, presentó escrito de impugnación en el cual solicitó que se revocara la decisión adoptada en primera instancia, se tutelaran sus derechos fundamentales y se ordenara

“rehacer la Sentencia, luego de un juicioso examen de la prueba”<sup>24</sup>.

La accionante indicó que contra la sentencia proferida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017, entre los meses de marzo y agosto de 2018, ejerció el “recurso extraordinario y ordinario, trámite que culminó el 28 de Agosto de 2018, fecha que en mi humilde apreciación, debió tenerse en cuenta para comenzar el conteo del término de los seis meses, que ordenan los Altos Tribunales del país, para acceder al medio constitucional”<sup>25</sup>. Por lo anterior, manifestó que fue diligente en la reclamación de sus derechos pues antes de acudir a la tutela agotó los recursos establecidos por la ley.

La señora Mariela Cuellar Carvajal argumentó que el término de los seis meses se cumplió el 28 de febrero de 2019. En esa medida, manifestó que en el presente caso sí se acredita el requisito de inmediatez pues la acción de tutela se formuló el 20 de febrero de la misma anualidad.

Seguidamente, la peticionaria reiteró que entre marzo y noviembre de 2018 sufrió un fuerte episodio de depresión por la decisión proferida el 20 de noviembre de 2017 por el tribunal accionado, hecho que fue apoyado con dos declaraciones extrajuicio mediante las cuales se acredita sumariamente la crisis emocional que vivió.

La accionante aclaró que posteriormente realizó una serie de actuaciones que el juez de tutela debe tener en cuenta al momento de evaluar la inmediatez de la acción de amparo; entre las cuales, señaló que “solicitó copias del proceso, presentó dos derechos de petición al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (que obran en las diligencias), para que le informaran ante que Autoridad Judicial se podía presentar una ACCIÓN DE TUTELA, pues la SALA TRANSITORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ya no estaba funcionando; la respuesta la recibió, el 21 de Enero de 2019 (...)”<sup>26</sup>.

Sobre el requisito general de subsidiariedad de la tutela, la señora Mariela Cuellar Carvajal indicó que no existe otro medio de defensa judicial para la defensa de sus derechos pues con la sentencia proferida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá se cerró el debate.

La demandante argumentó que no le asiste razón al Consejo de Estado al indicar que no agotó los medios ordinarios al dejar de cancelar las expensas de las copias para tramitar el recurso de queja pues la decisión de desistir tácitamente de esa diligencia obedeció al hecho de que el tribunal accionado negó el recurso extraordinario al no estar contemplado en el Decreto 1 de 1984, norma que rige el proceso de reparación directa, acto procesal que consideró acorde con la ley, por lo que no era posible continuar con la actuación.

Finalmente, la accionante reiteró que la historia clínica de su hija presenta atenciones médicas que no pudieron ser realizadas el 29 de septiembre de 2006, pues la paciente fue trasladada a SALUDCOOP el 27 de septiembre de 2006 y murió al día siguiente. Razón por la cual, afirmó que “emergen serias dudas respecto de sus registros médicos, apuntando a una presunta adulteración del documento, este acto no puede ser consentido, ni amparado por el ESTADO SOCIAL DE DERECHO”<sup>27</sup>.

#### 4.3. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El 17 de julio de 2019 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado resolvió la impugnación presentada por la accionante<sup>28</sup> y decidió confirmar el fallo proferido en primera instancia.

El juez de segunda instancia concluyó que el asunto objeto de revisión cumple con el

requisito de subsidiariedad pues no existe otro medio de impugnación contra la sentencia objeto de tutela, ni procede el recurso extraordinario de revisión, al no evidenciarse alguna de las causales previstas en el artículo 250 del CPACA.

Sin embargo, el ad quem indicó que en el sub judice no se acreditó el requisito de inmediatez pues la sentencia que se ataca se notificó a las partes procesales mediante edicto el 14 de marzo de 2018 y adquirió ejecutoria el 22 de marzo de esa anualidad, de modo que, el término de inmediatez de la acción de tutela feneció el 22 de septiembre de 2018.

El Consejo de Estado advirtió que la accionante no demostró la existencia de un motivo que justifique su inactividad u otros elementos que permitan establecer una suerte de oportunidad o razonabilidad en el tiempo transcurrido entre la firmeza de la providencia acusada y el momento en que fue interpuesta la solicitud de amparo.

El juez de segunda instancia arguyó que aunque la demandante quiso sustentar la demora en la presentación de la tutela en el estado de depresión que le produjo la decisión del tribunal accionado de negar las pretensiones de reparación directa con las declaraciones de las señoras Olga Cuellar Carvajal y María Oliva Romero Cuellar, las mismas no reúnen los requisitos de las declaraciones extraproceso, toda vez que no fueron rendidas ante notario u otra autoridad competente, ni bajo la gravedad de juramento.

Así las cosas, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado concluyó que la acción de amparo constitucional tuvo lugar por fuera del plazo jurisprudencialmente dispuesto por ese tribunal, pues fue radicada el 20 de febrero de 2019, esto es, de manera extemporánea. Por lo anterior, resolvió confirmar el fallo proferido el 11 de abril de 2019 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B de esa corporación.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1. Esta Sala Séptima de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Análisis de los presupuestos generales de procedencia excepcional

2. Conforme a la situación fáctica del asunto, la Sala iniciará por establecer si concurren los requisitos generales de procedencia excepcional de la tutela contra providencia judicial. Para ello, se reiterarán las reglas jurisprudenciales en la materia y, con base en ellas, se verificará el cumplimiento de esas exigencias. De observarse los presupuestos generales, la Sala abordará el examen de fondo.

### Requisitos generales de procedencia

3. Los artículos 86 de la Constitución y 5º del Decreto 2591 de 1991 disponen que toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

4. Esta Corporación admite la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones de los jueces, en su calidad de autoridades públicas, cuando se comprueba la existencia de graves yerros incompatibles con la Constitución y que afectan los derechos fundamentales de las partes<sup>29</sup>. En todo caso, dicha procedencia es excepcional pues no se pueden desconocer los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, ni la naturaleza subsidiaria que caracteriza a la tutela<sup>30</sup>.

Para tal efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005 introdujo los siguientes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

(i) Relevancia constitucional, la cuestión que se discute debe involucrar la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes.

La Sala observa que el presente caso es de evidente relevancia constitucional, por cuanto está inmerso en una controversia iusfundamental que gira en torno al presunto desconocimiento del derecho al debido proceso de la demandante por parte del Tribunal Administrativo del Caquetá en el marco del trámite que promovieron la accionante y otros a través del medio de control de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, con el propósito de que se declarara la responsabilidad extracontractual patrimonial por los perjuicios materiales e inmateriales que sufrieron Mariela Cuellar Carvajal, Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar, Nonato Cuellar Valbuena, Amelia Cuellar Carvajal, Olga Cuellar Carvajal, Jova Cuellar Carvajal, Nelson Cuellar Carvajal, Jaime Cuellar Carvajal, Donato Cuellar Carvajal y Maida Consuelo Romero Cuellar, con ocasión al deceso de Diana Andrea Rocha Cuellar ocurrido el 28 de septiembre de 2006.

Así las cosas, se trata de un debate jurídico relacionado directamente con el derecho

fundamental al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, cuya resolución es de competencia de la Corte Constitucional.

(ii) Subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del accionante, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

La Sala considera cumplido este presupuesto, dado que la peticionaria no cuenta con otros mecanismos judiciales para cuestionar la sentencia adoptada en sede de segunda instancia por el tribunal acusado y, de esta forma, reclamar la protección efectiva del derecho fundamental invocado.

En el asunto objeto de revisión se descarta la posibilidad de que la demandante pueda hacer uso del recurso extraordinario de revisión para obtener la salvaguarda de sus intereses, como se pone de presente a continuación.

La Ley 1437 de 2011 en sus artículos 248 y 250 indica que el referido recurso procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los tribunales administrativos y por los jueces administrativos, siempre y cuando se presente alguna de las siguientes causales taxativas:

“1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.

7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

La Sala Séptima de Revisión constata que el reclamo iusfundamental de la accionante se dirige a censurar el supuesto yerro fáctico en el que presuntamente incurrió el Tribunal Administrativo del Caquetá; circunstancia esta que no se ajusta a ninguna de las causales de



procedencia del recurso extraordinario de revisión anteriormente analizadas, por cuanto la demandante cuestiona un supuesto equívoco dentro del proceso que adelantó a través de la acción de reparación directa y no aspectos trascendentes o externos al mismo.

De otro lado, el artículo 25831 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo preceptúa que habrá lugar a formular recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, lo cual no acontece en esta oportunidad pues no se evidencia pronunciamiento alguno de unificación de la máxima autoridad judicial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que haya sido contrariado por la decisión del Tribunal Administrativo del Caquetá.

(iii) Inmediatez, la tutela se debe formular en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

En el asunto sometido a consideración, encuentra la Sala que la decisión atacada se profirió el 20 de noviembre de 2017, fecha en la cual la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá se pronunció en segunda instancia dentro del proceso de reparación directa, decisión que fue notificada por edicto y adquirió ejecutoria el 22 de marzo de 2018. Por su parte, la acción de tutela fue interpuesta el 20 de febrero de 2019, es decir transcurridos once meses desde la ejecutoria de la decisión desfavorable.

Según las autoridades judiciales que conocieron el proceso de tutela existe un plazo de seis meses fijado por el Consejo de Estado para determinar si la acción de tutela contra providencia judicial se ejerció oportunamente, contado a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso ordinario.

La Sala reitera que no es admisible constitucionalmente la imposición de un término de caducidad en la acción de tutela pues la literalidad del artículo 86 superior propugna por permitir la protección de los derechos constitucionales fundamentales “en todo momento y lugar”. En esa medida, se evidencia el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional por parte del máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al supeditar el término para la formulación de la acción de amparo a un plazo máximo de seis meses sin atender las particularidades del caso.

Al respecto, la Sala Octava de Revisión en la Sentencia T-246 de 2015 concluyó la Corte Constitucional como garante e intérprete autorizado de la Constitución es la competente para fijar el contenido determinado del texto superior, a través de sus sentencias de constitucionalidad o de tutela.

La Sala indicó que el estudio de la inmediatez en la acción de amparo guarda relación con la interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, por ende, reiteró “que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, incluida la jurisdicción contencioso administrativa, dada la supremacía de la Constitución. En consecuencia, las autoridades judiciales que opten por decisiones contrarias a lo dispuesto por el intérprete autorizado de la normatividad constitucional y en materia de protección de los derechos fundamentales, incurren en una causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente”.

La Corte recordó que cuando el Consejo de Estado actúa como juez constitucional lo hace en calidad de juez de instancia, no como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa. Así, en los casos en que deba fallar como juez de tutela de segunda instancia no puede imponer un término de caducidad con base en un precedente de esa jurisdicción

pues vulnera el acceso a la administración de justicia y la cosa juzgada constitucional, toda vez desconoce lo decidido por esta corporación en la Sentencia C-816 de 2011, mediante la cual declaró exequibles el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades e indicó que “las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”.

La Sala precisa que el juez constitucional, incluido el Consejo de Estado, debe estudiar en cada caso concreto si la interposición de la tutela se efectuó en un momento razonable y proporcionado según los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, sin que le sea dable declarar de plano la improcedencia de la acción de amparo con fundamento en que el accionante acudió a este mecanismo luego de transcurridos seis meses desde la ejecutoria del fallo que se cuestiona.

La procedencia oportuna de la acción de tutela constituye una garantía propia de la autonomía e independencia judicial, que debe ser analizada de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean el asunto sometido a consideración. Así, al juez constitucional le asiste la obligación de estudiar en cada caso concreto si la interposición de la tutela en un determinado momento respetó un plazo razonable y proporcionado, sin que le sea dable declarar de plano la improcedencia del amparo con fundamento en que se cumplieron seis meses de tardanza antes de la interposición de la acción.

Esta corporación estima que según las circunstancias propias del caso bajo examen no se desprende una tardanza excesiva en la interposición del amparo. En efecto, la complejidad de la materia controvertida, en la cual se discuten cuestiones como la grave afectación psicológica por la muerte de un hijo, la reparación del daño antijurídico, el alcance de los

indicios para atribuir responsabilidad al Estado y el deber de las autoridades judiciales de alcanzar la justicia material, ameritan que el juez constitucional no se soporte en criterios formales y habilite el examen de fondo con el fin de hacer prevalecer la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos de la persona y la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales.

Además, en el presente caso, tras la expedición de la sentencia que aquí se cuestiona, la tutelante intentó infructuosamente los recursos de casación y de queja, lo cual hace que su última actuación ante la jurisdicción ordinaria se diera el día 28 de agosto de 2018, momento a partir del cual solo transcurrieron cinco meses y veintitrés días hasta la interposición de la acción de tutela (21 de febrero de 2019).

(iv) Que se trate de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia que se impugna<sup>32</sup>.

La Sala observa que este requisito no es aplicable al asunto objeto de estudio, por cuanto la presunta anomalía alegada por la accionante es la configuración de un defecto fáctico por indebida valoración probatoria.

(v) Se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados.

De igual manera la Sala encuentra reunido este presupuesto pues la accionante identificó como fuente de la presunta vulneración la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Caquetá en el marco del trámite que adelantó a través del medio de control de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-,

cuyo radicado correspondió al número 18-001-33-31-002-2007-00051-00.

La demandante afirmó que el operador judicial censurado desconoció su derecho fundamental al debido proceso pues, a su parecer, incurrió en defecto fáctico al (i) no tener en cuenta la historia clínica aportada al proceso de reparación directa; (ii) efectuar una indebida interpretación de los fallos proferidos por el Tribunal de Ética Médica y por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ejército Nacional; y (ii) no abordar el estudio de la prestación del servicio médico.

(vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Para la Sala esta exigencia también se cumple pues la solicitud de amparo instaurada no se dirige contra decisiones adoptadas en el marco de procesos de tutela, constitucionalidad y nulidad por inconstitucionalidad -Consejo de Estado-. Lo que se cuestiona es la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Caquetá en segunda instancia dentro del proceso administrativo señalado.

