

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad médica obstétrica / DAÑO - Prueba

Está demostrado en el proceso que el hijo que esperaba la señora LUZ MARINA PEDREROS falleció en su vientre el 15 de febrero de 1994. Así consta en la historia clínica que se le siguió a la madre en el Hospital Militar Central, que fue remitida al a quo, en copia auténtica, por el Jefe de la Sección Bioestadística de esa institución. Igualmente, está acreditado que el señor JOHN ALEXANDER POVEDA PEDREROS era hermano del niño que estaba por nacer, porque según consta en la copia del acta del registro civil del nacimiento, aquél es hijo de la señora LUZ MARINA PEDREROS. La demostración del vínculo existente entre los demandantes y la criatura que estaba por nacer, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que aquéllos sufrieron por la muerte de éste. Para acreditar la condición de padre del que estaba por nacer, el señor EFRAÍN FORERO BARRERA allegó con la demanda declaraciones rendidas ante Notario, las cuales, se advierte, no tienen valor probatorio, conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, que establece que “Los testimonios para fines no judiciales se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente, los que tenga fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin”. La señora Luz Marina Pedreros de Poveda contrajo matrimonio con el señor Rafael Arturo Poveda, según la copia del registro de ese hecho que se aportó con la demanda, lo que en principio haría presumir que el hijo que ésta esperaba lo era de su marido. No obstante, se acreditó también en el expediente que el señor Rafael Arturo falleció el 1º de agosto de 1978, según consta en la transcripción del acta del registro civil de la defunción, lo cual significa que al momento de los hechos, la demandante era viuda y, por lo tanto, no operaba la presunción. El señor EFRAÍN FORERO BARRERA figura como esposo de la señora Luz Marina Pedreros, en la historia clínica que se le siguió a la paciente en el Hospital Militar Central. Considera la Sala que esa prueba es suficiente para demostrar su condición de damnificado con la muerte de la criatura que estaba por nacer.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad médica obstétrica. Reseña Jurisprudencial

Habida consideración de que el perjuicio sufrido por los demandantes se derivó de la muerte de quien estaba por nacer y que, de acuerdo con la demanda ese hecho se derivó de las fallas en la atención del servicio médico que requirió la madre del feto, considera la Sala oportuno referirse a la jurisprudencia que ha desarrollado en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por las fallas en la prestación del servicio médico obstétrico. La responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones sobre la paciente no es indiferente al resultado final y por ello, la causa petendi en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso. En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo hubiera sido normal y, sin embargo, éste no terminara satisfactoriamente, la obligación de la entidad

demandada era de resultado. En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las posiciones jurisprudenciales que han orientado la responsabilidad médica obstétrica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878; de 17 de agosto de 2000, exp. 12.123.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad médica obstétrica. Posición actual

Bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño. No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la responsabilidad médica obstétrica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 14.767.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad médica obstétrica

Las pruebas que obran en el expediente demuestran que la paciente había tenido

un proceso normal de embarazo hasta el 8º mes; asistió a controles regulares en el Dispensario de la Fuerza Aérea; en la última semana de gestación empezó a presentar aumento de la tensión arterial y a percibir una disminución de los movimientos fetales, por lo cual se le remitió al Hospital Militar Central para que se le tomara una monitoria que resultó reactiva; al igual que la monitoria que se le tomó a la 1:30 del 15 de febrero de 1994 en el mismo hospital; ese mismo día asistió a terapia respiratoria en el Dispensario de la FAC y allí la médica Gineco-Obstetra que la atendió advirtió que la paciente presentaba tensión arterial elevada, e hipomotilidad del feto; además, de que era una mujer de 37 años de edad y de que su último parto había sido 19 años atrás, por eso, la remitió al Hospital Militar Central para que allí fuera sometida de urgencia a parto por cesárea; el Médico Residente del servicio de urgencias de Obstetricia del Hospital que la atendió determinó como conducta a seguir la inducción monitorizada, y se abstuvo de practicar la cesárea recomendada por la médica, por considerar que era necesario determinar previamente su necesidad, dado que una cesárea representaba mayores índices de morbi-mortalidad tanto para la madre como para el feto, en especial, porque aquélla sufría en ese momento de una infección de las vías respiratorias. Con el concepto de los médicos de la entidad demandada también quedó demostrado que la monitorización continua de la frecuencia cardiaca fetal, podía ser sustituida por una monitoria fetal auscultatoria cada 15 o 30 minutos; con endoscopio o doppler, o por una ecografía practicada en un centro de alta confiabilidad. No se pudo practicar la monitoria continua ordenada porque el monitor estaba ocupado con otras pacientes de alto riesgo obstétrico. Así consta en el resumen de la historia clínica de la atención prestada en el Hospital Militar Central. No se acreditó que se hubieran utilizado los métodos alternativos de monitorización de la frecuencia fetal señalados por los mismos médicos, tales como: auscultación de la frecuencia cardiaca cada 15 o 30 minutos, ni que se hubieran utilizado endoscopio o doppler en esa auscultación, o una ecografía confiable. Sólo se demostró que la paciente fue valorada cada dos horas, esto es, al ingreso, por el Médico Residente Omar Hernán Restrepo Forero, quien ordenó el monitoreo fetal; a las 16:10 p.m., por el Gineco-Obstetra Daniel Alejandro García Cerón, quien de nuevo dispuso hacer el monitoreo fetal y a las 18:00 cuando se advirtió que el feto estaba muerto. En consecuencia, quedó acreditado en el expediente que la señora Luz Marina Pedrero tuvo un proceso normal de gestación hasta el 8º mes; que en la última semana del embarazo presentó elevados índices de su tensión arterial y reducción de los movimientos fetales, por lo cual le fueron practicadas monitorías los días 7 y 15 de febrero en las horas de la madrugada, las cuales resultaron reactivas, aunque no hay constancia de que su trazado hubiera sido leído por los médicos; que en la última fecha acudió por el servicio de urgencias del hospital demandado, remitida por la Gineco-obstetra del Dispensario de la FAC, quien consideró que la paciente debía ser sometida a cesárea, pero que el médico residente del hospital que la valoró inicialmente, consideró que los síntomas que presentaba la paciente no indicaban necesariamente dicha intervención y ordenó adelantar inducción monitorizada del parto; que se inició la inducción y se tomó monitoria de no stress a las 2:30, pero el médico no leyó el resultado de esa prueba, y tampoco se le practicó la monitoria continua porque sólo existía un monitor para todas las pacientes del servicio de Gineco-obstetricia; que la paciente fue valorada a las 4:10 por el especialista de turno, quien consideró, igualmente, que no estaba indicada la práctica necesaria de la cesárea, que debía confirmarse previamente las condiciones en las cuales se hallaba el feto a través de una monitoría, y que en la auscultación que se hizo a la paciente después de las 5:30 p.m. no se percibió la fetocardia, y se confirmó la muerte del feto.

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad médica obstétrica /
FALLA EN EL SERVICIO - Prueba indiciaria**

En consecuencia, ha quedado establecido que la falla del servicio que se imputa a la entidad demandada no consistió en la omisión de practicarle a la paciente Luz Marina Pedrero la cesárea recomendada por la médica del Dispensario que la remitió al Hospital Militar Central, sino por no haber descartado, a través de los métodos diagnósticos recomendados por los mismos médicos de la institución, que el feto se hallaba en condiciones de tolerar un parto natural y, en cambio dejar que el tiempo transcurriera sin verificar esa situación, por circunstancias imputables a la entidad demandada, al no disponer sino de un monitor en una sala de partos y por las irregularidades administrativas que no permitieron que la única monitoria practicada fuera leída oportunamente por los especialistas, que eran los únicos habilitados para establecer si había o no irregularidades en el trazado. Tal como lo ha considerado la Sala, el resultado fallido en un proceso de parto, luego de un embarazo normal es indicio de una falla del servicio, falla que en este caso estuvo, además acreditada por la omisión en la práctica de los exámenes diagnósticos ordenados por los mismos médicos de la institución, con el fin de establecer la necesidad de la práctica de la cesárea a la madre, quien presentaba tensión arterial alta y que había percibido desde hacia 8 días una reducción de los movimientos fetales.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicios morales / ABORTO ANTERIOR - Perjuicios morales. Procedencia

El médico llamado en garantía pretendió desvirtuar el perjuicio moral sufrido por la señora Luz Marina Pedreros con la pérdida del hijo que esperaba, por el hecho de haberse practicado con anterioridad un aborto. Considera la Sala que si bien es cierto que la demandante, en la declaración que rindió el 6 de junio de 1995, ante la Fiscalía Décima Seccional, en la investigación penal que se siguió por la muerte del feto, confesó que diez años atrás había interrumpido voluntariamente un embarazo, ese hecho no demerita el dolor que le hubiera causado la muerte de su hijo, ocurrida, como ya se señaló, el 15 de febrero de 1995, un hijo que ella decidió concebir, como consta en la historia clínica, correspondiente al 7 de abril de 1993: “desea embarazo...Se retira DIU”, y al que se dedicó a cuidar, tal como queda confirmado con el hecho de que durante toda gestación hubiera asistido regularmente a los controles y atendido las recomendaciones y tratamientos médicos prescritos para proteger la vida e integridad del ser que estaba por nacer, como lo afirmó el mismo Gineco-obstetra de la entidad demandada que la atendió durante todo ese período. El juicio sobre el aborto que tuvo la demandante 10 años antes de los hechos que tienen relevancia en este proceso resulta inoportuno porque no se está juzgando en este caso su historia de vida, sus experiencias del pasado, sino la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la muerte del hijo que ésta esperaba; pero, además, ese juicio se formula sin ningún conocimiento de causa. No reveló la madre, y nadie se lo preguntó en el proceso penal ni en éste, cuáles fueron las circunstancias de orden médico o emocional que rodearon ese acontecimiento. No debe perderse de vista que en algunos eventos la interrupción voluntaria del embarazo ni siquiera está tipificada en el ordenamiento jurídico positivo. Pretender estigmatizar a la madre por un hecho del pasado, desconocer su dolor, considerarla inmerecedora de la compensación económica del perjuicio derivado de una falla en la prestación del servicio de salud, no constituye más que un total desconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos, los cuales se fundamentan en el respecto a la dignidad, intimidad y autonomía de la mujer, porque uno de los componentes esenciales de esos derechos es, precisamente, el de poder elegir libremente tanto el número de hijos que quiera tener, como el momento en el cual desee hacer realidad esa opción. En consecuencia, no se puede desconocer el dolor moral de la demandante por la

muerte de su hijo, producida como consecuencia de fallas imputables a la entidad demandada; el hijo que decidió concebir en ese momento de su vida, haciendo uso de su derecho a ser madre cuando así lo decidiera; el hijo que esperó durante 9º meses, por el que cuidó su salud durante todo el período de gestación, sólo porque en su pasado, en circunstancias que no sólo se desconocen en este proceso sino que no pueden ser sometidas a la valoración moralista de terceros, hubiera tenido un aborto. Pero, además, del dolor moral que padeció la señora Luz Marina Pedreros por la pérdida del hijo que estaba por nacer, tuvo que experimentar durante las 24 horas siguientes la angustia derivada del hecho de que los médicos del Hospital Militar Central decidieran aplazar durante ese lapso el parto del feto, angustia sentida no sólo por el hecho de llevar en su vientre una criatura muerta, sino por los efectos que ese hecho pudieran representar para su salud. Así las cosas, se reconocerá a título de indemnización por perjuicios morales a favor de los padres de la criatura, señores LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA y JOHN ALEXANDER POVEDA PEDREROS el valor equivalente a 100 SMLMV y a favor del hermano EFRAÍN FORERO BARRERA el valor equivalente a 50 SMLMV.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicios materiales / DAÑO - Incierto. Improcedencia

Igual decisión se adopta en relación con los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante reclamada también por los padres de la criatura, porque no hay certeza del daño, esto es, de que en el evento de que el hijo hubiera vivido, le hubiera brindado ayuda económica a sus padres durante su etapa productiva. Tampoco está demostrado que el dolor padecido por los padres les hubiera impedido ejercer su actividad económica. Por el contrario, consta en el dictamen pericial practicado por la siquiatria forense que “aproximadamente tres meses después de los hechos se reintegró a su trabajo refiriendo que inicialmente se notó con dificultades que gradualmente ha logrado superar”.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicio inmaterial / ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LA MADRE - Procedencia

Lo que sí acreditó en el expediente fue que la señora Luz Marina Pedreros sufrió una alteración en sus condiciones materiales de existencia, porque la pérdida de su hijo afectó su vida social y de pareja, como se destacó en el dictamen pericial, afección que le llevaron no sólo a aislarse del medio social en el que se desenvolvía, sino, inclusive, a romper la relación que sostenía con el señor Efraín Forero Barrera, hechos que modificaron de manera anormal y significativa el curso de su existencia. Por lo tanto, se le reconocerá a la demandante una indemnización por dicho perjuicio equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Prueba de la culpa grave o dolo

De conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, el Estado deberá repetir contra sus agentes cuando sea condenado a la reparación de daños o perjuicios causados como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos. Antes de la vigencia de la ley 678 de 2001, la figura del llamamiento en garantía dentro de los procesos de reparación directa estaba prevista en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 77 ibídem, normas en las cuales se consagra una responsabilidad personal subjetiva, en la cual el Estado tiene la carga de probar que su agente obró con culpa grave o dolo. En el caso concreto, aunque se acreditó la falla del servicio en la cual incurrió la entidad demandada, no se demostró que el médico Daniel Alejandro García Cerón, llamado en garantía,

hubiera actuado con dolo o culpa grave.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00713-01(18433)

Actor: LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA Y OTROS

Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA- PELACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 2 de marzo de 2000, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda. La sentencia recurrida será revocada y, en su lugar, se accederá parcialmente a dichas pretensiones.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado el 19 de mayo de 1995, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA, EFRAÍN FORERO BARRERA y JOHN ALEXANDER POVEDA PEDREROS formularon demanda en contra del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esa entidad de los daños y perjuicios que sufrieron por la muerte del niño que estaba por nacer, hijo de los dos primeros y hermano del último, ocurrida el 15 de febrero de 1994, como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio médico que se le brindó a la madre en esa institución.

