



Descorre excepciones Maryi Yeraldine Ultengo vs ICBF y otros J

Desde ALVARO EMIRO FERNANDEZ GUISSAO <aefernandez@unicauca.edu.co>

Fecha Vie 28/02/2025 12:02 AM

Para Juzgado 10 Administrativo - Cauca - Popayán <jadmin10ppn@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Andrea Maria Orozco Caicedo <amorozcoc@procuraduria.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; Notificaciones Judiciales <notificacionesjudiciales@icbf.gov.co>; Darío Rosero <emssanarsas@emssanar.org.co>; juridica@hospitalsan jose.gov.co <juridica@hospitalsan jose.gov.co>; DAMARIS ORDOÑEZ MARTINEZ <notificacionesjudiciales@popayan.gov.co>; ALVARO EMIRO FERNANDEZ GUISSAO <aefernandez@unicauca.edu.co>; notificacionjudicial@inza-cauca.gov.co <notificacionjudicial@inza-cauca.gov.co>; asesoriajuridica@esetierraadentro-cauca.gov.co <asesoriajuridica@esetierraadentro-cauca.gov.co>; ESTADOS JUDICIALES <estadosjudicialesgv@gmail.com>; margotfeal@hotmail.com <margotfeal@hotmail.com>; bonafideabogados.info@gmail.com <bonafideabogados.info@gmail.com>; Dirección Seccional Notificaciones - Cauca - Popayán <dsajppnnotif@cendoj.ramajudicial.gov.co>; NAZIONY@HOTMAIL.COM <NAZIONY@HOTMAIL.COM>; mbautistajuridica@gmail.com <mbautistajuridica@gmail.com>; DIANA CAROLINA <naziony84@gmail.com>; pauloa.serna1977@outlook.com <pauloa.serna1977@outlook.com>; pauloa.serna@icloud.com <pauloa.serna@icloud.com>; edwinmoncayoe@outlook.es <edwinmoncayoe@outlook.es>

📎 1 archivo adjunto (537 KB)

Descorre excepciones Maryi Yeraldin Ultengo vs ICBF Febrero 27 de 2025.pdf;

Popayán, 27 de febrero de 2025

Doctora

YENNY XIMENA CUETIA FERNÁNDEZ

JUEZ DÉCIMA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Jadmin10ppn@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia:	Descorre excepciones
Expediente	19001-33-33-010-2021-00025-00
Demandante:	MARYI YERALDINE ULTENGO SANCHO Y OTROS
Demandado:	ICBF y otros
Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA

ALVARO EMIRO FERNANDEZ GUISSAO, mayor de edad y vecino de Popayán, identificado como aparece al final de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado de la parte demandante, estando dentro del término, mediante el presente escrito y de manera respetuosa me permito descorrer el traslado de las excepciones propuestas por las entidades demandadas y oponerme frente a algunas de las pruebas solicitadas, en aplicación del parágrafo 2° del artículo 175 de la ley 1437 de 2011 (el traslado inició el día miércoles 26 de febrero y finaliza el día viernes 28 del mismo mes y año), conforme el memorial adjunto.

Conforme a lo estipulado en el Art. 6 del Decreto 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, se envía copia del mismo a los demás sujetos procesales.

Con todo respeto,



ALVARO EMIRO FERNÁNDEZ GUISSAO

C. C. No. 94.414.913 de Cali

T. P. No. 147.746 del C. S. J.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

Popayán, 27 de febrero de 2025

Doctora
YENNY XIMENA CUETIA FERNÁNDEZ
JUEZ DÉCIMA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Jadmin10ppn@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

Referencia: Descorre excepciones
Expediente 19001-33-33-010-2021-00025-00
Demandante: MARYI YERALDINE ULTENGO SANCHO Y OTROS
Demandado: ICBF y otros
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

ALVARO EMIRO FERNANDEZ GUISSAO, mayor de edad y vecino de Popayán, identificado como aparece al final de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado de la parte demandante, estando dentro del término, mediante el presente escrito y de manera respetuosa me permito descorrer el traslado de las excepciones propuestas por las entidades demandadas y oponerme frente a algunas de las pruebas solicitadas, en aplicación del parágrafo 2° del artículo 175 de la ley 1437 de 2011 (el traslado inició el día miércoles 26 de febrero y finaliza el día viernes 28 del mismo mes y año), conforme lo siguiente:

I. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Como quiera que las varias excepciones propuestas están dirigidas en su mayoría al fondo del asunto o deberán resolverse en la sentencia y tienen que ver con diferentes aspectos, se han agrupado por su similitud y nos referiremos a ellas de esa manera; las primeras, que se refieren a la falta de legitimación por pasiva propuestas por el Municipio de Popayán, ICBF, EMSSANAR, Municipio de Inzá y la Aseguradora Solidaria de Colombia; las segundas que intentan desvirtuar el nexo causal, y sobre elementos de la responsabilidad, propuestas por el Municipio de Popayán, ICBF, HUSJ, EMSSANAR, Municipio de Inzá y la Aseguradora Solidaria de Colombia; las terceras, que tienden a desvirtuar el deber indemnizatorio y los perjuicios de los demandantes, propuestas por el Municipio de Popayán, ICBF, HUSJ, EMSSANAR, Municipio de Inzá y la Aseguradora Solidaria de Colombia y las cuartas, que intentan demostrar la falta de legitimidad de los demandados; las quintas, que de manera genérica hacen referencia a otros aspectos y las sextas, que se refieren a la prestación del servicio a cargo de las demandadas, propuestas por EMSSANAR. De esa manera tenemos:

1) Frente a las excepciones que se refieren a la falta de legitimación por pasiva debe decirse, que la salud es un servicio público a cargo del Estado que puede ser prestado por particulares de acuerdo a ciertos principios en la atención, promoción y prevención de la salud, como eficiencia, integralidad, unidad y calidad. Las entidades vinculadas deben responder por sus atribuciones normativas, ya que no ejercieron sus funciones de manera adecuada y oportuna, teniendo en cuenta que la prestación de



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

los servicios de salud debe obedecer a los principios determinados en la ley estatutaria 1751 de 2015. Adicionalmente, en el presente caso se trató de una madre adolescente y de su menor hija prematura, las cuales debieron recibir todo el apoyo institucional y en lugar se haberle quitado la menor a su madre y entregarla a una madre sustituta, lo que debieron fue disponer de los recursos para apoyar y orientar de manera adecuada el cuidado de la menor y haber prevenido el daño antijurídico.