Al verificarse el cumplimiento de todos los presupuestos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a abordar el examen de fondo del asunto.

Problema jurídico a resolver y metodología de resolución

5. Según los antecedentes reseñados en este pronunciamiento, corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver el problema jurídico que a continuación se plantea: ¿vulneró el

Tribunal Administrativo del Caquetá los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la accionante por presuntamente haber incurrido en defecto fáctico, toda vez que la demandante afirma que omitió valorar y/o valoró equívocamente elementos materiales de prueba obrantes en el expediente contentivo del trámite que adelantó la señora Mariela Cuellar Carvajal y otros, a través del medio de control de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-, cuyo radicado es el número 18-001-33-31-002-2007-00051-00?.

6. Para tal cometido, se desarrollará lo siguiente: (i) causales específicas de procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, (ii) breve caracterización del defecto fáctico, y (iii) precedente en materia de reparación del daño moral, jurisprudencia del Consejo de Estado, (iii) precedente en materia de reparación del daño inmaterial, diferente al daño moral, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, (iv) régimen de imputación derivado de la actividad médica, (v) responsabilidad médica por error de diagnóstico y (vi) importancia de la historia clínica. Con base en lo anterior, se solucionará el caso concreto.

Causales específicas de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

7. Además de los requisitos generales, la jurisprudencia constitucional define unos requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionados con graves defectos que las hacen incompatibles con los preceptos constitucionales<sup>33</sup>. En todo caso, se debe comprobar la configuración de al menos uno de ellos para que la acción de amparo sea procedente.

(i) Defecto material o sustantivo: se presenta cuando: (i) la providencia judicial se basa en una norma inaplicable al caso concreto, ya sea porque no se ajusta a este, fue derogada o declarada inconstitucional; (ii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el

caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso, que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (iv) la norma pertinente es inobservada e inaplicada<sup>34</sup> o (v) no se hace uso de la excepción de inconstitucionalidad y, por el contrario, se emplea una interpretación normativa que resulta contraria a la Constitución<sup>35</sup>.

(ii) Defecto fáctico: se configura cuando la providencia judicial cuestionada es el resultado de un proceso en el que (i) se dejaron de practicar pruebas determinantes para dirimir el asunto, (ii) habiendo sido decretadas y practicadas no fueron apreciadas por el juez bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, o (iii) carecen de aptitud o de legalidad, bien sea por su inconducencia, impertinencia o porque fueron recaudadas de forma inapropiada<sup>36</sup>.

(iii) Defecto procedimental: ocurre cuando la autoridad judicial desatiende o deja de aplicar las reglas procesales pertinentes al dictar su decisión o durante los actos o diligencia.

Esta corporación en la Sentencia T-781 de 2011 indicó que se pueden configurar dos modalidades de defecto procedimental: (i) absoluto, cuando el juez “sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia, pretermite etapas sustanciales del procedimiento, pasa por alto el debate probatorio o dilata injustificadamente tanto la adopción de decisiones como su cumplimiento”<sup>37</sup>, y (ii) por exceso ritual manifiesto, esto es, cuando arguye razones formales a manera de impedimento que implican una denegación de justicia<sup>38</sup>.

(iv) Decisión sin motivación: la autoridad competente no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo proferido, o lo hace de manera aparente, afectando la legitimidad de su órbita funcional y la de sus decisiones. Al respecto, esta Corte afirma que en los casos en que se compruebe que “la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente

insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado<sup>39</sup>”.

(v) Desconocimiento del precedente: caso en que el juez se aparta del precedente jurisprudencial sobre un determinado asunto sin exponer una razón suficiente. En este sentido, es necesario: (i) determinar la existencia de un precedente aplicable al caso y distinguir las reglas decisionales contenidas en el mismo; (ii) comprobar que la providencia judicial debió tener en cuenta tal precedente, para no desconocer el principio de igualdad, y (iii) verificar la existencia de razones fundadas para apartarse del precedente, bien por las diferencias fácticas entre este y el caso analizado o porque la decisión debía ser adoptada de otra manera para lograr la efectividad de los derechos fundamentales<sup>40</sup>.

(vi) Defecto orgánico: el juez que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia; circunstancia esta que se produce cuando la autoridad judicial desconoce su competencia o asume una que no le corresponde, o adelanta alguna actuación o emite un pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para ello<sup>41</sup>.

(vii) Error inducido: la sentencia se soporta en hechos o situaciones que inducen a error al funcionario judicial, imputables a personas obligadas a colaborar con la administración de justicia, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

(viii) Violación directa de la Constitución: la decisión proferida desconoce de forma específica los postulados de la Constitución, ya sea porque (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto o (ii) aplica la ley al margen de los preceptos superiores.



## Breve caracterización del defecto fáctico. Reiteración de jurisprudencia

8. De conformidad con la jurisprudencia constitucional<sup>42</sup>, el defecto fáctico surge cuando la autoridad judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que sustenta la decisión. En ese sentido, se configura ante la existencia de fallas en la decisión, atribuibles a deficiencias probatorias del proceso.

9. La Sala Plena de esta corporación en la Sentencia de unificación SU-195 de 2012 indicó que el defecto fáctico “tiene lugar siempre que resulte evidente que el apoyo probatorio en que se fundamentó el juez para resolver un caso es absolutamente inadecuado<sup>43</sup>.

10. La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial o (ii) por una acción positiva. De un lado, la dimensión omisiva comprende la falta de valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados en un caso concreto por el juez competente<sup>44</sup>, como puede ser la falta de práctica, decreto o la insuficiencia probatoria. Así como, cuando sin razón válida, el juez da por no probado un hecho que emerge claramente.

11. La dimensión omisiva indica “la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba<sup>45</sup> que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración<sup>46</sup>, cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente<sup>47</sup>”<sup>48</sup>.

12. De otro lado, por acción positiva se entiende la valoración de pruebas que no puede realizar el juzgador sin desconocer la Constitución, como es la errada interpretación de las

pruebas allegadas al proceso (defecto por interpretación errónea), o la valoración de pruebas nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes al caso concreto (defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba)<sup>49</sup>, para la Corte, estas pruebas no pueden ser admitidas ni valoradas pues fueron indebidamente recaudadas<sup>50</sup>.

13. La jurisprudencia constitucional enmarca las anteriores deficiencias probatorias en distintas modalidades, a saber: (i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas<sup>51</sup>; (ii) defecto fáctico por la no valoración el acervo probatorio<sup>52</sup>; y (iii) defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio (desconocimiento de las reglas de la sana crítica<sup>53</sup>)<sup>54</sup>.

Responsabilidad patrimonial del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, reiteración de jurisprudencia

14. El artículo 90 superior determina que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En todo caso, cuando se condene al Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

15. La responsabilidad patrimonial del Estado se funda en la obligación de reparar los daños antijurídicos causados por el actuar del ente público y proteger el patrimonio de los asociados, en atención a los artículos 1º, 2º, 13, 58 y 90 de la Constitución<sup>55</sup>. En ese contexto, se erige como un mecanismo para la protección de los derechos inalienables de la persona, la búsqueda de la efectividad del principio de solidaridad y la idea de igualdad frente a las cargas públicas, bajo el supuesto de que el Estado “es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima del daño antijurídico causado”<sup>56</sup>.

Así, el artículo 90 de la Constitución consagra dos premisas jurídicas: (i) la responsabilidad patrimonial del Estado y del deber de responder por la acción o la omisión de las “autoridades públicas” que cause un daño antijurídico y (ii) la responsabilidad de los agentes del Estado por el daño antijurídico causado con su conducta dolosa o gravemente culposa como “agente estatal” y del deber del Estado de actuar en repetición<sup>57</sup>; es decir, por la responsabilidad personal de sus agentes, que “sólo ocurre en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente [sean] consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente”<sup>58</sup>.

16. La Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-286 de 2017<sup>59</sup> destacó las siguientes características de la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber:

(i) En artículo 90 constitucional consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado. Es decir, incluye en principio, -o debería incluir-, “todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”<sup>60</sup> sin importar el régimen de responsabilidad del Estado propuesto por el juez contencioso administrativo o por el legislador<sup>61</sup>, pues todos deben considerarse “englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico”<sup>62</sup>.

(ii) Establece un mandato imperativo que obliga al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, y concede a los asociados la protección a sus derechos y la garantía de una eventual indemnización ante daños antijurídicos<sup>63</sup>.

(iii) La responsabilidad patrimonial es aplicable a todas las autoridades estatales<sup>64</sup> (por medio de órganos a cargo de agentes, funcionarios o autoridades públicas)<sup>65</sup>. Asimismo, la responsabilidad patrimonial del Estado puede involucrar la acción u omisión de particulares que ejercen funciones públicas, los cuales, en el ejercicio de tales funciones, también pueden llegar a ser considerados responsables patrimonialmente por sus conductas dolosas o

gravemente culposas en el ejercicio de competencias<sup>66</sup>.

(iv) La responsabilidad del Estado no se limita a un ámbito en particular. La noción de daño antijurídico es aplicable tanto al ámbito contractual, precontractual y del acto administrativo, como al extracontractual<sup>67.68</sup>.

(v) La posibilidad de imputar daños antijurídicos al Estado es una garantía de los administrados estrechamente relacionada con el derecho de acceso a la administración de justicia. Así, cualquier persona que se considere lesionada puede acudir a los medios procesales dispuestos por el legislador (control de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa o contractual) para la obtención de la reparación por el daño presuntamente causado.

(vi) Al Estado le asiste la obligación de repetir contra sus agentes y los mismos deben responder patrimonialmente cuando la administración pública resulte condenada por la culpa grave o el dolo del agente<sup>69</sup>. Al respecto esta Corporación indicó que "...la responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado 'no es de carácter sancionatorio (ni penal ni administrativo), sino resarcitorio, toda vez que la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución está prevista 'para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes'<sup>70</sup>.

17. En conclusión, la responsabilidad patrimonial del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política debe ser entendida como una cláusula general de mandato imperativo, aplicable a todas las autoridades estatales y a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras), que garantiza a los administrados el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia. En todo caso, el Estado podrá de repetir contra sus agentes cuando la administración pública resulte

condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo de los mismos.

Precedente en materia de reparación del daño moral, jurisprudencia del Consejo de Estado

18. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>71</sup> dispone que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

19. La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la reparación integral de que trata la citada ley para el restablecimiento del derecho, bien o interés jurídicamente tutelado que fue afectado por el hecho dañoso. En ese sentido, en la sentencia de 28 de agosto de 2014 sintetizó el concepto de daño moral en aquel que se encuentra compuesto “por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”<sup>72</sup>.

20. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 20 de abril de 2005<sup>73</sup> señaló que la indemnización de perjuicios morales tiene una función satisfactoria, mas no reparatoria del daño causado. En ese sentido, aclaró que “los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante”.

21. La reiterada jurisprudencia<sup>74</sup> del Consejo de Estado refiere que las reglas o máximas de

la experiencia demuestran la existencia de una presunción de aflicción que permite acceder a la indemnización de perjuicios morales. Según ha dicho, las personas que pierden a un ser querido (eventos de muerte) sufren profundos sentimientos de tristeza. Para el Consejo de Estado<sup>75</sup>, en los casos de muerte, el parentesco con la víctima es un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio, siempre que no hayan pruebas que indiquen lo contrario.

22. De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, el juez debe tasar estos perjuicios con base en la facultad discrecional (*arbitrium judicis*) que le es propia. Dicha competencia se rige por los siguientes parámetros: “a) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación (...) mas no de restitución ni de reparación; b) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; c) la determinación del monto se sustenta en los medios probatorios que obran en el proceso, y relacionados con las características del perjuicio; y d) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad”<sup>76</sup>.

23. En la sentencia de 28 de agosto de 2014<sup>77</sup> la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la tasación de perjuicios morales en caso de muerte e indicó que la reparación del daño moral en estos eventos se debe efectuar según los cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas:

## REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE

### REGLA GENERAL

Nivel 1

Nivel 2

Nivel 3

Nivel 4

Nivel 5

Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales

Relaciones afectivas

del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)

Relaciones afectivas

del 3° de consanguinidad

o civil

Relaciones afectivas

del 4° de consanguinidad o civil

Relaciones afectivas no familiares – terceros damnificados

Porcentaje

100%

50%

35%

25%

15%

SMLMV

100

50

35

15

Precedente en materia de reparación del daño inmaterial, diferente al daño moral, en la jurisprudencia del Consejo de Estado

24. A continuación, esta Sala se referirá al desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia del Consejo de Estado el reconocimiento y la liquidación de los perjuicios distintos al daño moral.

25. En un primer pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 1992, exp. 6477, se refirió a la categoría de “daños fisiológicos” como independientes del orden moral e indicó que los mismos hacían referencia a las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaban a la víctima al no estar totalmente reparados. En esa oportunidad, la Sala consideró la posibilidad de reconocer otro tipo de perjuicio inmaterial disímil al daño moral con el fin de reparar las consecuencias sufridas por la víctima.

26. Posteriormente, en la sentencia de 6 de septiembre de 1993, exp. 7428, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó el perjuicio fisiológico “exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “(...) otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. (...) A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido”.



27. La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 25 de septiembre de 1997, exp. 10.421, se refirió a un nuevo concepto denominado perjuicio psicológico o daño a la vida de relación para indicar que “constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer”. En esa oportunidad, la Sala aclaró que el adjetivo fisiológico hace referencia a disfunciones orgánicas y “no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria”.

La Sección Tercera del Consejo de Estado asimiló el perjuicio fisiológico a las categorías de perjuicio de agrado, la pérdida de los placeres de la vida o el daño a la vida de relación. Así, indicó que el juez tenía que verificar el impacto externo, social y relacional que ese daño o lesión le causaba al individuo.

El Consejo de Estado consideró que los perjuicios fisiológicos no podían ser entendidos como una entidad jurídica propia pues estaban conformados por perjuicios morales y materiales, inequívocamente relacionados con el goce de vivir y los sentimientos de angustia, los estados de depresión y la intranquilidad y pérdida del sueño, entre otras consecuencias.

28. Más adelante, en proveído de 19 de julio de 2000, exp. 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el nomen iuris del perjuicio al que se viene haciendo referencia (perjuicio fisiológico).