A título de indemnización, se solicitó en la demanda: (i) la suma de \$500.000, por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a favor de los padres; (ii) el valor equivalente a 2.000 gramos de oro, por perjuicios morales objetivados a favor de la madre, en consideración a la profunda depresión que sufrió por la muerte en el vientre de su hijo y por el daño fisiológico que derivó del hecho de haberle dejado el feto muerto durante 24 horas; (iii) el equivalente a 1.000 gramos de oro, por perjuicios morales objetivados, a favor del señor Efraín Forero, por habersele privado de ser padre y por la perturbación de la paz y tranquilidad del hogar, porque era el primer hijo, fruto de su unión con la señora Luz Marina y por el tiempo que tuvo que dedicar a la madre; (iv) el equivalente a 1.000 gramos, a favor de la madre, por la angustia y el dolor que le causaron la muerte del hijo por nacer y por la ostensible preocupación de no poder volver a concebir, en razón de su edad y de los acontecimientos vividos como consecuencia de este hecho; (v) el equivalente a 1.000 gramos a favor del padre, por los perjuicios morales subjetivados, que se concretaron en el dolor físico que sufrió al ver el cadáver de su hijo; (vi) el equivalente a 500 gramos de oro, a favor de John Alexander, por ver a su madre en el estado que se relató y por habersele privado de un hermano, y (vii) \$36.000.000, que corresponden a la indemnización futura, porque de no haberse producido la muerte del bebé, quien era un ser normal, hubiera tenido una vida promedio de 68 años, 30 de los cuales hubiera producido un ingreso mensual promedio de \$100.000.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

-Por su propia decisión, a la edad de 35 años, después de practicarse los exámenes médicos de rigor y de haber transcurrido 19 años de haber dado a luz a su único hijo, John Alexander Poveda Pedreros, la señora Luz Marina Pedreros quedó embarazada. Durante todo el proceso de gestación, la madre asistió a los controles prenatales en el Dispensario de la Fuerza Aérea, por ser empleada de esa institución. El último mes del embarazo, la paciente asistió a consulta de urgencias en el Hospital Militar Central, aproximadamente cada ocho días, sin que se le prestara la debida atención, por una bronquitis que padeció, razón por la cual acudió al servicio de Ginecología del Centro de Medicina de Aviación de la Fuerza Aérea Colombiana, donde se ordenó practicarle terapia respiratoria.

-El 7 de febrero de 1994, cuando la madre cumplió la semana 39 de gestación, fue

remitida del Centro de Medicina de Aviación de la Fuerza Aérea Colombiana al Hospital Militar Central, por considerar que era necesaria su hospitalización para la práctica de cesárea. En el servicio de urgencias de Ginecología y Obstetricia del Hospital Militar Central se le practicó monitoria y se devolvió la paciente a su casa. A la 1:30 p.m. de ese mismo día, la paciente consultó telefónicamente con el Ginecólogo de turno del Centro de Medicina de Aviación, por presentar una terrible cefalea. El médico le recomendó tomar Acetaminofen y acudir inmediatamente a dicho centro, donde fue atendida tanto por el Ginecólogo como por el Otorrinolaringólogo, quien ordenó que se le practicarán nebulizaciones.

-Aproximadamente a las 9:30 p.m. del 14 de febrero siguiente, la paciente ingresó al servicio de urgencias ginecológicas del Hospital Militar Central, donde se ordenó practicarle monitoreo fetal y suministrarle destroza y pitosín y fue dada de alta a la 1:00 a.m. del día siguiente, con cita para control ese mismo día a las 2:15 p.m. No obstante, a las 9:15 a.m. del 15 de febrero, cuando la paciente asistió al Centro de Medicina de Aviación para terapia de nebulización, fue valorada por la Ginecóloga de turno, quien ordenó su inmediata remisión al Hospital Militar Central, para práctica de cesárea, con la siguiente anotación: *“embarazo de cuarenta (40) semanas, hipomotilidad fetal, tensión arterial 150/100, paciente añosa y toxemia leve”*.

-La paciente llegó al servicio de urgencia del Hospital Militar Central a las 10:45 a.m., pero sólo fue atendida a las 12:15 p.m., por el médico Omar Restrepo, quien ordenó su hospitalización, por presentar tensión alta. El mismo le preguntó a la paciente el motivo de la cesárea y ésta le respondió que se debía a que el último parto había sido 19 años atrás y presentaba tensión alta, pero él no estuvo de acuerdo con el diagnóstico y ordenó inducción y monitoreo, el cual se le practicó a las 2:30 p.m., sin que hubiera sido leído por ningún médico. Sólo a las 5:15 p.m., el mismo médico le practicó un tacto a la paciente y la dejó a cargo de los médicos residentes, quienes advirtieron que el feto no presentaba signos vitales, diagnóstico que fue confirmado con una ecografía.

-La madre fue trasladada de habitación, se le suministraron suero y pitosín, para extraerle el cadáver del feto, porque según el concepto médico, no ameritaba cesárea. El feto fue extraído del vientre de la madre 24 horas después de que falleciera, sin consideración a los riesgos que de ese hecho se derivaban para la madre. Al cadáver del feto se le practicó necropsia, a solicitud del padre.

Según la demanda, la muerte del feto es imputable al Hospital Militar Central, a título de falla del servicio médico, por haberse producido como consecuencia de la omisión de practicarle la cesárea, a pesar de que la madre presentaba tensión alta y porque el cadáver del feto sólo fue extraído del vientre de la madre 24 horas después de que falleciera, sin tener en cuenta los riesgos que ese hecho representó para la vida de aquélla.

3. La oposición de la demandada

La demanda fue contestada por el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, entidad que fue creada mediante Decreto 1301 de 1994¹. De acuerdo con ese acto, el Hospital Militar Central pasó a ser una de sus dependencias.

Adujo la demandada que las conductas médicas tomadas en el caso concreto fueron acertadas, conforme al protocolo aplicable a ese tipo de eventos, dado que: (i) a la paciente se le prestó oportuna y permanente atención durante el tiempo en el que estuvo hospitalizada, es decir, no hubo negligencia ni descuido; (ii) la institución contaba con los especialistas en Ginecología y Obstetricia, idóneos para atender a la paciente; (iii) los médicos especialistas que la atendieron obraron con criterio acertado, desarrollaron las conductas y procedimientos médicos indicados; (iv) carece de relevancia el hecho de que los médico sólo hubieran visto el resultado del monitoreo después de la muerte del feto, dado que es el médico quien determina, de acuerdo con sus conocimientos, experiencia y pericia la conducta a seguir, siendo las pruebas diagnósticas meros instrumentos secundarios; (v) no existe una prueba técnico científica que permita determinar responsabilidad de los médicos ni de la institución.

4. Llamamiento en garantía

¹ El Instituto de Salud de las Fuerzas Militares propuso la nulidad de lo actuado, con fundamento en que para la fecha de interposición de la demanda, el Hospital Militar Central había dejado de ser una persona jurídica y, en consecuencia, el llamarlo como demandado, constituía un trámite inadecuado que generaba la nulidad prevista en el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. El Tribunal a quo, mediante auto de 14 de septiembre de 1995 negó la nulidad alegada, por considerar que no se configuró el supuesto de hecho previsto en la norma, por cuanto ambas partes se encontraban debidamente representadas. Además, señaló que según se desprende del decreto 1301 de 994, el Hospital Militar se reorganizó para transformarse en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, conservando su naturaleza de establecimiento público, entidad que asumió todas las funciones, derechos y obligaciones, es decir, que continuaba existiendo, pero con diferente denominación, y la notificación de la demanda se surtió con el apoderado de la nueva entidad.

A solicitud del Procurador Judicial, mediante auto de 26 de octubre de 1995, el Tribunal a quo dispuso el llamamiento en garantía del médico DANIEL ALEJANDRO GARCÍA CERÓN, quien según la demanda, para el 15 de febrero de 1994, se desempeñaba como jefe de turno del Hospital Militar Central y se abstuvo de practicarle a la paciente la cesárea de urgencia, como consecuencia de lo cual falleció el niño que estaba por nacer.

El llamado fue notificado en forma oportuna y dio respuesta a la demanda dentro del término legalmente señalado. Se opuso a las pretensiones de la misma. Adujo que no era responsable por el fallecimiento del feto y que los daños que hubieran podido sufrir los demandantes por ese hecho no fueron ocasionados por culpa o negligencia del cuerpo médico del Hospital Militar Central.

En relación con los hechos relacionados en la demanda, adujo que: (i) no es cierto que la paciente hubiera tomado voluntariamente la decisión de tener un hijo, si se tiene en cuenta que se había practicado un aborto con anterioridad y solicitó que se le practicara ligadura de trompas, porque no deseaba tener más hijos; (ii) el Pitocín que se le suministró a la paciente no tenía como finalidad la inducción de un trabajo de parto, sino el de producir contracciones uterinas para la práctica de la monitoria fetal electrónica; (iii) la paciente fue constantemente valorada durante el tiempo en el que permaneció hospitalizada. Consta en la historia clínica que entre las 13:00 y las 17:20 horas se le practicó monitoria auscultatoria (frecuencia cardiaca fetal), actividad uterina, vigilancia de movimientos fetales y de frecuencia cardiaca materna; (iv) a la paciente se le explicó que en razón del proceso infeccioso que padecía, una cesárea era riesgosa y que, de ser necesaria su práctica, las contracciones uterinas previas disminuían el riesgo de sangrado y mejoraban el pronóstico del recién nacido; (v) el llamado debió practicar cesárea de urgencias a la paciente María Inés Osorio de Contreras, quien presentaba un caso de gran urgencia, al punto que se encontró acretismo placentario, doble circulación del cordón umbilical alrededor del cuello fetal y requirió luego extracción de la matriz, por sangrado incontrolable; en tanto que la indicación de cesárea en la demandante era discutible y por eso se ordenó la práctica de monitoria fetal y exámenes de laboratorio para establecer el estado real de la paciente y del feto; además, se le estaban suministrando medicamentos para estabilizarle su tensión arterial y mejorar sus condiciones, en caso de que llegase a ser necesaria una cesárea; (vi) un feto muerto puede permanecer dentro de la madre durante un tiempo prolongado, antes de producir complicaciones para la vida de ésta, riesgos

que no podrían producirse en 24 horas; (vii) en la nota del parto se informó que la placenta era pequeña, probablemente como consecuencia del proceso hipertensivo sufrido por la madre en el último control prenatal, que hubiera podido causar un sufrimiento fetal crónico no detectado anteriormente en los controles prenatales, lo que hace que esos fetos sean muy delicados y con pronóstico de desarrollo neurológico reservado si llegan a sobrevivir; (viii) de acuerdo con la literatura médica, la morbilidad y mortalidad de las mujeres a quienes se practica cesárea es 30 veces mayor de aquellas que tiene parto por vía vaginal; por eso, a nivel mundial, en los últimos años se ha procurado reducir la práctica de cesáreas a los casos estrictamente necesarios. En el caso de la paciente existía un riesgo adicional que era el de la infección sistémica que padecía. Tampoco se puede afirmar que la cesárea hubiera salvado la vida del feto, porque la insuficiencia placentaria reducía sus posibilidades de sobrevivencia. Finalmente, la cesárea no está indicada siempre en los casos de preclampsia o toxemia. La decisión de la vía del parto se determina de acuerdo con la tolerancia del feto a las contracciones uterinas. En el caso concreto, no había signos que indicaran la urgencia de acelerar el parto y se estaba acopiando información para determinar el bienestar fetal.

5. La sentencia recurrida

El Tribunal *A quo* negó las súplicas de la demanda, por considerar que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, en particular, el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, el testimonio de los médicos y de la historia clínica, la atención brindada a la señora Luz Marina Pedreros en el Hospital Militar Central fue diligente y cuidadosa, en tanto, se ajustó a los protocolos establecidos y universalmente aceptados en la ciencia médica y si bien no se dieron los resultados esperados, ello obedeció a circunstancias imprevisibles y no a falla del servicio.

6. Lo que se pretende con la apelación

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia proferida por el Tribunal *a quo* y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Para fundamentar la impugnación adujo que: (i) los riesgos que corrió la criatura antes de nacer eran totalmente previsibles, por lo que se le debió practicar la cesárea a la madre; sólo si a pesar de la misma, el resultado hubiera sido igualmente funesto, se hubiera podido afirmar que no hubo imprudencia, negligencia ni impericia; (ii)

resulta errada la valoración probatoria que se hizo en la sentencia, conforme a la cual se concluyó que resultaba peligroso practicarle la cesárea a la paciente, lo cual significa que era preferible dejar que el tiempo definiera el resultado; (iii) la señora Luz Marina Pedreros tuvo un proceso de gestación normal; al término de su embarazo fue remitida por el médico del Dispensario al Hospital Militar Central, con orden urgente de cesárea, razón por la cual, el médico de turno la remitió directamente a la sala de maternidad, donde se ordena su hospitalización a la 1:30, pero sólo a las 2:30 se le practicó el monitoreo auscultatorio, y no se le practicó el monitoreo electrónico, ni ninguna otra prueba diagnóstica que permitiera determinar si era o no necesaria la práctica de la cesárea y, en cambio se indujo el parto sin control estricto y adecuado; (iv) no se valoraron las contradicciones entre los médicos y paramédicos que atendieron a la paciente; no se tuvo en cuenta el dictamen de Medicina Legal, ni el hecho de que el médico llamado en garantía era miembro de la Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, entidad que rindió el dictamen y que entre los médicos existe una intención de no involucrar a los colegas; (v) la negligencia médica consistió en no practicarle el monitoreo electrónico, ni ningún otro medio alternativo, omisión que causó la muerte del feto; (vi) no excusa a la entidad el hecho de que tuvieran otras pacientes. La falla del servicio que consistió en el retardo de atender a la paciente quedó en evidencia, y (vii) la madre se presentó al Hospital con un embarazo a término, sin otra complicación diferente a su edad y al tiempo transcurrido desde el último parto. El hecho de que la paciente presentara malestares respiratorios no excusaba la falla del servicio. El feto murió por sufrimiento fetal agudo durante el lapso en el que la madre estuvo hospitalizada y los médicos no se dieron cuenta. Se le debió practicar la cesárea porque el diagnóstico al ser hospitalizada fue *“puerperio inmediato”*.