Esa corporación indicó que el daño a la vida de relación corresponde a un concepto más comprensivo. En esa medida, afirmó que resultaba inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico pues tal expresión “no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial-distinto del moral- es consecuencia de una lesión física o corporal”. Por lo anterior, concluyó que se debía desechar su utilización al argumentar que el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las

consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

29. El máximo tribunal contencioso administrativo en la sentencia de 19 de julio de 2000 indicó que el daño a la vida de relación podía surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. En esa medida, la afectación podía ser el resultado de una alteración a la vida de relación de las personas, una acusación calumniosa o injuriosa, o un sufrimiento muy intenso (daño moral), como la muerte de un ser querido que afecta profundamente la vida familiar y social de una persona y modifica su comportamiento.

En esa oportunidad el Consejo de Estado aseguró que el perjuicio a la vida de relación no aludía, exclusivamente, a la “imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d’agrément (perjuicio de agrado)”, pues también comprendía las simples actividades rutinarias que ya no se podrían ejecutar, o que requerirían de un esfuerzo excesivo.

30. En sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró lo expresado en el fallo del 19 de julio de 2000 e indicó que “la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.

31. Más adelante, en providencia de 4 de mayo de 2011 la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que la utilización de la expresión “perjuicios fisiológicos” no estaba totalmente proscrita de la jurisprudencia de esa corporación, pues se debía utilizar cuando las “alteraciones graves a las condiciones de existencia” tuvieran origen en afectaciones de carácter físico o fisiológico.

Lo anterior, al argumentar que dicha expresión debía entenderse como parte de los perjuicios denominados como “alteraciones graves a las condiciones de existencia” al tratarse de daños surgidos de afectaciones de carácter físico sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño que generaba cambios en el desarrollo normal de su vida.

En este pronunciamiento se reconoció nuevamente la importancia de la noción de “perjuicio fisiológico” al indicar que facilitaba la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio -de origen sicofísico- y proporcionaba al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio. Asimismo, se admitió la posibilidad de que fuera el juez, con apoyo en el arbitrio iuris, quien definiera la forma de tasación de la alteración a las condiciones de existencia en la modalidad de perjuicio fisiológico.

En palabras del Consejo de Estado “se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este Derecho Constitucional”<sup>78</sup>.

En la sentencia de unificación anteriormente referida la Sala Plena de la Sección Tercera desplazó las categorías contenidas en el denominado daño inmaterial (alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación) por la expresión daño a la salud al argumentar que la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud. En esa medida, solo se debían reconocer como perjuicios inmateriales el daño moral y el daño a la salud.

Para el Consejo de Estado la noción de daño a la vida de relación, que sirvió a esa corporación para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, debía ser rechazada en el derecho colombiano pues se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad o las condiciones de existencia, entre otros).

Desde esa panorámica, la Sala Tercera del Consejo de Estado advirtió que los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, resultan improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica.

Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal) sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer –siempre que estén acreditados en el proceso–, los perjuicios: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante y ii) los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal<sup>79</sup>.

En las sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado se señaló que el daño moral “satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano”. A su vez, el daño a la salud “garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona”. En ese sentido, la corporación contencioso administrativa afirmó que la aplicación de esta tipología del daño “garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y

objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno”<sup>80</sup>.

Finalmente, en sentencia de 14 de septiembre de 2011, la Sala Plena de la Sección Tercera dijo que:

“(…) que la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de ‘daño corporal o afectación a la integridad psicofísica’ y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación”<sup>81</sup>.

33. Por último, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 32.988) precisó que los perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados se caracterizan por:

“i) Ser una nueva categoría de daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

ii) Producir un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Ser un daño autónomo, que no depende de otras categorías de daños, porque su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) Por cuanto su vulneración relevante puede ser temporal o definitiva pues depende del grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

v) Por cuanto su reparación abarca los siguientes aspectos:

“i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º (sic) de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas 'de crianza', en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado”<sup>82</sup>.

34. En conclusión, el daño a bienes constitucionalmente protegidos, antes denominado “daño a la vida de relación y alteraciones a las condiciones de existencia” ha sido objeto de estudio por parte de la Sala Tercera del Consejo de Estado en diversas oportunidades; en efecto, en el año 2000<sup>83</sup> se reformuló el concepto de perjuicio fisiológico por el de daño a la vida de relación, precisando que éste “corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico”, de modo que “debe la Sala desechar definitivamente su utilización”<sup>84</sup>.

35. Posteriormente, la corporación de lo contencioso administrativo abandonó la denominación de “daño a la vida de relación” y se refirió al perjuicio por alteración grave de las condiciones de existencia al argumentar que cuando se trate de lesiones que producen alteraciones físicas que, a su vez, afecten la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a lo causado por el perjuicio moral. En todo caso, se debe entender que el perjuicio por alteración grave de las

condiciones de existencia no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, pues se extiende a todas las situaciones que alteren de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas<sup>85</sup>.

#### Régimen de imputación derivado de la actividad médica

36. El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A en sentencia del 11 de abril de 2019 reiteró que el régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados como consecuencia de las actividades médico-sanitarias por omisión o acción imperfecta de la Administración es el de la falla del servicio<sup>86</sup>.

37. La jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha realizado una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, consolidando la posición según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria<sup>87</sup>, siempre y cuando concurren la prueba del daño y la relación de causalidad entre este y la falla probada.

38. El Consejo de Estado arguye que frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, sostiene la citada corporación que:

“i) cuando se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el



cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico “depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO;

ii) para determinar si se presentó o no dicha falla del servicio, se debe previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración, y precisar “en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende”; y

iii) para que pueda considerarse el hecho dañoso como causa del perjuicio y comprometa la responsabilidad estatal se deben demostrar las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio y no se hizo, para que la conducta de la administración pueda considerarse como ‘anormalmente deficiente’<sup>88</sup>.

39. De otro lado, la jurisprudencial del Consejo de Estado es clara en cuanto a que para que se declare la responsabilidad subjetiva o falla probada<sup>89</sup> y se condene al Estado por esta vía, se deben acreditar tres elementos por parte del actor. A saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal.

40. Para el Consejo de Estado la sola deficiencia -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva

de una falla del servicio y que dicha falla fue la causa del daño<sup>90</sup>. Lo anterior, al sostener que el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, por lo que no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración. La responsabilidad médica se debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por el régimen de responsabilidad objetiva<sup>91</sup>.

41. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado también indica que para que haya lugar a la reparación no es necesario que en todo evento aparezca acreditado que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues en algunos casos bastará con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

42. Así, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha consolidado la aplicación doctrinal de la figura de la “pérdida de una oportunidad”, entendida como el daño que sufre el enfermo por no haber tenido ocasión de acceder a la prestación que recuperaría su salud, aclarando que la oportunidad es aleatoria y difícil de establecer en términos porcentuales.

43. La oportunidad no puede ser una mera especulación al ser necesario que de manera científica se determine cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa fue frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. Así, se debe demostrar que la prestación del servicio médico constituía una oportunidad real y no meramente hipotética para el paciente de recuperar su salud o prolongar su vida<sup>92</sup>.

Así pues, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando “tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales”<sup>93</sup>.

44. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 28268, indicó que para establecer la antijuridicidad del daño en asuntos de responsabilidad médica en casos de muerte, pérdida de oportunidad de curación o detrimento en el estado general de la salud es necesario determinar si alguna de las circunstancias referidas se debe a la natural fragilidad de la naturaleza humana y su inevitable mortalidad o si, por el contrario, es derivada de una acción u omisión del personal médico o de la administración, en virtud de la cual estos asumen directa o indirectamente las consecuencias desfavorables de la actuación por haber faltado a la *lex artis*, caso éste último, en el que “la actuación defectuosa no solamente hace imputable la pérdida de la vida o la afectación de la salud sino que constituye en sí mismo un perjuicio indemnizable”<sup>94</sup>.

En la referida oportunidad el tribunal de lo contencioso administrativo precisó que, en todo caso, lo que se debe discernir es qué cargas y bienes corresponden a cada cual y determinar el deber de reparar cada vez que una acción u omisión tiene como efecto el imponer a los sujetos cargas que no les corresponden.

Así, el Consejo de Estado afirma que el bien jurídico de la vida “es inseparable de aquello que es propio de realidad biológica de la vida humana, esto es, su fragilidad. Ser titular de los derechos a la vida y a la salud es necesariamente concomitante al hecho de asumir “como propia” la vulnerabilidad frente a la enfermedad y la no inmunidad a la muerte”<sup>95</sup>.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia que se viene comentando concluyó que el mero hecho de la muerte o la merma de la salud no genera responsabilidad en cabeza de terceros, pues la muerte y la enfermedad son cargas que, prima facie, recaen sobre el titular de los bienes jurídicos de la vida y la salud, a cuya naturaleza corresponde cierta precariedad, y únicamente deben ser objeto de reparación, cuando “sobrevienen como consecuencia de una actuación u omisión de un tercero, con aptitud traslaticia de la carga”.

#### Responsabilidad médica por error de diagnóstico

45. El Consejo de Estado ha definido el diagnóstico como el elemento determinante del acto médico, toda vez que es a partir de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho<sup>96</sup>.

46. En el mismo sentido, el tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia de 22 de enero de 2014 (exp. 28.816) indicó que el diagnóstico constituye uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico pues los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento del paciente.

El Tribunal contencioso administrativo aclaró que el diagnóstico se encuentra conformado por dos etapas, la primera es aquella donde se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento que va desde la realización del interrogatorio hasta la ejecución de pruebas, tales como palpación, auscultación, radiografías, etc. En la segunda, le corresponde al médico analizar los exámenes practicados y emitir su juicio.

Así, para esa corporación “el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento”<sup>97</sup>. Para el Consejo de Estado:

“En una primera etapa se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios. (Negrilla agregadas).

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos..., corresponde el análisis de los mismos y su interpretación...; se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio...”<sup>98-99</sup>.

47. Asimismo, esa corporación sostiene que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea “extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las fases anteriormente mencionadas”. En esa medida, el médico debe emplear todos los recursos a su alcance para “recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente”<sup>100</sup>. (Negrilla agregada).

En virtud de lo anterior, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2018 (exp. 39582) afirmó que para imputar responsabilidad a la Administración por daños derivados de un error de diagnóstico

es necesario acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada por alguno de los siguientes motivos<sup>101</sup>:

“i) El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.

ii) El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.

iii) El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente<sup>102</sup>.

iv) El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad<sup>103</sup>.

v) El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente<sup>104</sup>.

vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto”<sup>105</sup>.

48. No obstante, el Consejo de Estado aclara que al no evidenciarse ninguna de las anteriores circunstancias, se debe concluir que el médico actuó con la pericia y el cuidado requerido. En esa medida, su responsabilidad no quedará comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues “es posible que pese a todos los esfuerzos del personal

médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones”<sup>106</sup>.

49. En todo caso, es decisivo establecer si el médico empleó todos los recursos y procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado. Al respecto, el Consejo de Estado reitera “lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente”<sup>107</sup>.

### Importancia de la historia Clínica

51. La Corte Constitucional en la Sentencia T-528 de 2016 indicó que la historia clínica no debe ser entendida únicamente como una descripción del estado de salud de quien consulta o es atendido, pues es un documento de importante relevancia que consigan la secuencia de los procedimientos que se le realizan al paciente tanto por el médico tratante como por el equipo de salud (enfermeras y auxiliares) que lo asiste. En esa medida, en ella se deben detallar los actos médicos como el diagnóstico y tratamiento, la evolución del paciente, la atención paramédica e inclusive los actos extra médicos.

52. Sobre los elementos que debe contener toda historia clínica, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado en la sentencia de 25 de abril de 2012 indicó que ésta se compone por:

i) La identificación de usuario: se refiere a los datos personales del paciente, esto es, individualización (nombres y apellidos, estado civil, documento de identidad), fecha de nacimiento, edad, sexo, ocupación, dirección del domicilio, lugar de residencia, teléfonos de ubicación, empresa prestadora de salud o aseguradora a la que se encuentre afiliado y tipo de vinculación.

ii) El registro específico: documento en el que se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención. Es propiamente la descripción de la naturaleza del servicio prestado al paciente.

iii) Los anexos: documentos que sustentan administrativa, técnica, científica y de manera legal los procedimientos y actuaciones realizadas al usuario. Por ejemplo: consentimientos informados, procedimientos, autorizaciones, exámenes paraclínicos, diagnósticos, de laboratorio, etc.

53. La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado en providencia de 2 de mayo de 2018 manifestó que al personal médico le asiste la obligación de elaborar una historia clínica conforme a la Ley 23 de 1981. En ese sentido, dicho documento debe satisfacer criterios de:

a) Claridad en la información, (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, etc.).

b) Fidelidad en la información, la historia clínica debe reflejar la situación médica real del paciente y el período en el que se presta la atención médica.



c) Que sea completa, obligación de asegurar la existencia de todo el material que conforme la historia clínica, documentos que deben reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud.

d) Orden cronológico, deber de consignar dentro de la historia clínica de manera ordenada y secuencial toda la información del diagnóstico, los tratamientos, las intervenciones quirúrgicas, los medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente.

e) Continuidad en la prestación médica, le asiste el deber al médico de indagar sobre toda la información posible para adoptar decisiones sin improvisación y ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho fundamental a la salud.

54. Así pues, la historia clínica es un documento privado en el que se detalla el proceso gradual o escalonado de la información básica sobre las razones por las cuales se consulta o se acude al servicio médico y se consigan los síntomas que reporta el paciente y que logre apreciar el médico. De la interpretación de ese conjunto de signos y síntomas, el médico tratante debe especificar la metodología empleada para la valoración de esas expresiones y proferir un diagnóstico con fundamento en la *lex artis ad hoc*. Finalmente, se debe registrar el tratamiento o procedimiento ordenado, la verificación de la evolución del paciente, y las recomendaciones profilácticas<sup>108</sup>.