7. Actuación en segunda instancia

Dentro del término concedido en esta instancia, las partes y el llamado en garantía presentaron alegaciones. El Ministerio Público guardó silencio. Los intervinientes reiteraron los argumentos que expusieron a lo largo del proceso. El llamado en garantía agregó que los riesgos del feto no eran previsibles y que su muerte pudo ocurrir por circunstancias ajenas a la atención que se le prestó, tales como las infecciones padecidas por la madre, o la ingesta de medicamentos vasoconstrictores, contraindicados, que no fueron reportados en la remisión de la paciente, o a causas naturales, y que el embarazo de la paciente era de alto riesgo, por presentar preclampsia, por lo que la conducta indicada era el parto, pero no

necesariamente por cesárea, porque esto implicaba mayor probabilidad de complicaciones.

Por otra parte, la Señora Consejera, doctora Myriam Guerrero de Escobar, puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: *“Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, el cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”*, impedimento que será aceptado por la Sala.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de doble instancia, seguido contra el Hospital Militar Central (hoy Instituto de Salud de las Fuerzas Militares), en el cual se negaron las pretensiones formuladas. Se anticipa que la decisión adoptada por el a quo habrá de revocarse y, en su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, por considerar que la muerte del feto se produjo como consecuencia de la falla del servicio imputable a la entidad demandada.

2. El daño sufrido por los demandantes

2.1 Está demostrado en el proceso que el hijo que esperaba la señora LUZ MARINA PEDREROS falleció en su vientre el 15 de febrero de 1994. Así consta en la historia clínica que se le siguió a la madre en el Hospital Militar Central, que fue remitida al a quo, en copia auténtica, por el Jefe de la Sección Bioestadística de esa institución (fls. 34-98 C-2).

2.2. Igualmente, está acreditado que el señor JOHN ALEXANDER POVEDA PEDREROS era hermano del niño que estaba por nacer, porque según consta en la copia del acta del registro civil del nacimiento, aquél es hijo de la señora LUZ MARINA PEDREROS (fls. 4 C-2).

La demostración del vínculo existente entre los demandantes y la criatura que estaba por nacer, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que aquéllos sufrieron por la muerte de éste.

2.3. Para acreditar la condición de padre del que estaba por nacer, el señor EFRAÍN FORERO BARRERA allegó con la demanda declaraciones rendidas ante Notario (fl. 1-2 C-2), las cuales, se advierte, no tienen valor probatorio, conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, que establece que *“Los testimonios para fines no judiciales se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente, los que tenga fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin”*.

La señora Luz Marina Pedreros de Poveda contrajo matrimonio con el señor Rafael Arturo Poveda, según la copia del registro de ese hecho que se aportó con la demanda (fl. 5 C-2), lo que en principio haría presumir que el hijo que ésta esperaba lo era de su marido². No obstante, se acreditó también en el expediente que el señor Rafael Arturo falleció el 1º de agosto de 1978, según consta en la transcripción del acta del registro civil de la defunción (fl. 6 C-2), lo cual significa que al momento de los hechos, la demandante era viuda y, por lo tanto, no operaba la presunción.

El señor EFRAÍN FORERO BARRERA figura como esposo de la señora Luz Marina Pedreros, en la historia clínica que se le siguió a la paciente en el Hospital Militar Central (fls. 34-98 C-2). Considera la Sala que esa prueba es suficiente para demostrar su condición de damnificado con la muerte de la criatura que estaba por nacer.

3. La responsabilidad médica obstétrica

² “Con estribo en el vínculo matrimonial y como consecuencia de los deberes de fidelidad y de cohabitación que imponen las leyes a los cónyuges (arts. 113 y 178 del C.C., 9 y 11 del Dec. 2820 de 1974), estableció el legislador la presunción de que el hijo de mujer casada lo es también de su marido - *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant* - (art. 214 C.C.), la que por ser de estirpe legal, *ab origine*, admite la posibilidad de ser infirmada conforme a lo dispuesto por los artículos 214 y 215 del Código Civil, en armonía con lo preceptuado por el artículo 5o. de la Ley 95 de 1890, así como por el penúltimo inciso del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968”. Corte Suprema de Justicia- Sala Civil-Familia. Sentencia de 21 de septiembre de 2000, exp. 5634.

Habida consideración de que el perjuicio sufrido por los demandantes se derivó de la muerte de quien estaba por nacer y que, de acuerdo con la demanda ese hecho se derivó de las fallas en la atención del servicio médico que requirió la madre del feto, considera la Sala oportuno referirse a la jurisprudencia que ha desarrollado en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por las fallas en la prestación del servicio médico obstétrico.

La responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones sobre la paciente no es indiferente al resultado final y por ello, la *causa petendi* en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso.

En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo hubiera sido normal y, sin embargo, éste no terminara satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada era de resultado³.

En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. Decía la Sala:

“La entidad demandada sostiene su inconformidad frente al fallo protestado con el argumento de que la obligación médica es de medio y

³ En sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: “...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles...En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología”.

no de resultado; de tal manera que habrá falla del servicio, no cuando teóricamente era posible evitar el resultado dañoso, sino cuando, dentro de la realidad de los hechos, existió negligencia médica al no aplicar o dejar de aplicar unas técnicas que son comúnmente aceptadas en el medio científico.

“Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, por que éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente.

“Sin embargo, en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’⁴, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando *ab initio* el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.

“En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

“Al respecto, el profesor CARLOS ALBERTO GHERSI, señala:

‘... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto –o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Éstas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito.’⁵

“En el caso *sub judice*, la entidad demandada no ha demostrado que en el proceso de embarazo de la señora MARIA ARACELLY MOLIMA

⁴ MELLONI. Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.

⁵CARLOS ALBERTO GHERSI. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

MEJIA, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento del niño LUIS CARLOS CATALAN RAMÍREZ, se produjeron circunstancias imprevisibles o irresistibles que la liberan de responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica, por el resultado de dicho proceso, el cual dejó como secuelas la infertilidad y disminución de la respuesta sexual de la madre y retardo mental severo del niño.

“Pero más allá, y sin necesidad de recurrir a este tipo de regímenes que se derivan de un tipo específico de obligación, en este caso, no hay duda de que el daño fue producto de una evidente falla del servicio probada, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora MARIA ARACELLY MOLINA exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.

“De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso”⁶.

No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla⁷. En sentencia de 14 de julio de 2005⁸, dijo la Sala:

“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente

⁶ Sentencia de 17 de agosto de 2000. Exp. No. 12.123. .

⁷ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767

⁸ Exp. No. 15.276.

será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología”.

En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.

4. El caso concreto

En relación con los hechos de que trata este proceso, el acervo probatorio está integrado por las pruebas practicadas o aportadas directamente al mismo, especialmente por la copia auténtica de la historia clínica que se le siguió a la

señora Luz Marina Pedreros en el Hospital Militar, la cual fue remitida al quo, por el Jefe de la Sección Bioestadística de esa institución (fls. 34-98 C-2); por las copias auténticas de las pruebas practicadas durante la investigación preliminar que adelantó la misma entidad demandada, con el fin de establecer presuntas irregularidades en la atención brindada a la paciente, las cuales fueron remitidas por el Asesor Legal de esa institución (fls. 212-286 C-2), y por los testimonios rendidos en primera instancia.

Se afirmó en la demanda que la muerte del hijo que esperaba la señora Luz Marina Pedreros tuvo como causa el no haberle practicado la cesárea cuando ésta llegó remitida del Dispensario de la Fuerza Aérea Colombiana al Hospital Militar Central, a pesar de que la necesidad de esa práctica estaba indicada porque presentaba elevada tensión arterial, porque los movimientos fetales estaban disminuidos; por la edad de la madre y porque su último parto había sido 19 años antes.

Según las conclusiones de la Auditoria Médica que practicó el Hospital Militar Central, el 24 de mayo de 1995, la cual consta en el acta remitida al a quo en copia auténtica por el Asesor Científico de esa institución (fls, 19-23 C-2), la atención brindada a la paciente Luz Marina Pedreros fue adecuada; la recomendación del médico de la FAC de practicar cesárea no estaba justificada científicamente; el feto murió de forma súbita e inesperada; si bien no se practicó la monitoria fetal continua ordenada, esa omisión se compensó con una adecuada monitoria auscultatoria, y la monitoria de no stress practicada por la enfermera no presentó anomalía en el trazado:

“1. La atención médica fue óptima y siguió las normas y procedimientos del Servicio de Gineco-obstetricia para casos con alto riesgo obstétrico.

“2. La monitoria auscultatoria se realizó estrictamente, de acuerdo a las normas del Servicio, no detectando ningún indicio de sufrimiento fetal hasta las 17:20 horas.

“3. La monitoria electrónica se realizó de acuerdo a la disponibilidad de monitores en el servicio. El no ser continua por carencia de monitores suficientes, se compensó con una adecuada monitoria clínica, como en efecto se hizo.

“4. La monitoria electrónica sin stress que se realizó por orden médica de ingreso, como complemento a la monitoria clínica no se interpretó por los médicos de turno antes de la muerte del feto, pero aunque se hubiera interpretado, no era indicativa de una conducta quirúrgica,

pero sí de continuar con las órdenes de ingreso, como en efecto se hizo...

“5. La monitoria fetal electrónica es un método de vigilancia de bienestar fetal, complementario pero no sustitutivo de la monitoria clínica auscultatoria tradicional. Tampoco es tan precisa, por sí sola como para determinar una indicación quirúrgica de emergencia.

“6. La ausencia de fetocardia es indicio de muerte fetal súbita e inesperada después de las 17:20 horas.

“7. En muchos casos, la muerte súbita e inesperada del feto, con frecuencia se ve asociada a alteraciones subyacentes genéticas o cromosómicas no detectadas clínicamente, ni aún en un examen anatomopatológico rutinario, tal como está indicado en la literatura internacional.

“8. La Licenciada Enfermera Jefe que realizó la monitoria de no stress no observó anormalidad en el trazado.

“9. La remisión de la paciente por parte del médico del Dispensario de la FAC fue oportuna y justificada, pero su recomendación de practicar cesárea no tenía sustentación científica en ese momento y ameritaba en primera instancia, como en efecto se hizo, la observación clínica cuidadosa de las condiciones vitales del feto, antes de decidir la intervención cesárea, pues ésta no está exenta de numerosos riesgos y complicaciones.

“10. El parto se presentó vía vaginal por inducción, luego del diagnóstico absoluto y preciso por Eco y Doppler, de la muerte fetal intrauterina registrada en la historia clínica del día 15 de febrero a las 18:00 horas; dicho parto se cumplió a las 17:00 horas del día 16 de febrero de 1995, sin ninguna complicación para la madre”.

A esas mismas conclusiones llegaron los peritos nombrados por el a quo, designados de la Sociedad Colombiana de Ginecología y Obstetricia (fls. 383-384 C-2):

“Empezaremos por refutar los diagnósticos y la conducta propuesta por la doctora María Teresa Díaz, quien remitió a la paciente para practicarle cesárea; el hecho de haber tenido un parto 20 años antes no es una indicación de cesárea y las cifras tensionales elevadas por sí solas no hacen el diagnóstico de ‘toxemia’. La disminución de los movimientos fetales obliga a valorar la condición fetal y una manera de hacerlo es mediante la Monitoria Electrónica. En la historia clínica consta que ésta fue practicada e interpretada como reactiva, lo que descarta un compromiso fetal que pueda ser diagnosticado mediante este método. Excepto por accidentes del cordón o de placenta una monitoria fetal reactiva al inicio del trabajo de parto predice una evolución fetal intraparto sin complicaciones y el resultado final no difiere si se continúa con auscultación mecánica o electrónica, luego, la evaluación y manejo de esta paciente por parte del personal médico

del Hospital Militar fue ajustado a lo establecido en los protocolos universalmente aceptados.

“En segundo lugar, creemos que el dictamen emitido por la doctora Gilma Barriga Garzón incurre en varios errores, suficientemente expuestos y documentados por el abogado Luis Fernando García Cerón: los procedimientos quirúrgicos no se practican porque ‘sea más sano’, sino porque exista una indicación absoluta o relativa y que con ello se solucione un problema que ‘la naturaleza por sí sola no pueda resolver’. Nadie puede asegurar que el resultado final hubiera sido diferente si se opera a la paciente, pues con los elementos obtenidos de la valoración clínica y paraclínica fetal y materna, no era de esperarse que se presentara un óbito fetal. No debe olvidarse que más de la mitad de las muertes in útero o periparto son atribuidas a malformaciones o alteraciones fetales que no pueden ser diagnosticadas con los elementos clínicos y paraclínicos utilizados de manera rutinaria en la atención prenatal y durante el trabajo de parto, esto es, alteraciones metabólicas, del sistema nervioso central, inmunológicas, etc., y ante los cuales la monitoria fetal no tiene ningún valor...