En conclusión, la negligencia médica puede ser entendida como causa de un daño como la muerte, pero también como un daño autónomo. En efecto, la garantía constitucional de la salud no tiene tanto por objeto el resultado de la preservación del bienestar físico o la

evitación de la muerte sino, ante todo, de la prestación del servicio, según los mejores estándares disponibles, y de acuerdo con la dignidad humana. En este sentido, actos como la negligencia médica o la denegación arbitraria del servicio, constituyen, en sí mismos, daños antijurídicos, susceptibles de indemnización, con independencia de su relación de causalidad con otros daños.

### Solución del caso concreto

55. Con fundamento en lo expuesto, pasa la Sala Séptima de Revisión a establecer si el Tribunal Administrativo del Caquetá vulneró Caquetá los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la accionante por presuntamente haber incurrido en defecto fáctico, toda vez que la demandante afirma que omitió valorar y/o valoró equívocamente elementos materiales de prueba obrantes en el expediente contentivo del trámite que adelantó la señora Mariela Cuellar Carvajal y otros a través del medio de control de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-, cuyo radicado corresponde al número 18-001-33-31-002-2007-00051-00.

56. Teniendo en cuenta la naturaleza del proceso objeto de estudio, la Sala abordará el análisis atendiendo a las consideraciones anteriormente expuestas y siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre daño antijurídico en materia médica<sup>109</sup>. En esa medida, se empleará la metodología de resolución utilizada por esa corporación en casos similares.

### Hechos probados

57. El 26 de septiembre de 2006 Diana Andrea Rocha Cuellar, hija de la accionante, ingresó

al Dispensario No. 12 del Ejército Nacional de Florencia, Caquetá, al presentar un fuerte dolor en la espalda, motivo por el cual fue atendida por la médica rural, quien procedió a aplicarle dipirona, diclofenaco y le recetó vitamina C, le practicó un examen de orina y determinó que el dolor obedecía a una posible infección urinaria. En esa medida, ordenó la salida de la paciente a las 9:30 p.m. de ese día.

58. El 27 de septiembre de 2006 Diana Andrea Rocha Cuellar siguió presentando la sintomatología de dolor agudo en la espalda, por lo que a la 1:40 p.m. de ese día ingresó nuevamente al Dispensario No. 12. Al momento de examinar por segunda vez a la menor, la médica rural indicó que de acuerdo a su concepto la paciente no tenía “nada grave”.

59. La señora Mariela Cuellar Carvajal solicitó nuevamente a la médico rural que trasladara a su hija a un centro de salud de mayor nivel, petición a la que no accedió la profesional al argumentar que “no la podía remitir porque no le encontraba nada grave (sic) como para remitirla”. Sin embargo, una vez examinada por la Capitana Jefe de médicos del Dispensario No. 12 se ordenó su remisión a Saludcoop Clínica Santa Isabel a las 5:00 p.m. del 27 de septiembre de 2006.

60. La accionante y su hija llagaron a Saludcoop Clínica Santa Isabel aproximadamente a las 5:30 p.m. e ingresaron a la paciente por urgencia y le practicaron exámenes de sangre y orina, una ecografía y una radiografía. Sin embargo, una vez fue examinada por el médico especialista, se decidió su remisión a la ciudad de Neiva, dada su gravedad pero sin determinar el diagnóstico de la menor.

61. A las 4:00 a.m. del 28 de septiembre de 2006 la menor ingresó a la Clínica EMCOSALUD en la ciudad de Neiva, falleciendo ese mismo día a las 7:30 a.m. Por lo anterior, la peticionaria y otros promovieron proceso de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

62. La demanda correspondió al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, el cual, mediante sentencia de 28 de junio de 2013, declaró patrimonial y extracontractualmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, y condenó a la demandada a pagar por perjuicios morales a los señores Jaime Rocha y Mariela Cuellar Carvajal (padres de la víctima directa) una suma equivalente a cien (100) SMLMV, para cada uno de ellos; para María Oliva Carvajal de Cuellar y Nonato Cuellar Valbuena (abuelos maternos de la víctima directa) una suma equivalente a cincuenta (50) SMLMV, para cada uno de ellos; y a Donato Cuellar Carvajal (hermano de la occisa) el equivalente a cincuenta (50) SMLMV.

63. Para arribar a esa decisión, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, relacionó y describió con suficiencia las siguientes pruebas en la referida providencia y que posteriormente valoró a lo largo de la misma: (i) certificado de defunción de Diana Andrea Rocha Cuellar, (ii) fallo de primera instancia de fecha 19 de septiembre de 2011 proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, en contra de la médica rural Inelia Urueta González y otra, (iii) Oficio de fecha 19 de septiembre de 2011 emitido por SALUDCOOP Clínica Santa Isabel Ltda. en el que se expone que debido a un incendio en esa entidad, acaecido el 1 de octubre de 2007, no existen registros médicos de la usuaria Diana Andrea Rocha Cuellar, (iv) historia clínica proferida por EMCOSALUD de los servicios prestados a Diana Andrea Rocha Cuellar el 28 de septiembre de 2006, (v) oficio proferido por el Establecimiento de Sanidad Militar de la Brigada No. 12 del 18 de mayo de 2012 en el que informa que no reposa historia clínica de Diana Rocha en esa institución; (vi) oficio proferido por el Establecimiento de Sanidad Militar de la Brigada Décimo Segunda del 12 de febrero de 2013, mediante el cual informa que una vez depurada el área de historias clínicas y confrontado el Sistema de Verificación de Derechos CERAFA, se halló la historia clínica de Diana Andrea Rocha Cuellar y (vii) remisión efectuada por SALUDCOOP Clínica Santa Isabel el 27 de septiembre de 2006 con destino al servicio de UCI de Diana Andrea Rocha Cuellar.

65. Seguidamente, encontró acreditados los elementos referentes al daño antijurídico, imputabilidad fáctica y jurídica del daño al Estado y el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración, en los términos que a continuación se transcriben:

66. (i) En cuanto al daño antijurídico, expuso que “en el plenario se logró determinar con certeza que la menor DIANA ANDREA ROCHA CUELLAR, para el día 26 de septiembre de 2006 ingreso al servicio de urgencia del Dispensario del Ejército Nacional en la ciudad de Florencia – Caquetá, a las 18:00 horas ‘cuadro clínico de aproximadamente 11 horas de evolución de dolor en región lumbar, intenso de inicio súbito, asociado a hiporexia, vomito en una ocasión, refiere disuria’ (fl. 20, C. 2). En la hoja de evaluación, se encuentra nuevo ingreso por el servicio de Urgencia, para el día 27 de septiembre de 2006, a las 13:40, en el que se describe ‘nuevamente la paciente por persistir con dolor en la región lumbar (...), DX: Hipotensión en estudio – Choque Deshidratación. A las 15:15, se documenta ‘la paciente persiste con hipotensión marcada ahora PA: 60/30, se remite a Clínica Saludcoop, para valoración urgente por medicina Interna’”.

En la Hoja remisión de la (sic) SALUDCOOP Clínica Santa Isabel, que corresponde al día 27 de septiembre de 2006, suscrita por el médico GAVIRIA, se establece que la menor ROCHA CUELLAR ingreso a la Institución, pero fue remitida con destino al servicio de UCI, al presentar: “DX Choque Hipovolémico – Choque Séptico Etiología a determinar?”.

Mediante Historia Clínica de EMCOSALU (sic) de la ciudad de Neiva – Huila, se puede constatar los servicios prestados a la paciente, en “Internación en UCI y demás procedimientos” para el día 28 de septiembre de 2006 (fls. 36 a 61, C. 2). Se resalta por parte del Despacho que no fue posible determinar el Diagnóstico o causa determinante del fallecimiento, puesto que en la hoja de Ingreso y Egreso de la menor ROCHA CUELLAR, se indica Choque Séptico de Origen a Determinar: Urinario?.

(...)

Colofón de lo expuesto, es claro que las condiciones en que se encontraba la paciente cuando llegó al servicio de UCI en la Clínica EMCOSALUD, para el día 28 de septiembre de 2006, eran crónicas, debido a que presentaba cuadro clínico de tres días de evolución consistente “en fiebre alta no cuantificada asociada a escalofríos, malestar general, dolor lumbar, disuria, poliuria; (...) palidez intensa, mareo, sudoración, dolor abdominal difuso, incremento del dolor lumbar, dolor pélvico, dolor torácico inespecífico, vomito en múltiples ocasiones y deterioro del estado general”, es decir, que a la menor no se le prestó de manera oportuna y diligente la atención necesaria en el servicio de Urgencias al que consultó por primera vez para el día 26 de septiembre de 2006, en el Dispensario de la ciudad de Florencia.

Lo anterior, dada la compleja sintomatología que evidenciaba la paciente, se debía optar por su remisión a un centro de atención de mayor nivel, en el que se contara con médicos especializados, dado que la médica de turno que la atendió no encontró la causa o diagnóstico del cuadro clínico, y optó por darle salida tras aplicarle medicamentos para el dolor (26 y 27 de septiembre de 2006), motivo por el cual la menor, debió ingresar nuevamente al dispensario, toda vez que su patología cada vez se tornaba mas (sic) crónica, sin que se determinara el diagnóstico y tratamiento específico.

(...)

Se señala además, que no existe hipótesis de muerte que este sustentada en exámenes, máxime que al no existir necropsia no se puede siquiera llegar a una hipótesis aproximada, en este evento, se configuran así serias omisiones por parte de la Entidad aseguradora de

salud de la menor ROCHA CUELLAR, a cargo del Dispensario No 12 del Ejército Nacional, Institución que tenía la obligación como garante de su salud, de establecer con propiedad y bajo los parámetros clínicos o científicos la causa o diagnóstico del deceso de la menor, para ser informado a sus familiares”

67. ii) Respecto a la imputabilidad fáctica y jurídica del daño, puso de presente que en atención a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado<sup>110</sup> “los daños sufridos por los pacientes a quienes no se les preste un servicio médico eficiente y oportuno, le son imputables al Estado, como se lee: “[el] Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causas de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resulten convenientes a la salud del paciente, pero se oponían a sus propias opciones vitales”.

68. (iii) Frente al nexo causal, señaló que “para el Despacho, se encuentra fehacientemente demostrado el nexo causal entre la omisión de la entidad accionada, al no prescribir oportunamente el diagnóstico que determinara la patología presentada por la menor ROCHA CUELLAR, por la falta de diligencia a cargo de médicos generales en el Dispensario Médico, por cuanto se probó en el proceso que la atención médica suministrada al paciente fue inadecuada en el sentido, que se dispuso su salida del centro hospitalario, no obstante que no se había recuperado completamente de las dolencias que aquejaban a la menor, dado que es tras su segundo ingreso que se resuelve remitirla a medicina interna, cuando ya había avanzado de manera crónica la sintomatología, sin que a la fecha de esta sentencia se puede determinar la causa del deceso”.

69. Aunado a lo anterior, el juez de primera instancia en la parte considerativa decidió excluir a Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar, hermana de la víctima, del reconocimiento y pago de los perjuicios morales al argumentar que “si bien, se acredita mediante Registro Civil de Nacimiento de la menor VIRGINIA DE LOS ANGELES ROCHA CUELLAR, su calidad de hermana con la víctima, así como su legitimación por activa, no se solicito (sic) en el acápite de las declaraciones y condenas el reconocimiento de perjuicios morales en el cuerpo de la demanda”.

70. En la parte resolutive de la sentencia proferida el 28 de junio de 2013 se declaró la falta de legitimación en la causa por activa de María Oliva Romero Cuellar, Amelia, Olga, Maida, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal pues no allegaron al proceso prueba alguna que acreditara el parentesco con la víctima.

71. El 9 de julio de 2013 la parte actora apeló la anterior decisión para solicitar la reforma de la misma al considerar que se omitió tasar el daño a la vida de relación que igualmente se causó con la muerte de la menor. En sustento de ello, expuso que las condiciones de vida de su familia han cambiado al interior del hogar con la muerte de su hija, a tal punto que, su mundo exterior se modificó de una manera negativa.

72. En el recurso de apelación la demandante solicitó: i) incluir a Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar en la condena por daño moral y daños a la vida de relación, pues afirmo que actuaba en nombre propio y en representación de la menor Virginia en su calidad de hermana de la occisa, ii) se tenga como legitimados en la causa por activa a María Oliva Romero Cuellar, Amalia, Olga, Maida, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal y se acceda a la respectiva indemnización solicitada de acuerdo a las circunstancias especial que impidieron allegar la prueba documental que acreditaba el parentesco.

73. Igualmente, la entidad demandada interpuso recurso de apelación y solicitó negar las



pretensiones de la demanda al argumentar que en el expediente no hay suficiente material probatorio que demuestre la negligencia médica, situación que le corresponde a la parte actora quien tiene la carga de probar todos los supuestos de hecho invocados en esta oportunidad.

74. Los demandados afirmaron que en el proceso de reparación directa no se aportó prueba testimonial y científica que demostrara de forma clara y directa las circunstancias específicas de los hechos alegados en la demanda en lo que respecta a la no atención inmediata brindada y la demora injustificada en el tratamiento.

75. En sentencia de 20 de noviembre de 2017 la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá revocó la decisión apelada y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda. En sustento de lo decidido, concluyó que no existía certeza sobre la causa de la muerte de la menor pues no se realizó inspección médico legal de necropsia por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

76. La autoridad judicial indicó que la parte actora no solicitó la realización de un dictamen pericial con el fin de determinar de manera científica, técnica y fehaciente:

ii) El diagnóstico que padecía la menor Rocha Cuellar a efectos de establecer si había mal actuar o una demora o tardanza injustificada en la remisión de la atención.

iii) En tal caso, si ese mal diagnóstico o tardanza fue la causa directa o indirecta de la muerte de la menor”.

77. La Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá afirmó que no existía prueba en el proceso que determinara la relación del nexo causal entre la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar y el actuar de la médica rural que atendió a la menor en el Dispensario médico de servicios del Batallón No. 12 de Florencia, los días 26 y 27 de septiembre de 2006.

78. El juez de segunda instancia en la acción de reparación directa concluyó que de las decisiones tomadas por el Tribunal de Ética Médica y la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ejército Nacional se evidencia que “la médico rural no incurrió en una mala actuación o contraria a la Lex artix y a los protocolos médicos, aplicando todos los recursos que estaban a su alcance”.