“Por supuesto, ni la edad, ni la altura uterina, ni el diagnóstico de hipertensión inducida por el embarazo, ni el antecedente de patología cervical son indicaciones de cesárea. Lo cierto es que la paciente tuvo un trabajo de parto absolutamente normal, cumpliendo con todos los requisitos y tiempos esperados para una inducción.

“Concluimos, por lo tanto, que el manejo dado a la paciente Luz Marina Pedreros por parte de los médicos del Hospital Militar se ajusta a los protocolos establecidos y universalmente aceptados para este tipo de casos, no existiendo imprudencia, negligencia, impericia o violación de reglamentos que hagan pensar en una mala práctica médica que hubiere ocasionado la muerte fetal”.

Por el contrario, la Médica Gineco-Obstetra Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls. 288-289 C-2), conceptuó que sí hubo negligencia médica al no practicarle la cesárea a la señora Luz Marina Pedreros y, en lugar de ello inducir el parto sin una adecuada monitorización de la frecuencia cardiaca fetal:

“CONCLUSIÓN: mujer de 36 años de edad en embarazo, con control prenatal por Centro Médico de la FAC, fue enviada al Hospital Militar para monitoria fetal y cesárea por gestante mayor, embarazo a término, toxemia. Allí la hospitalizan con feto vivo, la inducen, atienden parto vaginal instrumentado con espátulas, con recién nacido muerto. Peso 3700 gr. No hay control de monitoria fetal electrónica, ni ecografía obstétrica.

“Tratándose de una paciente de alto riesgo fetal, debido a: edad, secundigestante mayor (20 años el último parto), antecedente de patología cervical, hipertensión inducida por embarazo, feto grande, disminución de los movimientos fetales hacia 4 días. Con embarazo a término no se le practicó: monitoria fetal y cesárea. Me pregunto, por

qué se le realizó inducción sin control estricto y adecuado de la inducción y del trabajo de parto, no se le hizo monitoria fetal electrónica, ni siquiera en el franco trabajo de parto; en el caso que nos ocupa dice la historia clínica que: 'no se realiza inmediatamente por estar el monitor ocupado con otras pacientes de alto riesgo obstétrico'. Hubiera sido más sano realizarle la cesárea que ya había sido solicitada por el especialista de CEMAV cuando la remitió al Hospital Militar Central, o esperar que hubiera monitor disponible para iniciar la inducción. Se remitió a siquiatria para la otra valoración”.

En pocos términos, en el informe de la Auditoria y el dictamen rendido por la Sociedad Colombiana de Ginecología y Obstetricia se afirma que no hubo falla del servicio porque si bien no se practicó monitoria fetal electrónica continua, por falta de monitores, esa omisión se compensó con una adecuada monitoria clínica, y que si bien la monitoria electrónica sin estrés practicada a la paciente desde su ingreso sólo se leyó por el médico después de la muerte del feto, la misma no indicaba una intervención quirúrgica de emergencia, si se tiene en cuenta que la Enfermera Jefe que la practicó no observó anormalidad en el trazado.

También se señaló en el informe de Auditoría que si bien la remisión del médico del dispensario de la FAC fue oportuna y justificada, su recomendación de practicar cesárea ameritaba observación cuidadosa en consideración a que una cesárea representaba mayores riesgos y complicaciones, ya que la causa de la muerte del feto no quedó establecida, la cual se pudo deber a malformaciones genéticas.

Por el contrario, en el dictamen rendido por el perito del Instituto de Medicina Legal se afirmó que la cesárea sí estaba indicada, por el alto riesgo fetal, deducido de las condiciones médicas de la madre, pero que la entidad demandada, en vez de proceder a practicar la cirugía optó por inducir el parto sin el adecuado control, en tanto no se le practicó monitoria fetal electrónica, por estar el monitor ocupado con otras pacientes de alto riesgo obstétrico, según la historia clínica.

Con estas contradicciones presentadas en los conceptos técnicos aludidos aborda la Sala el análisis de los demás medios probatorios, con el fin de establecer si hubo o no falla del servicio en la atención médica brindada a la señora Luz Marina Pedreros durante el trabajo de parto y si esas fallas fueron la causa de la muerte del feto.

4.1. La señora Luz Marina Pedreros presentó un proceso normal de embarazo. Aunque sufrió algunos trastornos de salud durante ese período, dichos trastornos fueron resueltos oportunamente, según el médico del Dispensario de la FAC que la asistió durante la gestación.

En efecto, en la declaración rendida por el médico Juan Miguel Estrada Grueso (fls. 291-295 C-2), manifestó que atendió a la paciente en el Centro de Medicina de Aviación, desde el inicio del embarazo e hizo los controles prenatales hasta el 8º mes de gestación; que en el 9º mes fue informado telefónicamente por la paciente de que la doctora María Teresa Díaz Díaz la había remitido al Hospital Militar Central, por lo que le sugirió que se presentara al cuarto piso para que la atendiera el grupo de turno de maternidad; que él llamó al doctor Restrepo, del servicio de urgencia del hospital, y le informó que la paciente iba para valoración, y que al acudir luego al hospital se enteró de la muerte del feto y de que fue él quien indujo el parto, al que asistió al día siguiente.

Aclaró que en términos generales, el control prenatal de la paciente fue normal, aunque presentó un episodio hemorrágico en el segundo trimestre, que evolucionó satisfactoriamente; infección urinaria a la semana 31 que fue tratada médicamente, y estado gripal a la semana 37, que se manejó con vitaminas.

4.2. En la última semana de gestación, la paciente fue remitida por la médica María Teresa Díaz del Dispensario de la FAC al Hospital Militar Central, por presentar elevada tensión arterial y disminución de los movimientos fetales. En el Hospital se le practicó un monitoreo que resultó reactivo.

En la historia clínica de la señora Luz Marina Pedreros que se le siguió en el hospital demandado, consta que la misma fue atendida el 7 de febrero de 1994, en el servicio de Ginecología, a donde fue remitida para la práctica de una monitoria urgente y para la valoración por cesárea:

“SS. GINECOLOGÍA 4º PISO MONITORIA ‘URGENTE’

...

“RESUMEN DE HISTORIA (Antecedentes, Enfermedad actual)

Paciente de 36 años de edad, G3, P1, A1, último parto hace 20 años actualmente con hipomovilidad fetal de 2 días de evolución.

...

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA: Embarazo de 39 semanas
Hipomotilidad fetal

MOTIVO DE REMISIÓN: Monitoria y valoración de cesárea” (fl. 46 C-2).

4.3. La paciente fue remitida nuevamente del Dispensario de la FAC al Hospital Militar Central el 15 de febrero de 1994, por presentar condiciones médicas que hacían sospechoso un sufrimiento fetal.

Según la historia clínica de la paciente en el Hospital Militar Central, ésta fue remitida del Dispensario de la FAC al Hospital Militar Central para que se le practicara una cesárea, en consideración a que presentaba hipertensión inducida por el embarazo, disminución del movimiento fetal, por la edad de la madre y porque el último parto había sido hacia 19 años atrás.

Esos hechos fueron confirmados por la Gineco-obstetra María Teresa Díaz Malaver (fls. 295-299 C-2), quien afirmó que el 15 de febrero atendió a la paciente en el Dispensario de la FAC, porque ésta había asistido a una terapia respiratoria y la paciente le manifestó que no sentía movimientos fetales; que en esa oportunidad ella leyó el reporte del monitoreo que se le practicó a la paciente la noche anterior, el cual era reactivo, pero que no leyó el trazado del mismo.

La práctica de ese monitoreo fetal aparece acreditada en el expediente con la “hoja de evaluación anteparto”, que hace parte de la historia clínica que se le siguió a la paciente Luz Marina en el Hospital Militar Central, del 15 de febrero de 1994, en la cual figura que a la 1:30 a.m. se le practicó monitoria fetal que resultó “reactiva” (fl. 49 C-2).

Aseguró la médica que al advertir que la madre presentaba tensión elevada y que la frecuencia cardíaca del feto era baja, remitió a la paciente al servicio de urgencias del Hospital Militar Central, porque, en su criterio, esos síntomas indicaban la posibilidad de sufrimiento fetal y, por ende, la necesidad de practicarle cesárea. Su testimonio fue el siguiente:

“Debería tener 39 semanas [de gestación] la primera vez que pasó conmigo, acudía por cuadro respiratorio y creo que la pasé para que se le practicara terapia respiratoria. Posteriormente, la vi 8 días más o menos después de esto, ya que acudió esa mañana a terapia respiratoria, pero refería que ya no sentía bien los movimientos del feto, pasó a mi consultorio, me relató que en la madrugada había sido vista en el Hospital Militar, se le había practicado un monitoreo, del

cual traía el reporte, más no el trazo, el cual estaba reactivo, al examinarla, le encontré la tensión arterial alta 150/100, edema y falta de motilidad fetal, le ausculté al feto encontrando ruidos de baja intensidad y leve bradicardia. Por estos tres hallazgos del examen: primero, ser una paciente de más de 35 años, con un período gestacional de más de 10 años, toxemia leve e hipomotilidad fetal, a mi juicio indicaba un bebé que estaba iniciando un proceso de sufrimiento fetal, por lo cual la remití de carácter urgente al Hospital Militar para practicar cesárea” (subrayas fuera del texto).

Las afirmaciones de la médica aparecen confirmadas en la historia clínica que se le siguió a la paciente en el Hospital Militar Central, el 15 de febrero de 1994, en la cual se lee:

“SS. OBSTETRICIA URGENTE

...

“RESUMEN DE HISTORIA (Antecedentes, Enfermedad actual)

Pac. de 36 años de edad, G2, P1, antecedentes de parto hace 20 años. Actualmente con embarazo de 40 semanas, hipomotilidad fetal. FCF: 136/mm, poco audible.

...

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA: Toxemia leve

Emb 40 semanas

Cesárea por antec. de parto hace 20 años y sus antec.” (fl. 47 C-2).

Los datos anteriores aparecen también confirmados en el resumen de la historia clínica del Hospital Militar Central (fls. 12-13 C-2):

“Paciente de 36 años G3P1A1 con FUR 5 V 93 cursando con embarazo de 40 semanas, remitida de dispensario de la FAC por presentar cifras tensionales elevadas (150/100), disminución de movimientos fetales. No actividad uterina. Refiere cefaleas, tinitus y visión borrosa. Pte. con control prenatal fuera del hospital siendo manejada con monitorias c/4 días. ANTECEDENTES: GYN/OBS: M:11. G3P1A1V1 FUP, hace 20 años. C: 30 x 3 -4. PF: DIU. CCSV: normal. C. Previa con PAP III, recibió manejo con cauterización Lasser. Embarazo y parto anterior eutócico. RN de buen peso. CPN: (+). Al examen físico de ingreso en buen estado general afebrilhidratada. TA 150/90 sentada. ORL: normal, prótesis superior fija. Mamas: normal. ABD: útero grávido AU: 33 cms LON CEF FCFA: (+) normal. GU: GE múltipara. EPC: no se realiza TV; cuello largo, posterior, insinuado. Membranas íntegras. EXT: Edema G1 ROT: ++/++++”.

4.4. A pesar de lo consignado en la remisión, los médicos del Hospital Militar Central consideraron que los síntomas que presentaba la paciente no necesariamente indicaban la necesidad de la cesárea, que dicha intervención era más riesgosa para la madre y el feto que un parto natural y que, inclusive, en el

caso concreto de la paciente estaba contraindicada por padecer una infección de las vías respiratorias.

El médico Jairo de la Cruz Segura (fls. 325-330 C-2), quien para el momento de los hechos se desempeñaba como Jefe del servicio de Gineco-obstetricia del Hospital Militar, manifestó que en el caso de la paciente estaba contraindicada la práctica de la cesárea porque ésta padecía sinusitis y que:

“Cualquier estado infeccioso que padezca la paciente a cualquier nivel y especialmente en vías respiratorias altas puede ser en un momento dado una contraindicación absoluta realizar un procedimiento quirúrgico que incrementaría los riesgos de una diseminación de la infección y comprometer el estado general de la paciente”.

En la declaración rendida por el médico Juan Miguel Estrada Grueso (fls. 291-295 C-2), quien realizó el control de la paciente durante 8 meses de gestación, manifestó que la cesárea, en relación con el parto natural, presenta estadísticamente mayor morbi-mortalidad materna y que en caso de procesos infecciosos de vías respiratorias se debía evitar todo procedimiento quirúrgico, salvo casos de urgencias.

La misma opinión fue expresada por el médico Luis Andrés Sarmiento Rodríguez (fls. 348-352 C-2), quien manifestó que la cesárea debía evitarse en los eventos de procesos infecciosos.

En la investigación administrativa que adelantó la misma entidad demandada, se preguntó al médico Daniel Alejandro García Cerón (fls. 251-354 C-2), si los antecedentes médicos de la paciente y el hecho de que un especialista le hubiera remitido para cesárea no hacía innecesario agotar los protocolos para adoptar esa decisión, a lo cual respondió:

“Hay que analizar las causas o motivos por los cuales el médico que la remite solicita la cesárea, en el momento en que examiné a la paciente no tenía conocimiento que la remitiera un especialista, pero esto no obsta para que se analicen los pro y los contra de una cesárea, siendo que ésta implica riesgo claramente aumentado de infección materna y de síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido, especialmente cuando se practica sin un mínimo de 4 horas de contracciones previas al procedimiento quirúrgico. En este caso en particular, ni la edad de la paciente, ni la hipertensión inducida por el embarazo, ni el hecho de que el último parto fuera hace 20 años, ni la disminución de movimientos fetales indican, según mi concepto y el criterio de las pautas del servicio, practicar una cesárea electiva, pero

como requisito para permitir una prueba de trabajo se debía practicar una monitoria, que en caso de ser negativa nos garantiza un 98% de seguridad de bienestar del feto durante el trabajo de parto”.

La médica María Teresa Díaz Malaver, quien remitió a la paciente al hospital demandado (fls. 295-299 C-2), manifestó que si bien era cierto que la cesárea aumentaba la morbilidad materna, en todo caso se debía dar prioridad al bienestar fetal, y que, además, la preclampsia mejoraba al desembarazar a la paciente.

4.5. En consideración a los riesgos que representaba una cesárea, los médicos que atendieron a la paciente en el Hospital Militar Central consideraron que antes de tomar una decisión al respecto se debía practicar al feto una monitoria electrónica, o cualquier otro método que permitiera auscultar su frecuencia cardiaca en forma permanente.

En la “hoja de evolución y órdenes médicas” seguida a la paciente en el Hospital se consignaron entre otros datos: el motivo de la remisión de la paciente, el diagnóstico inicial y la conducta indicada por el médico de turno (fl. 54 C-2), así:

“Pte. remitida del Dispensario de la FAC por presentar cifras tensionales elevadas 150/100 y disminución de msfs, actividad uterina (-), cefalea, visión borrosa, tinitus.

...

“IDX: 1) H.I.E
2) G3P1A1
3) EMB. 40 ss
4) FUVLC
5) Añosidad
6) Paridad

“Cx: Inducción monitorizada⁹, más paraclínico, atención parto y Pomeroy”.

Según el resumen de la historia clínica de la atención prestada en el Hospital Militar Central (fls. 12-13 C-2), la conducta ordenada al ingreso de la paciente, fue la siguiente:

⁹ La inducción monitorizada es la medicación que tiene como objeto producir actividad uterina o contracciones, con control permanente de la frecuencia cardiaca fetal, para determinar alguna variación y hacer diagnóstico de sufrimiento fetal, según lo explicó en la declaración que rindió ante el a quo, el médico Juan Miguel Estrada Grueso, quien asistió a la madre durante el proceso de gestación (fls. 291-295 C-2).

“Se hospitaliza la paciente con un IDX: Hipertensión inducida por el embarazo G3P1A1, embarazo de 40 semanas. Feto único vivo longitudinal cefálico, añosidad y paridad resuelta. Para inducción monitorizada. Atención del parto y ligadura de trompas. Se ordena monitoria fetal de no stress al ingreso y prueba de tolerancia a las contracciones al regularizar actividad uterina, reposo absoluto DL, control de actividad uterina y FCF e inducción de actividad uterina para prueba de trabajo de parto”.

El médico Gineco-obstetra Hernán Urdaneta Tovar, quien laboraba en el Hospital Militar para el momento de los hechos (fls. 330-334 C-2), manifestó que de acuerdo con las condiciones de la paciente Luz Marina Pedreros lo procedente era inducción al parto y la monitorización de la fetocardia y que sólo si se hubiera detectado que el feto no toleraba el parto natural ha debido procederse a la cesárea:

“...Ante un caso como el constatado en la historia clínica de la señora Luz Marina P. mi experiencia personal coincide plenamente con la conducta establecida, es decir, ante una paciente con un embarazo a término, con preclampsia, con disminución de movimientos fetales que tenía la paciente, con la infección respiratoria que presentaba lo más conveniente a hacer es la inducción del parto y la monitorización de la fetocardia, si el estado de la paciente se agrava o si se detectara que el feto no tolera el trabajo de parto en ese momento se realizaría la cesárea. Esta conducta está avalada no sólo por mi experiencia particular sino por la experiencia acumulada de muchos gineco-obstetras, lo que ha derivado en la formulación de protocolos de manejo...”.

El médico Jairo de la Cruz Segura (fls. 325-330 C-2), quien aseguró que para el momento de los hechos se desempeñaba como Jefe del servicio de Gineco-obstetricia del Hospital Militar Central, aclaró que el monitoreo fetal electrónico junto con otras evaluaciones servía para establecer la necesidad de una cesárea:

“Los exámenes de monitoreo fetal electrónico son una ayuda diagnóstica y como tales no son determinantes por sí solos de acuerdo a las normas internacionales para indicar una operación cesárea, la monitoria fetal electrónica con otras evaluaciones podrían determinar el estado fetal y con ciertos patrones y resultados del estudio global podrían inducir a realizar una operación cesárea...La preclampsia como tal no es indicación de operación cesárea y se prefiere hasta donde sea posible ofrecer parto vaginal antes de someter a estas pacientes que tienen un compromiso clínico a los riesgos inherentes a una intervención quirúrgica...”.

El médico Santiago Lema García (fls. 341-344 C-2), manifestó que para la época de los hechos laboraba como gineco-obstetra del Hospital Militar y que, en su criterio, una paciente que presenta preclampsia y disminución de los movimientos fetales no necesariamente debía ser sometida a una cesárea; que para ello lo más importante es establecer el estado fetal, para lo cual lo indicado es una monitoria y con el resultado se debía determinar el procedimiento a seguir; que además, debía tenerse en cuenta si se trataba de una paciente multigestante o nuligestante, porque en relación con la primera existían mayores posibilidades de un parto vaginal; que éste es menos riesgoso, porque la mortalidad materno fetal es menor, y que los procedimientos quirúrgicos deben evitarse cuando existen procesos infecciosos. También aclaró que en el caso de la paciente el monitoreo electrónico fetal no era la única alternativa, pero sí la más adecuada y que cuando no se contara con ese recurso debía auscultarse la frecuencia cardiaca del feto en forma permanente, esto es, cada 15 a 30 minutos.

La médico gineco-obstetra Laura Teresa Martínez Lesmes (fls. 344-346 C-2), aseguró que de no ser posible practicar un monitoreo electrónico, los mecanismos alternativos aceptables serían la fetocardia auscultada con endoscopio o doppler y la ecografía practicada en un centro de alta confiabilidad.

En la declaración rendida por el Médico Residente del servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Militar Central Omar Hernán Restrepo Forero (fls. 269-271 C-2), manifestó que el 15 de febrero de 1994, al ingresar la paciente al Hospital remitida del Dispensario de la FAC, se le prestó la siguiente atención médica:

“...la paciente fue valorada normalmente cada dos horas, pendiente de la actividad uterina y la frecuencia cardiaca fetal, en la valoración de las 16:10 se encuentran cifras tensionales de 140/110 por lo que se ordena hidratar a la paciente y dar Adalat sublingual, media cápsula y se hace una valoración con el especialista del grupo de turno, ordenándose una monitoria con stress. Esta paciente debería estar monitorizada desde el ingreso pues esas eran las órdenes médicas, orden (sic) que posiblemente no había sido cumplida por volumen de pacientes de alto riesgo con necesidad de monitoria continua, además de las ambulatorias y sólo contábamos con un monitor, posteriormente, en la valoración de las 18:00 se encuentra una paciente con cifras de 140/100 y frecuencia cardiaca fetal negativa que se corrobora con doppler y ecográficamente por lo que se hace diagnóstico de óbito fetal” (subraya fuera del texto).

Según el criterio del Gineco-obstetra Juan Miguel Estrada Grueso (fls. 291-295 C-2), quien atendió a la paciente hasta el 8º mes de la gestación, la inducción monitorizada que se hizo a la paciente y que consistía en aplicación de medicamento para que se produjera la actividad uterina o contracciones, con un control permanente de la frecuencia cardiaca fetal para determinar alguna variación y hacer diagnóstico de sufrimiento fetal, era la indicada.

Hasta aquí las pruebas que obran en el expediente demuestran que la paciente había tenido un proceso normal de embarazo hasta el 8º mes; asistió a controles regulares en el Dispensario de la Fuerza Aérea; en la última semana de gestación empezó a presentar aumento de la tensión arterial y a percibir una disminución de los movimientos fetales, por lo cual se le remitió al Hospital Militar Central para que se le tomara una monitoria que resultó reactiva; al igual que la monitoria que se le tomó a la 1:30 del 15 de febrero de 1994 en el mismo hospital; ese mismo día asistió a terapia respiratoria en el Dispensario de la FAC y allí la médica Gineco-Obstetra que la atendió advirtió que la paciente presentaba tensión arterial elevada, e hipomotilidad del feto; además, de que era una mujer de 37 años de edad y de que su último parto había sido 19 años atrás, por eso, la remitió al Hospital Militar Central para que allí fuera sometida de urgencia a parto por cesárea; el Médico Residente del servicio de urgencias de Obstetricia del Hospital que la atendió determinó como conducta a seguir la inducción monitorizada, y se abstuvo de practicar la cesárea recomendada por la médica, por considerar que era necesario determinar previamente su necesidad, dado que una cesárea representaba mayores índices de morbi-mortalidad tanto para la madre como para el feto, en especial, porque aquella sufría en ese momento de una infección de las vías respiratorias.

Con el concepto de los médicos de la entidad demandada también quedó demostrado que la monitorización continua de la frecuencia cardiaca fetal, podía ser sustituida por una monitoria fetal auscultatoria cada 15 o 30 minutos; con endoscopio o doppler, o por una ecografía practicada en un centro de alta confiabilidad.

4.7. Igualmente, sobre lo sucedido en la atención que se le brindó a la paciente en el Hospital Militar Central, las pruebas que obran en el expediente, demuestran que:

4.7.1. No se pudo practicar la monitoria continua ordenada porque el monitor estaba ocupado con otras pacientes de alto riesgo obstétrico. Así consta en el resumen de la historia clínica de la atención prestada en el Hospital Militar Central (fls. 12-13 C-2):

“...Paciente que es controlada durante su trabajo de parto en hoja de inducción, encontrándose con actividad uterina regularizada y FCF normal. A las 16:10 horas es revalorizada de forma integral encontrándose una paciente asintomática para toxemia, con leve cefalea y cifras tensionales sentada de 140/100 FCF: 148x; se realiza TV encontrándose cuello blando, largo, posterior, OCI cerrado. Se ordena PTC sin tener informe de monitorias ordenadas al ingreso. Se hidrata la paciente 300 cc a chorro y se coloca ADALAT ½ capsula sublingual con lo que se estabiliza la TA. Monitoria ordenada durante la revista no se realiza por estar el monitor ocupado con otras pacientes de alto riesgo obstétrico. Paciente que se controla en decubito lateral de su TA y FCF hasta las 18:00 horas en que se encuentra actividad uterina regular. MsFs disminuidos. TA:140/100. No se ausculta fetocardia utilizando minidoppler, luego se pasa para ecografía confirmando óbito fetal. Se continua inducción, asintomática para toxemia y con cifras tensionales estables, después de un primer período de 8 horas y un segundo período de 30 min. se obtiene óbito fetal, Apgar 0/0/0, masculino, peso 3700, parto instrumentado (espátulas). Examen físico inmediato sin alteración, esfacelección de piel, revisión uterina, paciente con evolución de su puerperio inmediato y mediato normal por lo que se le da salida con Parlodel (inhibir lactancia), recomendaciones y control por C. Ext.” (subraya fuera del texto).

En el acta correspondiente a la Junta Médica realizada a la paciente en el hospital demandado, que fue remitida al a quo por el jefe de la sección de Obstetricia y Ginecología (fls. 99-102 C-2), si bien se concluyó que no había falla del servicio prestado a la paciente, sí se advirtió que el monitoreo fetal continuo no se le pudo realizar a la señora Luz Marina Pedreros, por la cantidad de pacientes de urgencias que fueron atendidas en esa fecha:

“ANALISIS

“1. El manejo inicial del caso se ciñó al protocolo que tiene establecido el servicio de Obstetricia.

“2. No se pudo hacer monitoreo continuo como inicialmente fue ordenado por no haber sino un monitor en funcionamiento.

El Dr. Restrepo informa en la junta que el mismo día habían (sic) 9 pacientes, además de la paciente motivo de la presente junta que requerían igualmente monitoria fetal electrónica y que él leyó aquéllas que se le dieron. Agrega que al convocar al Dr. García para evaluar el presente caso, éste le solicitó la monitoria correspondiente y el Dr.

Restrepo contestó que no tenía ya que no era ninguno de los que él había leído, por lo tanto, el Dr. García solicitó un monitoreo urgente.

El Dr. García informa a la junta que una vez solicitada esta monitoria se vio obligado a practicar una operación de cesárea de urgencia a otra paciente y tan pronto salió del quirófano se enteró de la ausencia de la fetocardia.

Para varios de los participantes de la junta los resultados del monitoreo fetal practicado a la paciente aproximadamente a las 14:30 hrs. y conocido por el grupo de turno después de la muerte fetal, no había constituido prueba suficiente para practicar cesárea inmediata.

“3. El manejo posterior del caso se ciñó al protocolo que tiene establecido el Servicio de Obstetricia para esta entidad.

“4. Los resultados del estudio de la placenta, así como de la autopsia del RN no están disponibles a la fecha de la realización de la presente junta.

“CONCLUSIONES

Leída, interpretada y analizada la historia clínica de la Sra. LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA y escuchadas ampliaciones de los hechos por parte del Dr. Alejandro García, Omar Restrepo y Juan Miguel Estrada, es consenso de los participantes que: No se observa falla alguna en las conductas tomadas por los Médicos que participan (sic) en el manejo del caso” (subrayas fuera del texto).

4.7.2. Si bien a la paciente se le practicó la monitoria con stress a las 2:30 p.m. del 15 de febrero de 1994, el resultado de esa prueba sólo fue leído por los médicos especialistas después de la muerte del feto.