#### La imputación

79. En todo proceso de responsabilidad médica la reclamación de indemnización está referida principalmente al hecho de negligencia y adicionalmente, a los daños que de ella sobrevengan. Así, en el presente caso la accionante reclama los perjuicios morales por (i) la presunta negligencia en que incurrió la médica rural Inelia Urueta González al tratar a su hija los días 26 y 27 de septiembre de 2006 y (ii) la posterior muerte de la menor.

80. En primer lugar, la Sala pasará a determinar si de los elementos obrantes en el expediente existe prueba directa o indiciaria a partir de la cual se pueda predicar la negligencia del Dispensario No. 12 en la atención del servicio médico prestado a Diana Andrea Rocha Cuellar, para lo cual se efectuará el análisis de lo relativo al diagnóstico efectuado, la historia clínica que da cuenta de los procedimientos y tratamientos propiciados a la paciente y la ausencia de la necropsia, para establecer si las mismas pueden ser consideradas constitutivas de negligencia médica.

81. Posteriormente, en el caso en que se determine que existió negligencia por parte de la médica rural que atendió a la hija de la accionante, la corporación pasará a establecer si existe dependencia entre la misma y la muerte de la menor con el fin de establecer el posible nexo causal.

Sobre la configuración de negligencia en el caso concreto

82. Examinado el material probatorio aportado al proceso de tutela, el cual hizo parte del expediente contentivo de la demanda formulada por la peticionaria y otros a través del medio de control de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-, radicado número 18-001-33-31-002-2007-00051-00, se conoce que:

83. El 26 de septiembre de 2006 la hija de la accionante ingreso al citado centro hospitalario al presentar “cuadro clínico de aproximadamente 11 horas de evolución de dolor en región lumbar. Intenso de inicio súbito, asociado a hiporexia. Vomito en una ocasión, refiere disuria.

Examen físico:

Temp. 36.8 T.A. 105/65 F.C. 82/min F.R. 20/min”.

84. Así, la médica tratante tomó la decisión de manejar a la paciente con analgésicos y solicitó cuadro hemático, que incluyó recuento de plaquetas y citoquímicos de orina. La historia clínica refiere que los resultados de los exámenes practicados se encontraron dentro de los límites normales, por lo que decidió “realizar manejo para infección urinaria

ambulatorio, ya que en ese momento la paciente no cumplía con criterios de manejo hospitalario, realizó fórmula médica con Norfloxacin (Antibiótico), Naproxeno (Antiinflamatorio y Analgésico), Vitamina C”.

85. Conforme con lo anterior, la Sala no comprende con fundamento en qué exámenes la médica rural del Dispensario No. 12 de Florencia consideró que la paciente presentaba una infección urinaria y era suficiente con el tratamiento ambulatorio, pues en la historia clínica aportada mediante oficio No. 0071/MD-CE-DIV6-BASPC12-ESM-51.3 del 12 de febrero de 2013 suscrito por el Establecimiento de Sanidad Militar de la Brigada No. 12, no se hace referencia a tal patología como un diagnóstico plenamente acreditado.

86. Al respecto, se reitera que la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea extremadamente diligente y cuidadoso al momento de evaluar al paciente. En esa medida, el médico debe emplear todos los recursos a su alcance para “recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente”<sup>111</sup>.

87. Así las cosas, a la médica rural que atendió a Diana Andrea Rocha Cuellar le asistía el deber de utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál era la enfermedad que sufría la menor<sup>112</sup>. No obstante, en la historia clínica expedida por el Dispensario No. 12 del Ejército Nacional no obra registro de los exámenes o procedimientos efectuados a la menor. Sobre lo ocurrido el 26 de septiembre de 2006 únicamente se tiene certeza de que la médica rural sospechó que se trataba de una simple infección urinaria y procedió a ordenar su salida.

88. Por lo anterior, en el presente caso no se puede determinar si hubo o no error en el diagnóstico, como asegura la accionante, pues, se reitera, en la historia clínica de Diana Andrea Rocha Cuellar no se evidencia cual fue realmente la atención brindada a la paciente o

que la misma cumpliera o no con los estándares de calidad fijados por el estado del arte vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso.

89. En el presente caso, únicamente se cuenta con lo manifestado por la doctora Inelia Urueta González en la diligencia de descargos dentro del proceso disciplinario No. 1925 de 2007 iniciado en su contra por el fallecimiento de Diana Andrea Rocha Cuellar, oportunidad en la que declaró ante el Tribunal de Ética Médica que “le tomó una historia clínica adecuada, la examinó en forma completa, le solicitó exámenes básicos de laboratorio, sospechando infección urinaria y ordenando el tratamiento respectivo”<sup>113</sup>.

90. El diagnóstico al que arribó la médica rural con base en una mera sospecha devino en que Diana Andrea Rocha Cuellar fuera ingresada nuevamente el 27 de septiembre de 2006 al Dispensario No. 12 debido a que su patología cada vez se tornaba más crítica.

92. La única información que se tiene sobre lo sucedido ese día (27 de septiembre de 2006) es lo manifestado por la doctora Inelia Urueta González ante el Tribunal de Ética Médica al informar que “una vez volvió la paciente se le dejó en observación con hidratación, continuó decaendo de manera que a las 3:00 pm y al estar la tensión arterial en 60-30, fue remitida a la Clínica Saludcoop para evaluación por medicina interna”<sup>115</sup>.

93. No obstante lo anterior, en el material probatorio analizado no se observa que la médica rural haya alegado la falta de recursos técnicos necesarios de acuerdo al nivel de atención que disponía el Dispensario No. 12 para tratar a la menor, ni expuso razones válidas que justifiquen su omisión para remitirla de forma inmediata a un centro médico de mayor nivel de atención en salud, pese a que era evidente el progresivo deterioro de la paciente, o el por qué de su decisión de dejarla en observación al evidenciar que su estado desmejoraba con el

paso del tiempo. Lo anterior por cuanto, la historia clínica no cuenta con los anexos que sustenten administrativa, técnica, científica los procedimientos y actuaciones realizadas a la hija de la accionante<sup>116</sup>.

94. Pese a que en el presente caso no existen elementos de juicio para contrastar o cotejar el diagnóstico emitido por la médica rural, para la Sala existen elementos que ponen en duda la atención brindada a la paciente los días 26 y 27 de septiembre de 2006 en el Dispensario No. 12 de Florencia, Caquetá, pues aun cuando se evidencia que fue valorada en dos ocasiones por la médica rural, no se acertó en un tratamiento adecuado a sus padecimientos, ni existe razón del por qué no se remitió de manera urgente a un centro especializado.

95. Así las cosas, al momento de ordenar su remisión a un centro médico de mayor nivel para que fuera evaluada por un especialista, para el 28 de septiembre de 2006 sus condiciones ya eran críticas, debido a que presentaba cuadro clínico de tres días de evolución consistente en “fiebre alta no cuantificada asociada a escalofríos, malestar general, dolor lumbar, disuria, poliuri; (...) palidez intensa, mareo, sudoración, dolor abdominal difuso, incremento de dolor lumbar, dolor pélvico, dolor torácico inespecífico, vomito en múltiples ocasiones y deterioro del estado general”.

96. Lo anterior se corrobora con la historia clínica aportada al proceso de reparación directa en oficio GG-AU-0576-09 del 29 de julio de 2009 proferido por EMCOSALUD<sup>117</sup> y en la solicitud de remisión de pacientes a nombre de Diana Andrea Rocha Cuellar suministrada por SALUDCOOP Clínica Santa Isabel<sup>118</sup>.

97. Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que el cuerpo médico del Dispensario No. 12 incurrió en una notoria negligencia en el caso de la menor Diana Andrea pues en el expediente no obra la necropsia necesaria para establecer de modo cierto la causa de la muerte de la hija de la demandante.

98. Lo anterior, en claro desconocimiento de las disposiciones consagradas en el Decreto 786 de 1990<sup>119</sup> pues, en la medida en que se planteaba que la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar se ocasionó por un acto médico (negligencia en la prestación del servicio), le correspondía al Dispensario No. 12 del Ejército Nacional en Florencia solicitar u ordenar la práctica de la necropsia; de allí que, de haberse abstenido de hacerlo, sin que obre constancia de que haya sido por oposición de la madre u otro familiar de la menor, constituye un hecho indicador de la falta de voluntad para establecer la causa de su muerte, lo que, según las reglas de la experiencia, permite inferir que, para el personal del citado dispensario, esta última le era imputable<sup>120</sup>.

99. Así las cosas, al no realizar la necropsia se cerró la posibilidad de conocer la verdad sobre los hechos que desencadenaron la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar; circunstancia esta que, se reitera, es únicamente imputable al Dispensario No. 12 del Ejército Nacional en Florencia, Caquetá.

100. Las fallas advertidas en la tardanza en remitir a la paciente a un centro de salud de mayor nivel y la omisión del deber legal de practicar la necropsia como elemento de veracidad son más que suficientes para establecer que en el presente caso efectivamente se dejaron de valorar elementos probatorios en el proceso de reparación directa iniciado por la accionante.

101. Asimismo, para la Sala de Revisión es claro que el Tribunal Administrativo del Caquetá efectivamente vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, toda vez que incurrió en defecto fáctico por omitir valorar y/o apreciar equívocamente varias pruebas relevantes e indispensables para la resolución del caso.

102. En el presente caso, no resulta razonable la conclusión a la que arribó la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá al afirmar que “la paciente fue tratada de acuerdo a los conocimientos (resultados del examen físico realizado a la menor) y de los recursos técnicos (los exámenes de laboratorio como lo es el de orina)” por cuanto:

i) Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para acreditar el buen servicio medicó el profesional debe utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente<sup>121</sup>; circunstancia esta que no está demostrada en el presente caso, pues, se reitera, la médica rural afirmó que procedió según una sospecha y de los procedimientos que presuntamente realizó, “exámenes de laboratorio como lo es el de la orina”, no hay prueba en la historia clínica de la menor.

ii) Del material probatorio aportado al expediente se evidencia que la médica tratante decidió recetar un tratamiento con base en una mera sospecha (infección urinaria), hipótesis que nunca fue confirmada.

iii) No puede el tribunal accionado dar por hecho que se agotaron todos los recursos técnicos en el caso analizado pues en la historia clínica de la menor aportada al proceso de reparación directa, mediante oficio No. 0071/MD-CE-DIV6-BASPC12-ESM-51.3 del 12 de febrero de 2013, por el Establecimiento de Sanidad Militar de la Brigada No. 12, no obra prueba de los resultados de dichos exámenes de laboratorio<sup>122</sup>, ni de ningún otro, con lo cual se evidencia que la autoridad judicial se limitó a valorar únicamente las decisiones proferidas por el Tribunal de Ética Médica y la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ejército Nacional, en las que se absolvió a la profesional en salud de toda responsabilidad.

iv) Asimismo, se observa que la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá pasó por alto que la historia clínica aportada por el Dispensario No. 12 incumple con los requisitos



establecidos en la Ley 23 de 1981, desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de esta corporación, al no reporta la identificación completa de la usuaria que permita su plena individualización, pues carece de los datos personales tales como: estado civil, documento de identidad, fecha de nacimiento, ocupación, dirección de domicilio, lugar de residencia, teléfonos de ubicación, empresa prestadora de salud o aseguradora a la que se encontraba afiliada Diana Andrea, entre otros.

v) Finalmente, la autoridad judicial accionada pasó por alto que en el presente caso se debía practicar necropsia en los términos establecidos en el el Decreto 786 de 1990.

103. Con lo anterior, se demuestra que el Tribunal Administrativo del Caquetá profirió su decisión con base en lo afirmado por la médica rural Inelia Urueta González el 19 de septiembre de 2011 dentro de la actuación disciplinaria efectuada en su contra por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa y sin valorar o corroborar lo allí manifestado con las demás pruebas obrantes en el proceso de reparación directa.

104. Así las cosas, en el presente caso no es de recibo lo afirmado por el tribunal administrativo en segunda instancia por cuanto es evidente que sí obran elementos materiales de prueba que debieron ser tenidos en cuenta al momento de proferir el respectivo fallo en esa instancia judicial.

Respecto de la posibilidad de predicación de causalidad frente al deceso de Diana Andrea Rocha Cuellar

105. Una vez comprobada la configuración de la negligencia por parte del Dispensario No. 12, elemento per se constitutivo de daño, la Sala Séptima de Revisión procede a determinar

si tal falla en la prestación del servicio puede ser considerada causa cierta o, al menos altamente probable, de la muerte de la hija de la demandante. Para lo anterior se precisa que, la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce al juez la potestad de establecer la causalidad mediante el razonamiento indiciario al disminuir el peso del onus probatorio de la parte actora<sup>123</sup>.

106. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo advierte que al emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad en la prestación del servicio de salud frente a la ocurrencia de un resultado desfavorable, se debe considerar que todo procedimiento médico implica cierto grado de riesgo. En esa medida, las obligaciones de los profesionales en salud se entienden como de medio y no de resultados.

107. Para el Consejo de Estado la obligación del personal médico de prestar un servicio adecuado no puede, de modo alguno, extenderse más allá de las posibilidades que el estado del arte le permite. Lo anterior por cuanto, en palabras de esa corporación, la ciencia médica “no tiene la virtud de abrogar la vulnerabilidad y la mortalidad humana, ni jamás ha sido concebido como una técnica infalible de resultados garantizados. No está, pues, obligado el médico a evitar de modo absoluto la muerte o la enfermedad sino a emplear todos los medios posibles para la preservación de la vida y la salud”<sup>124</sup>.

108. Así, el Consejo de Estado sostiene que en los casos como el que ahora se revisa, es necesario establecer si de los hechos consignados en la historia clínica y la confrontación de los mismos con las reglas de la experiencia se puede concluir razonablemente que la negligencia predicable de la conducta del centro médico fue la causa efectiva del deceso del paciente<sup>125</sup>.

109. La Sala encuentra que ante el desconocimiento de la causa de la muerte de la hija de la demandante no es posible saber si ésta pudo haber sido evitada de haberse practicado un

examen más especializado y mucho menos, que con la sola remisión de la paciente a una clínica de mayor nivel hubiera sido suficiente para detectar la patología que la aquejaba y ser tratada adecuadamente.

110. Para esta Corporación el hecho de que el Dispensario No. 12 haya omitido su deber legal y reglamentario de practicar la necropsia en los términos establecidos en el Decreto 786 de 1990 debe ser considerado como un acto grave de negligencia pues impide efectuar un análisis para establecer la conexión entre una culpa antecedente y el resultado fatal.

111. La Sala concluye que, tal como lo hizo la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá, ante la inexistencia de la necropsia es imposible establecer el nexo de causalidad entre la negligencia observada y la causación de la muerte.

112. No obstante, el Consejo de Estado establece que en los casos en que se compruebe que la falta de la prueba necesaria para el establecimiento del nexo de causalidad es el resultado de una omisión de la parte demandada, que impide imputar con certeza la muerte de un paciente, será procedente la fijación de un monto a indemnizar en un valor igual al que se seguiría de la imputación efectiva del deceso a la entidad demandada al constituirse el obrar en una negligencia médica de tal magnitud que justifica la reparación por el daño causado<sup>126</sup>. En esa medida, en el presente asunto resulta procedente el reconocimiento de perjuicios morales a nombre de la señora Mariela Cuellar Carvajal y de sus familiares por la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar.

113. En el caso concreto se observa que, si bien es incierta la relación de causalidad entre la negligencia en el momento del diagnóstico y la subsiguiente demora en el traslado, sí es cierta la incidencia de esta circunstancia en el ánimo de la madre (objeto constitutivo del daño moral). En efecto, la sospecha de el diagnóstico (y en las primeras medidas de tratamiento, que probaron su ineficiencia), así como la tardía remisión a centros de mayor nivel tuvieron como consecuencia la prolongación de los sufrimientos de la paciente, y su

empeoramiento, ante la mirada impotente de su madre.

114. Al respecto hay que recordar que, si bien el desconocimiento de la causa de la muerte de la menor impide establecer el nexo de causalidad entre el tratamiento y su fallecimiento, o el grado de probabilidades de recuperación, lo que sí es cierto es que incidió en el retraso en la remisión a un centro de mayor nivel con mejores posibilidades de diagnóstico y tratamiento. Es decir, se privó con certeza a la paciente de la posibilidad de tratamiento (paliativo o curativo) aunque no se pueda establecer en qué medida se le privó de la oportunidad de curación.

115. Ordinariamente, la imposibilidad de establecer nexo cierto de la causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente impide la predicación de la responsabilidad directa por daño distinto a la falla misma, y por lo tanto incide negativamente en el reconocimiento de las pretensiones indemnizatorias. Sin embargo, dado que en el caso concreto la razón por la que se hace imposible establecer la causa de la muerte radica en actuaciones imputables a la parte demandada (v.gr. no practicar una necropsia obligatoria), aceptar esta imposibilidad gnoseológica sería tanto como aceptar una defensa basada en la invocación de la mala fe (recordar el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nadie puede invocar en su favor su propia culpa). En la medida en que los defectos que hoy hacen imposible el establecimiento de uno de los elementos determinantes de la responsabilidad imposibilitan el esclarecimiento de la verdad de los hechos, y frenan el juicio de responsabilidad, se ha de entender que esta conducta, incide en el derecho a la verdad de los accionantes y, en cierto modo, en el derecho de acción. Por esta razón, siguiendo lo establecido en la sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 26311, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, se deberá indemnizar como si fuera cierta la causalidad.

116. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se ha de reconocer el monto máximo establecido por el Consejo de Estado para el reconocimiento del daño moral, entendiendo, eso sí, que el

bien lesionado e indemnizado en este caso no es directamente la vida, sino una conjunción otros varios bienes, cuya lesión se probó en el proceso. Concretamente, los bienes relativos a prestación adecuada del servicio de salud o el derecho a la verdad (con su incidencia en el derecho de acción).

117. Ahora bien, en atención a que las pretensiones esbozadas por la señora Mariela Cuellar Carvajal en el recurso de apelación del 9 de julio de 2013 fueron reiteradas en el escrito de tutela de la referencia, las cuales se circunscriben a que el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, modifique la decisión del 28 de junio de 2013 y acceda a (i) el reconocimiento de los perjuicios por daño a la vida de relación, (ii) incluir a la menor Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar en la condena por daño moral y daño a la vida de relación y (iii) el reconocimiento de la legitimación en la causa por activa de los señores María Oliva Romero Cuellar, Amelia, Maida, Olga, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal para actuar dentro del proceso de reparación directa y se ordene la respectiva indemnización solicitada. La Sala Séptima de Revisión estima pertinente efectuar las siguientes precisiones:

Sobre el reconocimiento de perjuicios por el concepto de daño a la vida de relación

118. La Sala insiste en que, según la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, unificada en la providencia de 14 de septiembre de 2011 y reiterada por la Sala Plena de la Sección Tercera de esa corporación en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014<sup>127</sup>, la tipología de perjuicios que se pueden reconocer actualmente son: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud; iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de ‘daño corporal o afectación a la integridad psicofísica’ y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño.

119. Al realizar la adaptación correspondiente a la comentada línea jurisprudencial, debe entenderse que, en cuanto la parte actora solicitó la indemnización por “daño a la vida de relación”, esta pretensión encuadra en lo que hoy la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos.

120. Así las cosas, cuando se trate de alteraciones que afectan la calidad de vida de las personas, los perjuicios se deberán reconocer bajo la denominación de daños derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, eventos en los que se podrá solicitar una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral<sup>128</sup>.

121. En todo caso, tal indemnización se reconocerá mediante la adopción de medidas no pecuniarias a favor de la víctima y sus familiares más cercanos, y excepcionalmente, cuando dicha medida no sea procedente, se accederá a una indemnización de hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes exclusivamente a favor de la víctima directa<sup>129</sup>, siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso, la reparación integral se debe efectuar teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos.

122. La señora Mariela Cuellar Carvajal solicita que se modifique la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, el 28 de junio de 2013 y se reconozcan los perjuicios por daños derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Para sustentar su petición afirma que “las condiciones de vida han cambiado al interior del hogar desde el momento en que Diana Cuellar perdió su vida, afectando el mundo exterior de los demandantes en cuanto se deriva una modificación negativa de su entorno”.

123. Sin embargo, de la citada afirmación, y una vez efectuado el análisis de los elementos que obran en el expediente, la Sala no evidencia que la demandante acredite la lesión a alguno de los bienes constitucionales convencionalmente amparados, distinta a la aflicción que siente por la muerte de su hija Diana Andrea y que le permite acceder a la indemnización de perjuicios morales. Lo anterior por cuanto, es natural que las personas que pierden a un ser querido (eventos de muerte) sufran profundos sentimientos de tristeza.

124. Así las cosas, en el presente caso no se demostró que la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar le produjera a los demandantes (padres, hermanos, tíos y abuelos) la afectación a algún bien constitucionalmente protegido que deba ser indemnizado y, por consiguiente, no es procedente el reconocimiento de este perjuicio.

Sobre la inclusión de la menor Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar en la condena por daño moral en calidad de hermana de la occisa

125. El artículo 306 del Código Civil<sup>130</sup> preceptúa que “la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem. En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador ad litem”.

Así, el ordenamiento jurídico garantiza la defensa de los derechos de quienes no han alcanzado la mayoría de edad a través de la representación legal sus padres conjuntamente

o por separado, con lo cual se suple su falta de capacidad.

126. En el presente caso, la señora Mariela Cuéllar Carvajal, y otros, en nombre propio y en representación de su hija Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar presentó, mediante apoderada judicial, demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con ocasión de la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar.

127. En primera instancia el proceso ordinario fue decidido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, el 28 de junio de 2013, autoridad judicial que declaró la responsabilidad en cabeza de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los daños causados a los demandantes con ocasión de la muerte de Diana Andrea Rocha Cuellar el 28 de septiembre de 2006.

128. Por lo anterior, el juez de primera instancia condenó a la parte demandada a cancelar los perjuicios morales a nombre de los legitimados en el proceso de reparación. No obstante, y pese a que en el trámite judicial se acreditó la legitimación en la causa por activa de la menor Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar en calidad de hermana de la víctima, mediante el registro civil aportado al proceso, la excluyó del reconocimiento y pago de los perjuicios morales al argumentar que “si bien, se acredita mediante Registro Civil de Nacimiento de la menor VIRGINIA DE LOS ANGELES ROCHA CUELLAR, su calidad de hermana con la víctima, así como su legitimación por activa, no se solicitó (sic) en el acápite de las declaraciones y condenas el reconocimiento de perjuicios morales en el cuerpo de la demanda”.

129. Analizada la situación fáctica descrita, la Sala reitera que en la Sentencia C-113 de 2017<sup>131</sup> esta corporación indicó que en desarrollo del artículo 44 constitucional y en atención a la transversalidad del principio universal del interés superior del niño<sup>132</sup>, el Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce que los menores de 18 años son sujetos titulares de derechos (art. 3); razón por la cual su protección integral implica, además de



reconocerles tal condición, la garantía del cumplimiento de sus derechos en atención al principio del interés superior (art. 7); el cual, se delimita como un imperativo para la familia, la sociedad y el Estado que garantice la satisfacción integral de sus derechos, bajo una comprensión universal, prevalente e interdependiente de los bienes de los que son titulares (art. 8).

130. Aunado a lo anterior, el Comité de la Convención de los derechos del niño en su Observación No. 14, determina que el interés superior del menor adquiere una triple condición como:

“(i) derecho sustantivo a que su interés superior sea una consideración primordial a evaluarse e incidir en la decisión a adoptar, de aplicación inmediata e invocación directa ante los tribunales;

(ii) principio jurídico interpretativo, en virtud del cual ante la posibilidad de más de una interpretación sobre una disposición debe preferirse la que satisfaga tal exigencia; y,

(iii) como norma de procedimiento, en virtud de la cual en todo caso en el que se encuentre de por medio los intereses de un menor deben estimarse las repercusiones de la solución. La justificación de la decisión del funcionario respectivo, finalmente, debe evidenciar que se ha respetado el interés superior del niño<sup>133</sup>”.

131. En el caso sub judice, se advierte que el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, en el proceso de reparación directa adelantado por la familia de la fallecida Diana Andrea, incurrió en un exceso ritual manifiesto al imponer una carga exagerada a la parte más débil de la relación jurídica procesal como era la integrada por la hermana menor de la causante (representada legalmente por la accionante), en desconocimiento de su posición de garante de los

principios y derechos constitucionales, entre ellos, los relacionados con el interés superior del niño, la prevalencia del derecho sustancial, el debido proceso, la igualdad material y el acceso a la administración de justicia.

132. La imposición de esta carga irrazonable y desproporcionada a la accionante de solicitar en el acápite de declaraciones y condenas el reconocimiento de perjuicios morales a nombre de su representada en la demanda desconoció la condición de sujeto de especial protección constitucional de Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar y conllevó un resultado injustificado que se materializó en una sentencia arbitraria e irracional que otorga la reparación de perjuicios a miembros del grupo familiar, entre ellos, padres, abuelos y hermano de la causante, pese a que no cuentan con mejor derecho del que goza la menor excluida de la indemnización.

133. Para la Corte se configura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando un funcionario concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial (art. 228 C.P) y, por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia (art. 229 C.P)<sup>134</sup>, por ejemplo, cuando se hace una exigencia irreflexiva en torno al cumplimiento de requisitos formales, tal como aquí sucedió.

134. El fallo judicial de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, pese a que declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por el deceso de Diana Andrea Rocha Cuellar, dejó sin indemnización a su hermana al argumentar que su representante legal debió solicitar el reconocimiento de los perjuicios en un acápite de la demanda en especial.

135. Tal interpretación del ordenamiento procesal y específicamente el requisito impuesto para que la menor pudiera acceder al reconocimiento de perjuicios morales, resultó rígida,

irreflexiva y carente de todo sentido de justicia material, desconociendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado indica que el perjuicio moral padecido por los demandantes se prueba con el parentesco con la víctima, resultando suficiente para tenerlo por configurado, pues en la aplicación de la experiencia se puede inferir que la muerte de un familiar (padre, hijo, hermano) causa un profundo dolor y aflicción.

137. Así las cosas, el valor que el juzgador dio a las formas procedimentales quebrantó la prevalencia del derecho sustancial al goce efectivo de la reparación plena de perjuicios que le asistía a la menor. Adicionalmente, es imperioso señalar que en desarrollo del proceso ordinario contencioso administrativo de reparación directa, ninguna de las entidades demandadas cuestionó el parentesco de la menor Virginia de los Ángeles y la víctima, ni la debida representación legal que ejerció la demandante en calidad de progenitora, y tampoco se controvertió, el derecho que le asistía a la reparación de perjuicios por la muerte de su difunta hermana.

138. Tal situación representa una vulneración al acceso a la administración de justicia, dado que en la práctica se denegó justicia a quien era víctima cierta y plenamente identificada de Diana Andrea Rocha Cuellar, fallecida por fallas imputables al Estado en la prestación del servicio de salud a su cargo.

139. En conclusión, de acuerdo a los principios constitucionales, los instrumentos internacionales, las disposiciones legales y la jurisprudencia de esta corporación<sup>135</sup> la Sala concluye que en el presente caso se incurrió en un exceso ritual manifiesto y se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar en el marco del proceso contencioso administrativo de reparación directa No.18-001-33-31-002-2007-00051-00 al excluirla de la indemnización de perjuicios morales cuya calidad de víctima no fue puesta en duda durante el trámite judicial.

Sobre el reconocimiento de la legitimación en la causa por activa para actuar dentro del proceso de reparación directa de los señores María Oliva Romero Cuellar, Amelia, Olga, Maida, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal

140. La Sala reitera que la legitimación en la causa por activa ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como “la titularidad de los derechos de acción y de contradicción”.

Este fenómeno procesal se clasifica en legitimación de hecho y material, la primera de ellas hace referencia al interés conveniente y proporcionado del que se da muestra al inicio del proceso, la segunda es objeto de prueba y le otorga al actor la posibilidad de salir adelante en las pretensiones solicitadas, previo análisis de otras condiciones.