En el proceso declaró la enfermera Adriana Marcela Mariño Aguilar (fls. 308, 309, 323 y 324 C-2), que al recibir turno a las 2:00 p.m. se le informó que estaba pendiente la practica de una monitoria a la señora Luz Marina Pedreros, la cual no se había podido realizar por el alto índice ocupacional de los servicios; que practicó la monitoria y le fue difícil localizar el foco, pero que finalmente logró hallar la frecuencia cardiaca fetal y realizar el trazado, y de ello informó a los médicos residentes de turno; que la frecuencia cardiaca fetal estaba dentro de los límites normales (120/160), aproximadamente. No obstante, agregó: *“dejo constancia de que no tengo conocimiento ni capacidad para diagnosticar una monitoría, no es mi función y hasta donde realicé el trazado había fetocardia positiva”*. También aclaró que mientras estuvo de turno sólo le practicó a la paciente una monitoria.

En las diligencias preliminares adelantadas por el hospital demandado, declaró la misma enfermera (fls. 267-268 C-2), que le practicó la monitoria a la paciente hacia las 14:30, que mostraba una *“leve disminución de la variabilidad”* y que ella informó a los Residentes que la monitoría estaba disponible, pero que sólo hasta las 5:30 cuando el médico García valoró a la paciente por ausencia de fetocardia, ella le mostró la monitoría, por lo que se decidió bajar a la paciente para practicarle ecografía obstétrica.

4.7.3. No se acreditó que se hubieran utilizado los métodos alternativos de monitorización de la frecuencia fetal señalados por los mismos médicos, tales como: auscultación de la frecuencia cardiaca cada 15 o 30 minutos, ni que se hubieran utilizado endoscopio o doppler en esa auscultación, o una ecografía confiable. Sólo se demostró que la paciente fue valorada cada dos horas, esto es, al ingreso, por el Médico Residente Omar Hernán Restrepo Forero, quien ordenó el monitoreo fetal; a las 16:10 p.m., por el Gineco-Obstetra Daniel Alejandro García Cerón, quien de nuevo dispuso hacer el monitoreo fetal y a las 18:00 cuando se advirtió que el feto estaba muerto.

En consecuencia, quedó acreditado en el expediente que la señora Luz Marina Pedrero tuvo un proceso normal de gestación hasta el 8º mes; que en la última semana del embarazo presentó elevados índices de su tensión arterial y reducción de los movimientos fetales, por lo cual le fueron practicadas monitorías los días 7 y 15 de febrero en las horas de la madrugada, las cuales resultaron reactivas, aunque no hay constancia de que su trazado hubiera sido leído por los médicos; que en la última fecha acudió por el servicio de urgencias del hospital demandado, remitida por la Gineco-obstetra del Dispensario de la FAC, quien consideró que la paciente debía ser sometida a cesárea, pero que el médico residente del hospital que la valoró inicialmente, consideró que los síntomas que presentaba la paciente no indicaban necesariamente dicha intervención y ordenó adelantar inducción monitorizada del parto; que se inició la inducción y se tomó monitoria de no stress a las 2:30, pero el médico no leyó el resultado de esa prueba, y tampoco se le practicó la monitoria continua porque sólo existía un monitor para todas las pacientes del servicio de Gineco-obstetricia; que la paciente fue valorada a las 4:10 por el especialista de turno, quien consideró, igualmente, que no estaba indicada la práctica necesaria de la cesárea, que debía confirmarse previamente las condiciones en las cuales se hallaba el feto a través de una monitoría, y que en la

auscultación que se hizo a la paciente después de las 5:30 p.m. no se percibió la fetocardia, y se confirmó la muerte del feto.

Si bien el criterio de todos los médicos fue unánime al señalar la conveniencia de un parto natural en relación con una cesárea, en particular, en los eventos en los que la madre padece de alguna infección, como en el caso concreto, de las vías respiratorias, lo cierto es que, ninguno de ellos niega que la conducta ideal debía modificarse en el evento de que se estableciera el sufrimiento fetal, porque en tal caso debía procederse a la cesárea, dado que sobre los riesgos que representara ese procedimiento para la salud de la madre, había que tratar de salvar la vida y de preservar la salud del feto.

En consecuencia, ha quedado establecido que la falla del servicio que se imputa a la entidad demandada no consistió en la omisión de practicarle a la paciente Luz Marina Pedrero la cesárea recomendada por la médica del Dispensario que la remitió al Hospital Militar Central, sino por no haber descartado, a través de los métodos diagnósticos recomendados por los mismos médicos de la institución, que el feto se hallaba en condiciones de tolerar un parto natural y, en cambio dejar que el tiempo transcurriera sin verificar esa situación, por circunstancias imputables a la entidad demandada, al no disponer sino de un monitor en una sala de partos y por las irregularidades administrativas que no permitieron que la única monitoria practicada fuera leída oportunamente por los especialistas, que eran los únicos habilitados para establecer si había o no irregularidades en el trazado.

Tal como lo ha considerado la Sala, el resultado fallido en un proceso de parto, luego de un embarazo normal es indicio de una falla del servicio, falla que en este caso estuvo, además acreditada por la omisión en la práctica de los exámenes diagnósticos ordenados por los mismos médicos de la institución, con el fin de establecer la necesidad de la práctica de la cesárea a la madre, quien presentaba tensión arterial alta y que había percibido desde hacia 8 días una reducción de los movimientos fetales.

De haberse conocido la monitoría en forma oportuna se hubiera podido salvar la vida del feto. Así lo aseguró el médico Daniel Alejandro García Cerón en la

declaración que rindió en la investigación administrativa que adelantó la misma entidad demandada (fls. 251-354 C-2)¹⁰.

Por otra parte, la entidad demandada no acreditó que el feto hubiera muerto por causa diferente al sufrimiento fetal que empezó a manifestarse desde que la madre comenzó a percibir la reducción de los movimientos fetales. Si bien se afirma en la demanda que se practicó necropsia al mismo, no se demostró cuál fue el resultado y, por ende no existe ninguna prueba que demuestre la existencia de una causa de muerte diferente.

El médico Juan Miguel Estrada Grueso, Gineco-obstetra al servicio del hospital demandado (fls. 291-295 C-2), manifestó que las causas de la muerte del feto pudieron estar asociadas a problemas genéticos:

“No siempre es fácil determinar las causas o motivos por los cuales fallece un feto. En un informe elaborado al inspector de la Fuerza Aérea relata que posiblemente se debió a una insuficiencia placentaria secundaria a un proceso de hipertensión arterial que presentó la paciente en el último control prenatal, descarto malformaciones externas visibles, al igual que algún accidente o cordón visible durante la atención del parto, llámese circular o nudo de cordón. Me llamó la atención una placenta pequeña, no es posible decir a ciencia cierta una causa de muerte, o un factor que haya ocasionado el sufrimiento fetal”.

No obstante, esas afirmaciones corresponden a criterios médicos generales, pero no constituyen conclusiones obtenidas en el caso concreto a partir de pruebas científicas idóneas. Por lo tanto, aunque la entidad demandada hubiera alegado que la causa de la muerte del feto fue otra diferente a la falla del servicio que se le atribuye, la misma no logró desvirtuar las pruebas directas e indirectas que obran en el expediente.

En síntesis, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se accederá a las siguientes indemnizaciones a favor de los demandantes:

4. Indemnización de perjuicios

¹⁰ Los términos de la declaración fueron los siguientes: “PREGUNTADO: En su opinión si la paciente hubiera permanecido monitorizada probablemente se hubiera evitado el deceso del feto?. CONTESTÓ: Claramente sí”.

4.1. Perjuicios morales

El médico llamado en garantía pretendió desvirtuar el perjuicio moral sufrido por la señora Luz Marina Pedreros con la pérdida del hijo que esperaba, por el hecho de haberse practicado con anterioridad un aborto.

Considera la Sala que si bien es cierto que la demandante, en la declaración que rindió el 6 de junio de 1995, ante la Fiscalía Décima Seccional, en la investigación penal que se siguió por la muerte del feto, confesó que diez años atrás había interrumpido voluntariamente un embarazo (fls. 24-30 C-2), ese hecho no demerita el dolor que le hubiera causado la muerte de su hijo, ocurrida, como ya se señaló, el 15 de febrero de 1995, un hijo que ella decidió concebir, como consta en la historia clínica, correspondiente al 7 de abril de 1993: “*desea embarazo...Se retira DIU*” (fl. 8 C-2), y al que se dedicó a cuidar, tal como queda confirmado con el hecho de que durante toda gestación hubiera asistido regularmente a los controles y atendido las recomendaciones y tratamientos médicos prescritos para proteger la vida e integridad del ser que estaba por nacer, como lo afirmó el mismo Gineco-obstetra de la entidad demandada que la atendió durante todo ese período.

Aún más, en el dictamen rendido por la Siquiatra Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls. 253-274 C-2), se relatan los efectos emocionales y síquicos que le generó a la señora Luz Marina Pedreros la muerte de su hijo:

“Desde la pérdida de su hijo, la examina refiere que quedó muy afectada presentando aislamiento social, astenia, adinamia y llanto frecuente el cual persiste hasta la entrevista actual; aproximadamente tres meses después de los hechos se reintegró a su trabajo refiriendo que inicialmente se notó con dificultades que gradualmente ha logrado superar, al igual que ha recuperado su adaptación en su vida de familia; sin embargo, la examinada en su relato es clara en que en su vida de pareja y su vida social se ha mantenido una situación en la que se siente asténica, sin asistir a reuniones sociales o disfrutar las mismas, situación ésta que se repite en su vida de pareja, en la que además ha optado por separarse de su esposo; la examinada no ha recibido ayuda psicoterapéutica, situación favorecida por el resentimiento de su esposo y el pobre concepto que respecto a los médicos manifiestan ambos, la cual ha remplazado parcialmente con su asistencia a grupos religiosos en los que recibe apoyo espiritual, pero a todas luces insuficiente pues los síntomas depresivos continúan. Así lo vemos durante el examen mental actual en el cual observamos que persisten signos y síntomas depresivos relacionados con la pérdida de su bebé, como son la labilidad en el afecto con fondo depresivo, las ideas de minusvalía, el parcial compromiso del juicio; y

en las pruebas psicológicas practicadas en las cuales se pone de presente el compromiso afectivo de tipo ansioso y depresivo.

“Todo lo anterior nos muestra que la examinada LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA ha presentado como consecuencia de los hechos investigados un cuadro depresivo que persiste hasta el día de hoy, el cual compromete de manera significativa su adaptación y que constituye una perturbación síquica de carácter permanente.

“Es recomendable y en nuestro concepto indispensable que tanto la examinada como su compañero asistan a consulta psiquiátrica especializada e inicien tratamiento encaminado a superar los síntomas depresivos para lograr una mejoría consistente del cuadro depresivo de la examinada”.

Resulta así evidente que el argumento defensivo del médico llamado en garantía para que se negara la indemnización por el daño moral a la señora Luz Marina Pedreros no constituye una valoración científica, sino un mero prejuicio en contra de la demandante, formado a partir de un acontecimiento vivido por ella 10 años antes de los hechos que dieron origen a este proceso, hechos que generaron daños imputables, como ya se señaló, a la entidad demandada.

Esa posición no sólo resulta reprochable al máximo en un profesional -Gineco-obstetra-, que tiene, justamente, como misión la de hacer realidad el derecho a la salud de las madres y de las criaturas que éstas esperan, sino que, además, por esa vía se puede justificar un trato discriminatorio en relación con las mujeres cuya conducta moral, social o religiosa sea juzgada como inadecuada por el médico que debe brindar la atención de su salud, de su integridad o de su vida.

El juicio sobre el aborto que tuvo la demandante 10 años antes de los hechos que tienen relevancia en este proceso resulta inoportuno porque no se está juzgando en este caso su historia de vida, sus experiencias del pasado, sino la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la muerte del hijo que ésta esperaba; pero, además, ese juicio se formula sin ningún conocimiento de causa. No reveló la madre, y nadie se lo preguntó en el proceso penal ni en éste, cuáles fueron las circunstancias de orden médico o emocional que rodearon ese acontecimiento. No debe perderse de vista que en algunos eventos la interrupción

voluntaria del embarazo ni siquiera está tipificada en el ordenamiento jurídico positivo¹¹.

Pretender estigmatizar a la madre por un hecho del pasado, desconocer su dolor, considerarla inmerecedora de la compensación económica del perjuicio derivado de una falla en la prestación del servicio de salud, no constituye más que un total desconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos, los cuales se fundamentan en el respecto a la dignidad, intimidad y autonomía de la mujer, porque uno de los componentes esenciales de esos derechos es, precisamente, el de poder elegir libremente tanto el número de hijos que quiera tener, como el momento en el cual desee hacer realidad esa opción.

Valga señalar que los derechos sexuales y reproductivos de la mujer tienen un amplio marco de protección en el derecho internacional, que ha sido la fuente de los desarrollos legislativos en el país. En sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional relacionó el marco internacional de esos derechos, así:

“...los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.

“En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres *“a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”*.

“Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

“Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

¹¹ Mediante sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional resolvió: “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

“Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que *“los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”*, así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

“Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que *los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”*. Este programa establece además, que *“la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”*. También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de *“obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables”* de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el *“derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo”*.

“La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

“En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

“Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de

1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

...

“En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

“Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”¹².

En consecuencia, no se puede desconocer el dolor moral de la demandante por la muerte de su hijo, producida como consecuencia de fallas imputables a la entidad demanda; el hijo que decidió concebir en ese momento de su vida, haciendo uso de su derecho a ser madre cuando así lo decidiera; el hijo que esperó durante 9º meses, por el que cuidó su salud durante todo el período de gestación, sólo porque en su pasado, en circunstancias que no sólo se desconocen en este proceso sino que no pueden ser sometidas a la valoración moralista de terceros, hubiera tenido un aborto.

Pero, además, del dolor moral que padeció la señora Luz Marina Pedreros por la pérdida del hijo que estaba por nacer, tuvo que experimentar durante las 24 horas siguientes la angustia derivada del hecho de que los médicos del Hospital Militar Central decidieran aplazar durante ese lapso el parto del feto, angustia sentida no sólo por el hecho de llevar en su vientre una criatura muerta, sino por los efectos que ese hecho pudieran representar para su salud.

¹² Se agrega que en armonía con esas disposiciones de orden internacional, recientemente se expidió la ley 1257 de 4 de diciembre de 2008 “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, que en el artículo 7º establece: “Derechos de las mujeres. Además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad, a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal”.

Para establecer el valor de la indemnización a reconocer a título de perjuicios morales, la Sala tendrá en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual fijó tal indemnización en cien salarios mínimos legales mensuales.

Así las cosas, se reconocerá a título de indemnización por perjuicios morales a favor de los padres de la criatura, señores LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA y JOHN ALEXANDER POVEDA PEDREROS el valor equivalente a 100 SMLMV y a favor del hermano EFRAÍN FORERO BARRERA el valor equivalente a 50 SMLMV.

5.2. Sobre los demás perjuicios

-Se solicitó en la demanda el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor de los padres de la criatura que estaba por nacer. Sin embargo, no se acreditó que como consecuencia de la muerte del mismo, los demandantes hubieran tenido que realizar alguna erogación. Por lo tanto, no se accederá al reconocimiento de dicha indemnización.

-Igual decisión se adopta en relación con los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante reclamada también por los padres de la criatura, porque no hay certeza del daño, esto es, de que en el evento de que el hijo hubiera vivido, le hubiera brindado ayuda económica a sus padres durante su etapa productiva.

-Tampoco está demostrado que el dolor padecido por los padres les hubiera impedido ejercer su actividad económica. Por el contrario, consta en el dictamen pericial practicado por la siquiatria forense que *“aproximadamente tres meses después de los hechos se reintegró a su trabajo refiriendo que inicialmente se notó con dificultades que gradualmente ha logrado superar”*.

-Lo que sí acreditó en el expediente fue que la señora Luz Marina Pedreros sufrió una alteración en sus condiciones materiales de existencia, porque la pérdida de su hijo afectó su vida social y de pareja, como se destacó en el dictamen pericial, afeción que le llevaron no sólo a aislarse del medio social en el que se desenvolvía, sino, inclusive, a romper la relación que sostenía con el señor Efraín Forero Barrera, hechos que modificaron de manera anormal y significativa el curso de su existencia.

Por lo tanto, se le reconocerá a la demandante una indemnización por dicho perjuicio equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. Sobre el llamado en garantía

De conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, el Estado deberá repetir contra sus agentes cuando sea condenado a la reparación de daños o perjuicios causados como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos.

Antes de la vigencia de la ley 678 de 2001, la figura del llamamiento en garantía dentro de los procesos de reparación directa estaba prevista en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 77 ibídem, normas en las cuales se consagra una responsabilidad personal subjetiva, en la cual el Estado tiene la carga de probar que su agente obró con culpa grave o dolo¹³.

En el caso concreto, aunque se acreditó la falla del servicio en la cual incurrió la entidad demandada, no se demostró que el médico Daniel Alejandro García Cerón, llamado en garantía, hubiera actuado con dolo o culpa grave. Por el contrario, quedó establecido con la historia clínica, que el mismo atendió a la paciente a las 16:20 de la tarde, y dio las órdenes respectivas, en particular, la práctica de una monitoría fetal, con el fin de establecer el bienestar fetal o la necesidad de la práctica urgente de la cesárea, pero que fue por circunstancias

¹³ "...la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o exfuncionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público; (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta pro el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública. Sentencia de la Corte Constitucional C-832 de 2001, mediante la cual declaró la exequibilidad condicionada de la expresión "contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por al entidad", contenida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo "bajo el entendido de que el término de caducidad de la acción empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo."

ajenas al mismo como la falta de monitores y las irregularidades en el procedimiento que debieron seguir las auxiliares del hospital que no se practicó la monitoria continuada ni se dio a conocer la monitoria que se le había practicado a las 2:30 p.m.

Además, se acreditó que no hubo negligencia imputable al llamado en garantía, quien, por otra parte, debió atender a otras pacientes que requirieron sus servicios esa misma tarde de manera urgente.

Con el fin de acreditar la cantidad de pacientes que fueron atendidas el 15 de febrero de 1994, en el servicio Ginecología del Hospital Militar Central, el jefe de la sección Bioestadística de la institución remitió al expediente copia de la historia clínica de las pacientes. Así, obra copia auténtica de la historia clínica seguida a las señoras SUSANA OLARTE DE CASTRO, MARTHA INÉS OSORIO DE CONTRERAS y MYRIAM FIGUEROA DE PARDO (fls. 103-187 C-2), en las cuales consta que en la fecha aludida fueron intervenidas quirúrgicamente en el Hospital Militar Central, por presentar casos de urgencias; que, en particular, la señora Osorio de Contreras fue intervenida por el médico llamado en garantía a las 4:30 p.m., esto es, inmediatamente después de auscultar a la señora Luz Marina Pedreros y de ordenar la práctica de la monitoria para establecer las condiciones en las que se hallaba su hijo; y que a dicha paciente se practicó histerectomía por acretismo placentario con hemorragia postcesárea masiva.

Ese último hecho aparece, además, confirmado con el testimonio rendido por la señora Martha Inés Osorio de Contreras (fls. 338-340 C-2), quien manifestó que acudió al hospital por el servicio de urgencias porque tenía un embarazo a término, de alto riesgo en razón a que tenía 44 años de edad y presentaba una hemorragia, por lo que fue llevada a la sala de cirugía donde el doctor García le practicó una cesárea y que gracias a esa atención pudo salvarse la vida de su bebé; que ese se presentaron muchas pacientes al servicio de urgencias, por lo que temió que no se le pudiera brindar la atención inmediata que requirió.

El jefe de Ginecología y Obstetricia del mismo hospital certificó (fls. 190-191 C-2), que en esa misma fecha fueron atendidas 37 pacientes en la Sala de Maternidad, así:

“-Programación quirúrgica	3 pacientes
-Hospitalizadas en UCIO	7
-Pacientes para procedimientos quirúrgicos ambulatorios	3
-Pacientes en observación post quirúrgica	2

-Monitorias realizadas	10
-Consultas de urgencias	12
Y otras no registradas por el inusual volumen de pacientes que acudieron ese día al Servicio de Urgencias	
...	
Monitores en funcionamiento el 15 de febrero de 1994 No. 1...".	

Con el informe se anexaron los que fueron presentados por las Enfermeras Jefes de Turno de la mañana y de la tarde de esa misma fecha. Entre tales informes se destaca el presentado por el Jefe de la Sección de Obstetricia y Ginecología del Hospital (fls. 192-193 C-2), en el cual se señaló la insuficiencia de personal de enfermería y de monitores para prestar un adecuado servicio a las pacientes:

“El personal de enfermería que cubre las diferentes áreas es el mínimo necesario, siendo insuficiente en el momento en que se requiere atención a un número superior al promedio de pacientes atendidas.

Tiempo atrás, la Sala de Maternidad contaba en las horas de la mañana con 2 Enfermeras Jefes las cuales brindaban un cubrimiento amplio al área evacuando y organizando el trabajo de tal manera que los turnos de la tarde y la noche realizaban una labor complementaria en el cuidado a las usuarias. Al suspenderse uno de estos cargos el incremento de las labores trasciende no solo en el turno de la mañana sino que afecta el de la tarde y el de la noche, en donde se observa el represamiento que causa su ausencia. El personal de Auxiliares, cada día menor, obliga a recargar obligaciones y responsabilidades y se vuelve insuficiente en momentos de mayor demanda, con los riesgos que ello implica.

“La dotación tecnológica que complementa el acto médico y en la cual se soportan algunas conductas es insuficiente y defectuoso. En la fecha tan solo contamos con un monitor de FCF, el cual debe cubrir las 7 camas de la unidad y todas las monitorias ambulatorias de valoración del bienestar fetal. Con esta limitación es imposible brindar una monitoria continua a alguna de las pacientes que presenten riesgo en su embarazo, ya que de esta manera dejaríamos de cubrir un número significativo de pacientes que son remitidas por la Unidad de Medicina Materno Fetal”.

La señora Carmen Susana Olarte de Castro (fls. 335-337 C-2), aseguró que era enfermera del hospital y que el 15 de febrero de 1996, aproximadamente a las 3:30 fue atendida en el Hospital Militar por el doctor Alejandro García, en el servicio de urgencias por una enfermedad pélvica infecciosa que le causaba un dolor abdominal agudo, que le impedía mantenerse de pie; que estaba muy congestionado el servicio, pero que el médico la atendió con mucha diligencia y cuidado, a pesar de que no era su ginecólogo.

Por su parte, la señora Miryam Figueroa Gómez (fls. 337-338 C-2), afirmó que fue atendida por el médico Alejandro García el 15 de febrero, quien le retiró unos puntos de una cirugía que el mismo le había practicado, por presentar dolor y que por orden suya le tomaron una ecografía; que la labor del médico ha sido siempre muy diligente y asume con responsabilidad su trabajo.

Además, el llamado solicitó que se recibiera el testimonio de la médico Gineco-obstetra Laura Teresa Martínez Lesmes (fls. 344-345), quien aseguró haberlo conocido en la Fundación Santafé, donde ella laboraba, y que tenía un magnífico concepto de él como profesional, y al Gineco-obstetra Luis Andrés Sarmiento Rodríguez (fls. 348-352 C-2), quien declaró que lo conocía desde hacía 10 años, que era una persona de altas calidades profesional y éticas, que fue docente en su especialización.

Finalmente, en relación con la ausencia de responsabilidad personal del llamado en garantía, en los hechos que culminaron con la muerte del hijo que esperaba la señora Luz Marina Pedreros, la Sala comparte el criterio sostenido por el Hospital demandado, en la resolución expedida el 10 de mayo de 1994, por el Director del Hospital Militar Central (fls. 278-283 C-2), en la cual se dispuso abrir formal investigación disciplinaria en contra del médico Omar Hernán Restrepo Forero y de la enfermera Adriana Marcela Mariño Aguilar, y cesar todo procedimiento en contra del médico Daniel Alejandro García Cerón, por considerar que:

“Estudiadas las pruebas obrantes en el expediente, las cuales constituyen una evidencia una clara y abierta contradicción entre el Médico Residente y la Enfermera Jefe de turno, el primero niega haber sido informado que la monitoria practicada a la paciente LUZ MARINA PEDREROS POVEDA estaba lista para su lectura y continua con las actividades propias del turno; y la segunda afirma enfáticamente que se informó; sin embargo, no manifestó si mostraba alguna irregularidad y sólo hasta las 7:45, cuando el especialista doctor GARCÍA CERÓN requiere por segunda vez una monitoria es informado que ya existía una sin lectura y la criatura a esa hora ya había perecido.

“El actuar del doctor ALEJANDRO GARCÍA no deja duda, impartió las órdenes necesarias y oportunas, las cuales no se cumplieron inmediatamente, argumentando en primer lugar, el excesivo número de pacientes de alto riesgo y un solo monitor para todas, quien además es claro al manifestar que así una paciente venga remitida con orden de practicar cesárea, se hace necesaria una valoración para confirmar o desvirtuar diagnóstico y establecer la conducta médica a seguir.

“A contrario sensu, resulta inexplicable la actuación del Residente y la Enfermera Jefe; éste imparte una orden y se desentiende la misma, no inquiriere sobre el cumplimiento de la misma y cuando se presenta el fallecimiento fetal acude al Especialista y ahí sí informa que ‘existía un trazado de monitoria tomado con anterioridad al examen practicado por el doctor GARCÍA; la Jefe trata de salvar su responsabilidad afirmando que sí informó que se encontraba lista la monitoria para la lectura pero no empleó la debida diligencia para que el Residente la leyera, se limitó a dejarla sin que se aclare dónde la dejó para ser leída”.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero se exonerará de responsabilidad al llamado en garantía.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

ACÉPTASE el impedimento manifestado por la doctora Myriam Guerrero de Escobar.

REVÓCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 2 de marzo de 2000 y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE que el INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES (antes HOSPITAL MILITAR CENTRAL), es patrimonialmente responsable de la muerte del hijo que esperaba la señora Luz Marina Pedreros, en hechos ocurridos el 15 de febrero de 1994.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** al INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES, a pagar a los demandantes las siguientes cantidades: (i) por perjuicios morales: para cada uno de los señores LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA y EFRAÍN FORERO BARRERA la suma equivalente a cien salarios mínimos mensuales vigentes (100 SMLMV), y para el señor JOHN ALEXANDER POVEDA PEDREROS la suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 SMLMV), y (ii) por

alteración a sus condiciones materiales de existencia, a favor de la señora LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA la suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 SMLMV).

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: ABSUÉLVESE de responsabilidad al llamado en garantía DANIEL ALEJANDRO GARCÍA CERÓN.

QUINTO: EI INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Presidente de la Sala

Con aclaración de voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Quantum mayor al reconocido

Debe precisarse que, como consecuencia de la muerte de su hijo, la demandante padece de depresión, que medicina legal calificó como “perturbación síquica de carácter permanente”, lo que sin duda configura un daño a la salud, el cual debió indemnizarse por una suma superior perjuicio moral, reconocido en la sentencia.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicio inmaterial / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Denominación

De otro lado, en relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado daño a la vida de relación y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, como lo demuestra el caso concreto que trata la sentencia, como también la confusión que se ha generado con la alteración a las condiciones de existencia. En mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso. En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007, ha reconocido que el perjuicio fisiológico, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las alteraciones a las condiciones de existencia. El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que es a todas luces incorrecta. En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima. Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Cuantificación del daño

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la restitutio in integrum cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicios materiales e inmateriales. Reparación

Ahora bien, la reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual –civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares.