141. Sobre este punto ha expuesto el Consejo de Estado:

“(…) Varios y reiterados han sido los pronunciamientos de la Sección Tercera tendientes a diferenciar los dos aspectos medulares de la figura de la legitimación en la causa. Así ha dicho que en la reparación directa, la legitimación en la causa está dada por la condición de damnificado del demandante, hablándose de legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar “la persona interesada podrá”, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio, en contraste con el presupuesto de sentencia favorable de las pretensiones que constituye la legitimación material, la cual se desprende de la prueba efectiva de la condición de damnificado, que le permitirá a quien demandó obtener, con la satisfacción de otros supuestos, la favorabilidad de las pretensiones. Puede ocurrir entonces que la afirmación de hecho en la demanda y a términos del artículo 86 del C. C. A, de que la parte demandante se crea “interesada” (legitimación de hecho en la causa) no resulte cierta en el proceso, y por lo tanto no demuestre su

legitimación material en la causa”<sup>136</sup>.

142. De otro lado, el antiguo Código Contencioso Administrativo<sup>137</sup> al referirse sobre los anexos que debía contener toda demanda, preveía que la misma debía acompañarse del documento idóneo que acreditara el carácter con el que el actor se presenta al proceso (artículo 139<sup>138</sup>).

143. De acuerdo con lo preceptuado, se tiene que la accionante pretende que se les reconozca la legitimación en la causa por activa dentro del proceso contencioso administrativo de reparación directa No.18-001-33-31-002-2007-00051-00 a los señores María Oliva Romero Cuellar, Amelia, Olga, Maida, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal, en calidad de tíos de la víctima, pese a que no aportaron los registros civiles de nacimiento, ni ninguna otra prueba idónea que acreditara el parentesco con Diana Andrea Rocha Cuellar.

144. La demandante argumenta que “el lugar donde se expiden dichos documentos (Norcasia) es un lugar marcado por la presencia de grupos al margen de la ley quienes autorizan la entrada y salida del corregimiento y debido a que la familia tuvo que salir como consecuencia de las amenazas que se materializaron con la muerte de un familiar, por tal razón afirma que dicho lugar es una “situación riesgosa” para los demandantes”; circunstancia esta por la que sus familiares no pudieron allegar la prueba documental que acreditaba el parentesco de los referidos ciudadanos con la menor fallecida.

145. No obstante, en el expediente no obra prueba de que los demandantes sufrieran una situación de desplazamiento forzado, tampoco se demostró que fueran víctimas de estigmatización o desintegro de su núcleo familiar por las circunstancias de orden público en el municipio que refiere la demandante.

146. Por lo anterior, la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión adoptada por el

Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión Judicial del Circuito de Florencia, Caquetá, el 28 de junio de 2013, de declarar la falta de legitimación en la causa por activa de los ciudadanos María Oliva Romero Cuellar, Amelia, Olga, Maida, Jova, Jaime y Nelson Cuellar Carvajal; razón por la cual no procedía reconocer monto alguno por perjuicios morales.

147. Lo hasta aquí constatado es suficiente para que se disponga la revocatoria de las decisiones de instancias adoptadas dentro del trámite de tutela y, en su lugar, se conceda el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la señora Mariela Cuellar Carvajal. En consecuencia, se dejara sin efectos la sentencia proferida dentro del proceso administrativo de reparación directa en segunda instancia por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017.

Por lo anterior, se ordenará al Tribunal Administrativo del Caquetá, en la sala o sección que corresponda, que profiera una nueva sentencia en la que se observen las consideraciones expuestas en esta providencia para el reconocimiento de los perjuicios causados a los demandantes a título de daño moral, incluidos los perjuicios ocasionados a la menor Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar, en calidad de hermana de la víctima directa<sup>139</sup>.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C el 17 de julio de 2019, que confirmó la providencia proferida por esa misma corporación, Sección Tercera – Subsección B el 11 de abril de 2019, que declaró improcedente la acción de tutela formulada por Mariela Cuellar Carvajal contra el Tribunal Administrativo del Caquetá. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de Mariela Cuellar Carvajal.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017 en el marco del proceso de reparación directa promovido por la accionante y otros contra la Nación - Ministerio de Defensa -Ejército Nacional-, cuyo radicado corresponde al número 18-001-33-31-002-2007-00051-00.

TERCERO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Caquetá, en la sala o sección que corresponda, que, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de este fallo, profiera sentencia de reemplazo en la que se observen las consideraciones expuestas en esta providencia para el reconocimiento de los perjuicios causados a los demandantes a título de daño moral, incluidos los perjuicios ocasionados a la menor Virginia de los Ángeles Rocha Cuellar, en calidad de hermana de la víctima directa.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General



## SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-319/20

REGIMEN DE IMPUTACION DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MEDICA-Precedente del Consejo de Estado (Salvamento de voto)

Frente a supuestos en los cuales se analiza la declaratoria de responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, es necesario determinar: i) que la conducta fue inadecuada; ii) cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración; y iii) en qué forma debió haber cumplido con su obligación, así como demostrar las circunstancias en que debía prestarse el servicio y no se hizo.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se debieron practicar pruebas de oficio y examinar el expediente administrativo (Salvamento de voto)

(...) hubiera bastado (...), con decretar y practicar pruebas en sede de revisión a efecto de que el fallo emitido por la Corporación contara con una visión amplia de los sucesos que antecedieron al fallecimiento de la niña, y la real afectación de la madre y de su hermana menor para que la decisión contara con mayor respaldo.

Acción de tutela presentada por Mariela Cuellar Carvajal contra el Tribunal Administrativo de

Caquetá.

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento salvamento de voto a la sentencia proferida en el asunto de la referencia.

1. Mariela Cuellar Carvajal acudió con su hija de 15 años al Dispensario No. 12 del Ejército Nacional de Florencia. Allí fue atendida por la médica rural que, en dos oportunidades, ordenó la salida de la menor por no advertir nada grave. Ante la insistencia de la madre, se ordenó su remisión a la Clínica de Saludcoop de la misma ciudad, donde fue examinada por el médico especialista, que ante la gravedad del estado de salud, pero sin determinar el diagnóstico, ordenó su traslado a Neiva, donde posteriormente falleció.

1. La señora Mariela Cuellar Carvajal y otros familiares promovieron acción de reparación directa contra el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional. En primera instancia, el Juzgado 2º Administrativo de Descongestión Judicial de Florencia declaró responsable a la Nación, condenándola a pagar los perjuicios morales causados a la familia de la menor, al haberse establecido “que el factor de imputación se derivó de la omisión de determinar el diagnóstico que le provocó la muerte”<sup>140</sup>. Esta decisión fue revocada por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo de Caquetá, al considerar que no existía certeza sobre la causa de la muerte de la menor<sup>141</sup>.

1. La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, declaró improcedente el amparo invocado por la madre de la menor contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Caquetá, tras considerar que no cumplía con los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad. Dicha determinación fue confirmada por la Subsección C de la Sección Tercera de esa Corporación, sosteniendo idéntica postura a la del a quo.

4. En la sentencia T-319 de 2020, la Sala Séptima de Revisión concluyó que el Tribunal accionado “incurrió en defecto fáctico por omitir valorar y/o apreciar equívocamente varias pruebas relevantes e indispensables para la resolución del caso”. Al respecto, encontró que: i) no se demostró la utilización de todos los recursos para determinar con precisión la enfermedad de la paciente, ii) la médica rural decidió recetar un tratamiento con base en una mera sospecha, iii) no se agotaron todos los recursos técnicos en el caso analizado, iv) la historia clínica incumplió los requisitos de la Ley 23 de 1981, y v) no se practicó la necropsia en los términos del Decreto 786 de 1990.

La Sala igualmente decidió que, ante la inexistencia de la necropsia y la imposibilidad de establecer el nexo de causalidad entre la negligencia observada y la causación de la muerte, debía aplicarse la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>142</sup>. Así, determinó que “en la medida en que los defectos que hoy hacen imposible el establecimiento de uno de los elementos determinantes de la responsabilidad imposibilitan el esclarecimiento de la verdad de los hechos, y frenan el juicio de responsabilidad, se ha de entender que esta conducta, incide en el derecho a la verdad de los accionantes y, en cierto modo, en el derecho de acción. Por esta razón, (...) se deberá indemnizar como si fuera cierta la causalidad”<sup>143</sup>.

Con todo, dispuso la revocatoria de las decisiones adoptadas dentro del trámite de tutela y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la parte actora. En consecuencia, dejó sin efectos la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo de Caquetá. En su lugar, le ordenó que profiriera un nuevo fallo en el que se observaran las

consideraciones expuestas en la providencia.

5. Mi desacuerdo con la decisión de la mayoría se fundamenta en los siguientes aspectos:

La ausencia de los elementos probatorios reconocidos en el fallo de la Corte

6. La sentencia T-319 de 2020 concluyó que el Tribunal Administrativo de Caquetá incurrió en un defecto fáctico al valorar equívocamente varias pruebas relevantes e indispensables para la resolución del caso. No obstante, al mismo tiempo, reconoció la inexistencia de prueba sobre i) el diagnóstico de la menor, ii) los resultados de los exámenes de laboratorio que le fueron practicados; y iii) si la muerte pudo haber sido evitada de haberse practicado un examen especializado.

Aunque en mi criterio esas falencias conducían el fallo en una dirección diferente, la Sala optó por determinar la existencia de “elementos que ponen en duda la atención brindada a la paciente”<sup>144</sup>, relacionados con no haberse practicado la necropsia y hallarse incompleta la historia clínica, y a partir de ello, determinó que existió negligencia por parte de la médica rural y responsabilidad del dispensario del Ejército.

Si bien tales situaciones constituían prueba indirecta de la posible negligencia que derivó en la muerte de la menor de edad, estimo que para arribar a tal conclusión se requería de la construcción de un argumento sólido que lo soportara. Para el efecto, hubiera podido acudir a la práctica probatoria en sede de revisión a efectos de que la Sala contara con elementos contundentes, necesarios en todo caso para concluir en la responsabilidad estatal en la que deriva el fallo, según se explica con mayor profundidad a continuación.

La necesidad de contar con el expediente administrativo

7. Resulta necesario recordar, como lo ha indicado esta Corte, que la labor oficiosa del juez cobra mayor fuerza en el escenario de la acción de amparo<sup>145</sup>. Con razón, la jurisprudencia ha enseñado que “en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”<sup>146</sup>.

Estimo entonces que, para concluir en la responsabilidad estatal, en el daño moral y en el consecuente el pago de los perjuicios ocasionados con la muerte de la menor, era indispensable que en sede de revisión se practicaran las pruebas que permitieran dilucidar las dudas que planteó la decisión de la cual me aparto.

Como se aprecia en el texto de la sentencia T-319 de 2020, el fallo de la Corte se funda en las copias que anexó la madre de la menor a la acción de tutela y no en el expediente contentivo del proceso contencioso administrativo, lo que, en mi criterio, no resulta suficiente para concluir que se omitió valorar elementos materiales de prueba al momento de emitir el fallo de segunda instancia.

Nótese que no se hizo un análisis de confrontación entre el contenido del proceso ordinario y lo que aportó la accionante. De ahí que resulte inapropiado afirmar que existe duda sobre los exámenes de laboratorio, que se supo dentro del trámite fueron practicados inicialmente a la menor víctima, o que incluso se determine la responsabilidad del dispensario de Florencia en la práctica de la necropsia cuando la menor falleció en Neiva, pues ni siquiera se contaba con el expediente administrativo que permitiera verificar la totalidad de las pruebas.

Aunque la muerte de la hija de la accionante pudo obedecer a una negligencia médica, considero que era imprescindible que la Sala contara con el expediente contentivo del

proceso de reparación directa para analizar las pruebas allegadas a este y no basarse en el recuento probatorio que efectuó la autoridad judicial de primera instancia, ya que este análisis precisamente era el que ofrecía dudas según consta en la misma decisión de la que me aparto.

De esta manera, la sentencia está respaldada, en mayor medida, en los argumentos expuestos en la decisión proferida por el Juzgado 2º Administrativo de Descongestión de Florencia. Así, parece un reflejo de la exposición realizada por el juez ordinario en el proceso de reparación directa que declaró patrimonial y extracontractualmente responsable a la Nación por la muerte de la niña.

La naturaleza de la acción de tutela contra providencia judicial es revisar el posible desconocimiento del derecho al debido proceso ante las actuaciones de los jueces ordinarios. El defecto fáctico parte de la existencia de irregularidades en la decisión judicial cuestionada que surgen de deficiencias probatorias del trámite impartido y que tuvieron la virtualidad de transformar por completo la decisión adoptada.

Precisamente por lo anterior, para analizar si se configuró ese defecto, es indispensable contar con el material probatorio que condujo a los jueces a adoptar determinada decisión y evaluar si su análisis se ajustaba a los parámetros del debido proceso. No es posible entonces realizar dicha labor sin contar con las pruebas cuyo análisis se cuestiona.

Desconocimiento del precedente del Consejo de Estado

8. Considero igualmente que el fallo desconoce la jurisprudencia que citó en punto del régimen de imputación derivado de la actividad médica<sup>147</sup>, en el que dio cuenta de que,

frente a supuestos en los cuales se analiza la declaratoria de responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, es necesario determinar: i) que la conducta fue inadecuada; ii) cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración; y iii) en qué forma debió haber cumplido con su obligación, así como demostrar las circunstancias en que debía prestarse el servicio y no se hizo.

A este respecto, se extraña un documento, un peritaje, un concepto técnico o la referencia a algún protocolo que respaldara cuál es la ruta de atención para eventos como el presentado y, sobre dicha base, concluir que la atención brindada por la médica rural del dispensario del Ejército lo obvió. No se menciona en el fallo cuál fue la atención que se dejó de brindar a la menor, y por qué los exámenes que se practicaron en su momento y la valoración que se hizo del caso no cumplen el protocolo que debe seguirse cuando se trata de un cuadro clínico como el presentado.

La sentencia T-319 de 2020 señala que para determinar si se presentó o no falla del servicio, se debe establecer el alcance de la obligación y precisar “en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende”<sup>148</sup>.