PERJUICIO - Tipología

Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos? Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral. En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversa forma, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Perjuicio inmaterial. Alteración a las condiciones de existencia

Por último, en recientes pronunciamientos del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para designar ese “específico” perjuicio que desde el año 1993 fue avalado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para indemnizar no sólo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., como se hizo a partir de la sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, ya transcrita. Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

DAÑO FISIOLÓGICO - Doble connotación

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc. No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades, como el haber decretado en el caso concreto una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esa circunstancia especial, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna, es el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto. En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el préjudice d’agrément (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (des troubles dans les conditions d’existence), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último

corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado.

DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento

Como se aprecia, el daño a la salud –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos. Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una traspolación jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (préjudice d'agrément), frente al perjuicio corporal (dommage corporel) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud (fisiológico o biológico), pero con su contenido y alcance primigenio, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se desdibujó su verdadero y real propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos. En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida en que 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 que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros), sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño

existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización). Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo e inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. A contrario sensu, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica.

DAÑO A LA SALUD - Distinto al daño moral

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –: los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, 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. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Daño no proveniente de lesiones físicas

Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar al extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño

existencial o daño a la vida de relación), sino que sean analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra o al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables en sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dada su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar. En efecto, una criterio diferente permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00713-01(18433)

Actor: LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA Y OTROS

Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA- PELACION

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 3 de febrero del año en curso, en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con un aspecto contenido en la parte motiva de la providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, se revocó la sentencia proferida el 2 de marzo de 2000, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y se declaró responsable a la entidad demandada por la muerte del hijo que esperaba la señora Luz Marina Pedreros.

En relación con el denominado perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, en la providencia se concluyó:

“Lo que sí acreditó en el expediente fue que la señora Luz Marina Pedreros sufrió una alteración en sus condiciones materiales de existencia, porque la vida de su hijo afectó su vida social y de pareja, como se destacó en el dictamen pericial, afección que le llevaron no sólo a aislarse del medio social en el se desenvolvía, sino, inclusive, a romper la relación que sostenía con el seños Efreín Forero Barrera, hechos que modificaron de manera anormal y significativa el curso de su existencia”

“Por lo tanto, se le reconocerá a la demandante una indemnización por dicho perjuicio equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes” (folio 43 de la providencia).

2. Fundamento de la aclaración:

Debe precisarse que, como consecuencia de la muerte de su hijo, la demandante padece de depresión, que medicina legal calificó como “perturbación síquica de carácter permanente” (folio 38 de la providencia), lo que sin duda configura un daño a la salud, el cual debió indemnizarse por una suma superior perjuicio moral, reconocido en la sentencia.

De otro lado, en relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado *daño a la vida de relación* y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, como lo demuestra el caso concreto que trata la sentencia, como también la confusión que se ha generado con *la alteración a las condiciones de existencia*. En mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007¹⁴, ha reconocido que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007¹⁵, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991, diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad

¹⁴ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

En efecto, así se anticipó la Corte Suprema de Justicia durante el período de la corte de oro, cuando reflexionó en los siguientes términos:

“Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: “El mundo marcha, y la ley del progreso, que todo lo mueve, no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños, es entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos...”

“Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aun más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño...”¹⁶

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la *restitutio in integrum* cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 1938, G.J. No.1932, pág. 58.

fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho¹⁷.

Ahora bien, la reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual –civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares¹⁸.

Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se

¹⁷ “En otras palabras, el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo, de un individuo o de un grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad; este límite también se establece, como es obvio, en el caso contrario, es decir, cuando el juez niega la inclusión de un interés discutido, en la escala de los valores sociales.” CORTÉS, Edgar “Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 13.

¹⁸ “lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 15.

indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversa forma, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera puntualizó lo siguiente:

“el PERJUICIO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACIÓN, 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. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO...”

Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación¹⁹:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (*prejudice d'agrément*), *loss of amenity of the*

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.421, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano²⁰.

“La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de “diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”.²¹

“2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.²²

“Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

“3. El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzgeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.).

“(…)

“5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”²³, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

²⁰ Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T. II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág. 147.

²¹ Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1989. p. 66.

²² Ibidem, p. 67.

²³ Ibidem.

Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el *nomen iuris* del citado perjuicio con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe *in extenso*²⁴:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión *perjuicio fisiológico*, que, en realidad, 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 esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, 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.

“De otra parte, se precisa que **una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal.** De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física.²⁵ Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

“Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

²⁵ NAVIA ARROYO, Felipe. Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor Navia Arroyo precisa, además, que el concepto de daño fisiológico – de acuerdo con el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación – corresponde al de perjuicio de agrado, elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión daño fisiológico, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no sólo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.

cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que - además del perjuicio patrimonial y moral - puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles.

“Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d’agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente.

“En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima - daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión - daño material -, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.²⁶

“Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material,

²⁶ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros. M.P. Daniel Suárez Hernández.

tema al que se refiere ampliamente el profesor Henao Pérez, en el texto citado.²⁷

“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

“Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles.” (Cursivas del original - negrillas adicionales).

Por último, en recientes pronunciamientos²⁸ del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para designar ese “específico” perjuicio que desde el año 1993 fue avalado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para indemnizar no sólo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., como se hizo a partir de la sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, ya trascrita.

En efecto, en sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, se sostuvo:

“A partir del fallo anterior, 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*

²⁷ Ibid. p.p. 252 a 263.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero, con aclaración de voto del ponente sobre esta materia.

*relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.*²⁹

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por *alteración grave de las condiciones de existencia*, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una *persona* en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

“En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a **la expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”

“Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la *alteración de las condiciones de existencia* resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

“Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que *“para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”*³⁰.

²⁹ Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), Actor: JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS, Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

³⁰ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d’existence*³¹ pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”³² o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”³³.

“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”³⁴ (negritas y cursivas del original - subrayado adicional).

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar

³¹ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

³² Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

³³ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc.

No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades, como el haber decretado en el caso concreto una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esa circunstancia especial, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna, es el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto "daño a la vida de relación", se mutó su nombre, para designarlo como "la alteración a las condiciones de existencia" (*des troubles dans les conditions d'existence*), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado³⁵.

³⁵ "Se ve cómo se introduce una nueva categoría de daño que llama perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, que trata como sinónimos, desconociendo el significado que tales categorías tiene en los sistemas de origen. Y al momento de liquidar el daño, al que le reconoce un carácter satisfactorio, vuelve en confusión al decir que, "habida consideración de la gravedad que tuvieron

Como se aprecia, el daño a la salud³⁶ –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

En efecto, la citada superposición de conceptos se desprende de manera palmaria en una sentencia proferida el 3 de julio de 1992³⁷, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, confirmada por el Consejo de Estado el 1º de julio de 1993³⁸, proveído en el que el tribunal *a quo* puntualizó lo siguiente:

“8. El daño especial.

“8.1. El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido “al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez...” b. Los “perjuicios estéticos” y el “daño corporal especial” debido también a la invalidez total que sufre. La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el “préjudice d’agrément” de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del

las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de... con cuya rentabilidad la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla sin sofisticaciones”. Habiendo deslindado en precedencia el daño fisiológico del daño patrimonial, al momento de la liquidación los mezcla con la consideración que hace del trabajo de la víctima y con la necesidad que ella tiene de una silla de ruedas y de un acompañante. El daño que se había propuesto se desdibuja así, al momento de la liquidación.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 255.

³⁶ “...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión “daño a la salud”, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien “salud” como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 21 y 22. Consultar igualmente: BUSNELLI, Francesco Donato, “Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente” Torino, 2001, pág. 3 y s.s.

³⁷ Tribunal Administrativo de Antioquia, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 25878, M.P. Humberto Cárdenas.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de julio de 1993, exp. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández.

ser humano: a.- El moral subjetivo o “Pretium doloris”, trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los “placeres de la vida”, de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...

“(...) La parálisis de los miembros inferiores (paraplejia) que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares. La fijación de la indemnización de este rubro depende mucho del criterio prudente del juez, quien debe tener también en cuenta para el efecto la profesión y la edad del lesionado, las privaciones que sufre a raíz de la lesión, etc. Se condenará, en consecuencia, a la demandada, a cubrir al demandante, una suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino.”

Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una traspolación jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país³⁹, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*), frente al perjuicio corporal (*dommage corporel*) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”⁴⁰

³⁹ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

⁴⁰ www.who.int/en/

Así se desprende de la misma jurisprudencia Italiana –supuestamente a partir de la cual se adoptó el concepto de daño a la vida de relación–, en la que se hace una clara diferencia entre el perjuicio biológico (fisiológico), el daño moral, y el daño existencial. Sobre el particular, vale la pena destacar la sentencia del 19 de diciembre de 2007, proferida por la Corte Suprema de Casación de ese país, en la que se puntualizó:

“(…) 3) La categoría del daño no patrimonial se articula a su vez en un subsistema compuesto del daño biológico en estricto sentido, del daño existencial, y del daño moral subjetivo.

“4) El daño biológico y el daño existencial tienen una morfología homogénea, entrañan internamente una lesión de carácter constitucional, la primera referida a la salud, y la segunda constituida por “valores/intereses constitucionalmente protegidos...”⁴¹.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud (fisiológico o biológico), pero con su contenido y alcance primigenio, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se desdibujó su verdadero y real propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos⁴².

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

⁴¹ Cf. Corte de Casación Italiana, sentencia del 19 de diciembre de 2007, No. 4712. (Traducción libre). Ver igualmente, las sentencias de 31 de mayo de 2003, números 8827 y 8828 de la Sala Civil de la Corte de Casación Italiana, así como las sentencias Nos. 184 de 1986 y 233 de 2003, proferidas por la Corte Constitucional de ese mismo país.

⁴² “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”⁴³.

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida en que 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 que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁴⁴, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁴⁵.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo e inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba

⁴³ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

⁴⁴ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no redituable del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁴⁵ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

indemnizarse diferente el daño—, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. *A contrario sensu*, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁴⁶.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica⁴⁷.

Así las cosas, resulta pertinente que la Sección Tercera delimite y sistematice los distintos perjuicios inmateriales distintos al moral, con miras a dotar de seguridad jurídica a la comunidad y, principalmente, para estructurar criterios de resarcimiento fundamentados en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁴⁸.

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no

⁴⁶ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

⁴⁷ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

⁴⁸ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. **Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios** –siempre que estén acreditados en el proceso –: los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, 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 corporal⁴⁹. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar al extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño existencial o daño a la vida de relación), sino que sean analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra o al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables en sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dada su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar.

⁴⁹ “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.

En efecto, un criterio diferente permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

El anterior ejemplo extraído de la experiencia, sirve de apoyo para reflejar lo que se pretende poner a consideración a través de esta postura, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, más no a la consecuencia externa, física, o material que acarrea el daño. En otros términos, el juez debe indemnizar a través de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación del daño, la verificación consecencial de los efectos que produce el mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana.

Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño irrelevante. En consecuencia, 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 individual y

autónoma (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud (v.gr. el daño existencial del derecho italiano) que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantizaría un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, se debe dejar abierta la posibilidad de que los jueces reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación estricta del paradigma que aquí se defiende, 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.

Así las cosas, considero que la jurisprudencia nacional ha restringido la posibilidad de indemnizar daños en sí mismos, para concentrarse en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadena el daño, circunstancia que limita ampliamente la reparación integral de todos los derechos, bienes o intereses constitucional o legalmente protegidos y, de manera adicional, radica un problema de tipo lógico y práctico, en tanto puede conllevar a que ciertos perjuicios que pertenecen a la órbita interna del sujeto queden por fuera de la tutela judicial.

De otra parte, la postura que se defiende en este plano en modo alguno propende por una reparación arbitraria e indefinida del daño, sino que atiende a la necesidad de indemnizar de forma autónoma e independiente, las diversas afecciones que sufre la persona frente a la concreción del daño antijurídico, de tal forma que se

repare de manera integral el perjuicio, con fundamento no en los efectos externos o que se pueden exteriorizar a causa del hecho dañoso, sino con el criterio de que se indemnicen todas las lesiones que sean irrogadas a bienes o derechos, lo que reflejará una mejor concepción del Estado Social de Derecho, en el cual el ser humano y las garantías de las que es titular son el fin último del ejercicio del poder público y la razón de ser de la organización estatal.

En conclusión, los conceptos de daño a la vida de relación adoptado a partir del año 2000, y modificado por el de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no los comparto, puesto que tales aserciones, de conformidad con las anteriores razones, no se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses legítimos, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma.

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se ha venido abordando el análisis de los llamados daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia, en el ámbito de la jurisprudencia contencioso administrativa, conceptos que como lo he precisado en estas líneas deben ser confinados del ámbito indemnizatorio del perjuicio no patrimonial, para darle paso a categorías o voces que reflejen un manejo más apropiado de los bienes, derechos e intereses legítimos a ser resarcidos desde una perspectiva objetiva (con una comprensión estática y dinámica de las consecuencias del daño), que permita dotar al sistema de equidad y, por sobre todo, garantizar en cada caso concreto los principios de igualdad material y de dignidad humana⁵⁰.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

⁵⁰ "En todas las actividades es saludable, de vez en cuando, poner un signo de interrogación sobre aquellas cosas que por mucho tiempo se han dado como seguras." Bertrand Russell.