No obstante, la providencia adolece de una referencia a este respecto y reconoce que no existen elementos que permitan realizar una labor de tal naturaleza que, en mi sentir, se hacía necesaria. Así mismo, la Corte no solo sustentó su decisión en pruebas que generaban duda sobre la atención adecuada para la menor, sino que dejó de lado las decisiones del Tribunal de Ética Médica y de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ejército Nacional, que contenían la versión de los hechos dada por quienes tuvieron a su cargo la atención inicial de la víctima, y que hubiera permitido dilucidar los parámetros previamente señalados.

El rol de la Corte en el marco de las acciones de tutela contra providencias judiciales

9. Desde sus inicios, esta Corporación<sup>149</sup> señaló que la acción de tutela procede contra providencias judiciales de manera excepcional, siempre y cuando se encuentren cumplidos rigurosos requisitos de procedibilidad. Por tanto, con el fin de lograr un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, y la prevalencia y efectividad de los derechos constitucionales<sup>150</sup> la Corte ha sido clara en afirmar que la intervención del juez constitucional en asuntos decididos por otros jueces, en sus respectivas jurisdicciones, se puede adelantar únicamente con el fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados: “Al respecto, se ha establecido que el juez constitucional no puede suplantar o desplazar al juez ordinario en el estudio de un caso que, por su naturaleza jurídica, le compete. Éste sólo puede vigilar si la providencia conlleva la vulneración de los derechos constitucionales del tutelante, en especial, el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia”<sup>151</sup>.

La sentencia C-590 de 2005 indicó claramente que la procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial no es “un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien luego de haber pasado por un proceso judicial se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”.

En esas condiciones y contrario a lo resuelto, estimo muy respetuosamente que, con un



material insuficiente, la Sala Séptima pudo haber remplazado al juez natural de la causa, e incluso haber excedido su valoración a partir de datos incompletos para determinar la responsabilidad estatal, el daño moral y, por ende, la indemnización a que había lugar. En este evento hubiera bastado, insisto, con decretar y practicar pruebas en sede de revisión a efecto de que el fallo emitido por la Corporación contara con una visión amplia de los sucesos que antecederon al fallecimiento de la niña, y la real afectación de la madre y de su hermana menor para que la decisión contara con mayor respaldo.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento de voto a la decisión adoptada en la sentencia T-319 de 2020.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

2 Folio 1 del cuaderno principal. (En adelante se entenderá que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal, a menos que se indique lo contrario).

3 Folio 1.

4 Creada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo No. PCSJA17-10693 del 30 de junio de 2017, para el periodo del 4 de julio al 19 de septiembre de 2019.

5 Folio 2.

6 Ibídem.

7 Folio 3.

8 Ibídem.

9 Folios del 3 al 5.

10 Folios 149 al 151.

11 Folio 150.

12 Folios 11 al 23.

13 Folios 24 al 31.

14 Folio 32 al 42.

15 Folios 43 al 51.

16 Folios 52 al 76.

17 Folio 77.

18 Folios 98 al 113.

19 Folios 118 al 125.

20 Folio 126.

21 Folios 127 al 130.

22 Folios 131 y 132.

23 Por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2017.

24 Folios 182 al 185.

25 Folio 182.

26 Folio 183.

27 Folio 185.

28 Folios 197 al 2006.

29 Sentencia T-555 de 2009.

30 T-244 de 2016.

31 “Artículo 258. Causal. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.”

32 En los términos de la Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no exigen que la decisión cuestionada comporte necesariamente una irregularidad procesal, sino que tal irregularidad tenga un efecto determinante en la providencia que se impugna.

33 Sentencias C-590 de 2005, T-666 de 2015 y T-582 de 2016, entre otras.

34 Sentencias T-781 de 2011, SU 424 de 2012, T-388 de 2015 y T-582 de 2016.

35 Sentencia SU-132 de 2013.

36 Ibíd. De acuerdo con la Sentencia SU-159 de 2002, al adelantar el estudio del material probatorio, el operador judicial debe utilizar “criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.

37 Sentencia T-950 de 2011. Reiterada en la Sentencia T-671 de 2017.

38 La Corte indicó en la Sentencia SU-215 de 2016 que esta modalidad ocurre cuando el juez

(i) aplica disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva que pueden constituir cargas imposibles de cumplir para las partes; (iii) incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas, o (iv) omite el decreto oficioso de pruebas cuando haya lugar a ello.

39 Sentencias T-233 de 2007 y T-709 de 2010.

40 Sentencia T-140 de 2012.

41 Sentencias T-446 de 2007 y T-929 de 2008.

42 Sentencias C-590 de 2005 y T-270 de 2017, entre otras.

43 Sentencias T-143 de 2011 y T-567 de 1998.

44 Sentencia T-442 de 1994

45 Ibíd. sentencia T-442 de 1994.

46 Cfr. sentencia T-576 de 1993.

47 Cfr. sentencia T-239 de 1996.

48 Sentencia SU-195 de 2012, reiterado en los fallos SU-416 de 2015, T-567 de 2017 y Sentencia T-475 de 2018.

49 Sentencias T-117 de 2013, T-271 de 2013, T-620 de 2013, SU-625 de 2015 y T-270 de 2017, entre otras.

51 Caso en el que el funcionario judicial excluye el decreto y la práctica de pruebas, impidiendo la debida conducción al proceso de hechos que son indispensables para el análisis y solución del asunto jurídico bajo revisión.

52 Se configura cuando el juez no realiza el análisis y valoración de elementos probatorios que reposan en el acervo probatorio allegado a determinado proceso, ya sea porque no los advierte o sencillamente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión, los

cuales, de haberse contemplado, habrían cambiado sustancialmente la solución del asunto jurídico debatido.

53 Se presenta cuando el funcionario judicial decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

54 Consultar, entre otras, las Sentencias T-902 de 2005, T- 458 de 2007 y T-620 de 2013.

55 Sentencias C-832 de 2001, C-778 de 2003 y C-286 de 2017.

56 Sentencia C-965 de 2003.

57 Sentencia C-778 de 2003.

58 Sentencia C-285 de 2002.

59 Mediante la cual se declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 191 de la Ley 1801 de 2016.

60 Sentencia C-892 de 2001.

61 Sentencia C-892 de 2001.

62 Sentencia C-333 de 1996.

63 Cfr. "...el actual régimen constitucional establece 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 que éste le sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial.". Sentencias C-333 de 1996 y C-043 de 2004. .

64 Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. "...una responsabilidad de carácter institucional, que abarca no sólo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas la autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo cuando se trate de otros órganos

autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”.

65 Sentencias C-338 de 2006, C-619 de 2002.

66 La Constitución Política, en efecto, promueve y autoriza la participación de los particulares en el cumplimiento de los fines del Estado y en el desarrollo de las funciones públicas y administrativas (arts. 123 y 210 C.P.). Sentencia C-338 de 2006.

67 En la sentencia C-333 de 1996.

68 En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido igualmente que el artículo 90 Superior, “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163.

69 Sentencia C-338 de 2006.

70 Sentencia T-1257 de 2008.

71 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

72 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 26251.

73 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 15247.

74 Véanse, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias Exps. 28437 de 2014, 33504 de 2014, 35715 de 2015, 37994 de 2016 y 36816A de 2017.

75 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 16403.

76 Véanse, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias Exps. 27136 y 33504 de 2014.

77 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172.

78 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias de 14 de septiembre de 2011, expedientes 19.031 y 38.222.

79 “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

80 Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, expediente 31170.

81 Sentencia de 14 de septiembre 2011 (expediente 19031).

82 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de octubre de 2019, expediente 48509.

83 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2000, expediente 11.842.

84 Ibídem.

85 Consejo de Estado, Sala Tercera. Sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente 16407.

86 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.

Sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

87 Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

88 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

89 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

90 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

91 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A en sentencia del 11 de abril de 2019, exp. 45205.

92 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 17725.

93 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 17725

94 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 28268.

95 *Ibídem*.

96 En este mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. “Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico.”

97 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846; 10 de febrero de 2011, exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31724; 9 de



octubre de 2014, exp.32348; y 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

98 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1993, pp. 78, 79.

99 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

100 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

101 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

102 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057

104 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816

105 Ibídem.

106 Ibd.

107 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 y sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

108 Consejo de Estado. Sentencia de 21 de abril de 2012, exp. 21861.

109 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26311. En esta oportunidad, la demandante solicitaba que se declarara la responsabilidad estatal por los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la muerte de su hijo por nacer. El Consejo de Estado concluyó que aun cuando se acreditó la negligencia médica por la omisión de los procedimientos necesarios para establecer la condición que afectaba al nasciturus, no era posible establecer el nexo de

causalidad entre la negligencia observada y la causación de la muerte al no haberse practicado la autopsia fetal. No obstante, se condenó a la demandada al pago de un valor igual al que se seguiría de la imputación efectiva de la muerte al obrar del hospital al argumentar que el centro médico debió realizar la necropsia fetal para determinar con certeza la causa de la muerte; circunstancia esta que constituía una negligencia aun mayor que justificaba la fijación de un monto por indemnización de perjuicios. En la misma línea, se pueden consultar las decisiones: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de septiembre de 2013, exp. 24886 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. 32551, entre otras.

110 Sentencia de 28 de abril de 2010. Expediente 17725.

111 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517.

112 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

113 Folio 110.

114 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de abril de 2012.

115 Folio 91.

116 A folios 49 y 50 del expediente reposan exámenes de laboratorio a nombre de Diana Andrea Rocha Cuellar de fecha 09 de octubre de 1997; es decir, no hacen parte de los procedimientos médicos efectuados los días 26 y 27 de septiembre de 2006.

117 Folios 52 al 76.

118 Folio 77.

119 “Por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la ley 09 de 1979, en cuanto a la

práctica de autopsias clínicas y médico – legales, y se dictan otras disposiciones”. El artículo 15 del Decreto 786 de 1990 consagra la necropsia clínica con el fin de: i) establecer las causas de la muerte, así como la existencia de patologías asociadas y otras particularidades del individuo y de su medio ambiente, ii) aportar la información necesaria para diligenciar el certificado de defunción, iii) confirmar o descartar la existencia de una entidad patológica específica, iv) determinar la evolución de las patologías encontradas y las modificaciones debidas al tratamiento en orden a establecer la causa directa de la muerte y sus antecedentes, v) efectuar la correlación entre los hallazgos de la autopsia y el contenido de la historia clínica correspondiente, cuando sea del caso, entre otros.

120 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 15700.

121 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

122 A folios 49 y 50 del expediente de tutela reposan exámenes de laboratorios a nombre de Diana Andrea Rocha Cuellar de fecha 9 de octubre de 1997; es decir, no hacen parte de los procedimientos médicos efectuados los días 26 y 27 de septiembre de 2006.

123 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26311.

124 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, sentencia de 27 de septiembre de 2013, exp. 24886.

125 Ibídem.

126 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 26311. En esta oportunidad la corporación de lo contencioso administrativo indicó: “No se escapa a esta Sala el hecho de que la prueba necesaria para el establecimiento del nexo de causalidad no se tiene en virtud de una omisión de la parte demandada. Sobre ello hay que decir que, si bien la carencia de tal prueba impite (sic) imputar con certeza la muerte fetal a la entidad acusada, ésta constituye una negligencia de tal magnitud que justifica una fijación del monto a indemnizar

en un valor igual al que se seguiría de la imputación efectiva de la muerte al obrar del Hospital”.

127 Expediente 32.988.

128 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31170. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp.38222.

129 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 26251.

130 Modificado por el art. 39, Decreto 2820 de 1974.

131 En esta sentencia se declara exequible el enunciado “las buenas costumbres” del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, bajo el entendido en que “buenas costumbres” significa lo que la Corte Constitucional ha comprendido por “moral social”.

132 Conforme a lo sostenido por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general No. 5, además del principio del interés superior del niño, son principios generales de la Convención: (i) el de no discriminación (art. 2); (ii) la garantía del derecho a la vida, y la obligación estatal de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (art. 6); y, (iii) el derecho a expresar su opinión libre en todos los asuntos que le afectan (art. 12).

133 Sentencia T-234 de 2017. En esta oportunidad la Corte indicó que “la protección integral de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes que emana del Texto Superior y de los instrumentos internacionales tiene plena concordancia con las demás normas del orden jurídico interno, especialmente, las contempladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia que hablan del principio de favorabilidad al interés superior del niño, niña o adolescente en la interpretación y aplicación de normas; de la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores en caso de conflicto con los derechos fundamentales de otras personas; de la responsabilidad del Estado”.

134 Sentencia T-531 de 2010.

135 Sentencias: T-264 de 2009, T-386 de 2010, T-591 de 2011, T-817 de 2012, SU-915 de 2013, SU-768 de 2014, T-247 de 2016 y T-274 de 2017, entre otras.

136 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2005, exp.13444.

137 Norma vigente al momento de la presentación de la acción de reparación directa.

138 ARTICULO 139. LA DEMANDA Y SUS ANEXOS. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 25 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder.

Cuando la publicación se haya hecho por otros medios, la copia tendrá que venir autenticada por el funcionario correspondiente.

Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el Ponente antes de la admisión de la demanda.

Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título, y la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso.

Al efecto deberá acompañarse con la demanda la prueba del recurso o petición elevado ante la administración, con la fecha de su presentación.

Deberá acompañarse copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes”.

139 En atención a la regla general de reparación del daño moral en caso de muerte determinada por la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

140 Fl. 50 de la sentencia.

141 Según el Tribunal, no se realizó la necropsia, no existía prueba que determinara la relación del nexo causal entre la muerte y el actuar de la médica rural, y los fallos del Tribunal de Ética Médica y la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ejército Nacional evidenciaban que la médica rural no incurrió en una actuación contraria a los protocolos médicos.

142 En este sentido aludió a la sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 26311 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Subsección B del Consejo de Estado.

143 Fl. 64.

144 Fl. 58.

145 Sentencia SU-768 de 2014.

146 Sentencia T-885 de 2009.

147 Sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 27.434, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Subsección A del Consejo de Estado.

148 Fl. 39.

149 Sentencia C-543 de 1992.

150 Sentencia T-028 de 2012.

151 Sentencia SU-132 de 2013.