Cada una de las demandadas, debe ser responsable de no activar ni orientar de manera adecuada y oportuna las rutas de atención en salud y dirigidas hacia la protección de la menor fallecida y de su madre, teniendo en cuenta el enfoque diferencial por género y condición socioeconómica, sin embargo, parece ser que todos los preceptos dirigidos a su protección y la posición de garantía que ostentaban quedó simplemente en el papel.

2) En cuanto a las excepciones dirigidas a desvirtuar el nexo causal, y sobre los elementos de la responsabilidad, debe indicarse que a Maryi Yeraldin Ultengo Sancho como madre adolescente y a su menor hija, debió brindársele una atención adecuada, con diagnósticos, tratamientos y procedimientos que estuvieran de acuerdo con su patología, edad, género y condición socio familiar, cuestión que no se hizo y que desencadenó un daño desproporcionado. No es de recibo la teoría según la cual, era la madre la responsable de la salud de la menor, cuando no tuvo el apoyo institucional, puesto que no se le prestó la orientación debida.

El efecto de la comprobación del daño desproporcionado es la culpa que se da por probada en eventos de responsabilidad médica, tal como lo ha estimado el Consejo de Estado, así:

“Cabe destacar, de otro lado, al margen de lo expuesto, que en el asunto subexamine, se presentó lo que en la doctrina española se denomina daño desproporcionado, pues el resultado de un normal procedimiento quirúrgico para remover el apéndice, fue anormal y poco frecuente respecto a casos similares. De lo anterior, se colige fácilmente que cuando el daño es desmedido, exagerado o excesivo, al no estar acorde con los resultados normales de una intervención, la culpa de la entidad demandada se da por probada”¹

Ahora bien, sobre el componente del consentimiento informado a la madre de la menor fallecida, no se advirtió de manera informada ni hubo verificación de las condiciones de la madre, su familia o grupo de apoyo ni hubo constatación de las medidas adecuadas para la menor, lo que indujo a un error inexcusable y a un riesgo desmedido que se materializó

Sobre el consentimiento informado, el artículo 15 de la ley 23 de 1981, consagra la obligación – deber y finalidad del consentimiento informado, en tanto establece que el médico no debe exponer a riesgos injustificados al paciente:

“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”

¹ Sentencia 1991-08050 de abril 28 de 2010. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad.: 13001-23-31-000-1991-08050-01 (19474). Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Actor: Iván Santos Mora y otro. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

Por su parte el artículo 9° del decreto 3380 de 1981, establece que se entiende por riesgo injustificado:

“Artículo 9° Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo.”

Las anteriores normas se vulneraron en el caso, puesto que ante una atención inicial, el vicio en el consentimiento y la falta de información a la madre de la menor para el procedimiento de madre canguro, fueron inocuos, insuficientes e inoportunos, que evidencian peso suficiente para condenar. Si se hubiere activado las rutas que establecían las normas aplicables, se le hubiere podido informar de manera adecuada a la madre de la paciente menor su prescripción, tratamiento y procedimientos adecuados. Se le sometió a un riesgo injustificado que finalmente desencadenó en la muerte.

SOBRE LA OBLIGACIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL DEBER FUNCIONAL U OBLIGACIONES Y DEBERES EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD (Aplicable para el servicio público de la salud particular o público)

Desde los artículos 48 y 49 de la Constitución Política se consagra la seguridad social como un servicio público que puede ser prestado por el Estado o por los particulares. La ley 100 de 1993, edifica en Colombia la estructura general del sistema de seguridad social en salud y su artículo 2° establece los principios de actuación de quienes presten dichos servicios. Dentro de los principios aplicables al caso concreto se encuentran: la eficiencia, la integralidad, la unidad. Así mismo, el artículo 153 amplía la gama de principios de actuación en salud y establece los de protección integral y calidad.

Así indican las anteriores normas el contenido de cada uno de los principios aplicables:

“ARTICULO. 2º- Principios

. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley;

e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social.”

Por su parte el artículo 153 establece los principios como fundamento del servicio público de salud:

“Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes:



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

3. Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.”

Este contenido normativo, consagra un camino de acción y un deber – responsabilidad de quienes prestan el servicio de salud; pero además, incorpora a todos los actores en la prestación del derecho fundamental.

Las anteriores normas deben complementarse con otras reglamentarias a saber, el decreto 1011 de 2006², cuyo artículo 2° define la calidad de servicio de salud:

“Calidad de la atención de salud. Se entiende como la provisión de servicios de salud a los usuarios individuales y colectivos de manera accesible y equitativa, a través de un nivel profesional óptimo, teniendo en cuenta el balance entre beneficios, riesgos y costos, con el propósito de lograr la adhesión y satisfacción de dichos usuarios.”

El artículo 3° de la misma normatividad establece las características que deben cumplir quienes presten servicios de salud, dentro de los cuales pueden destacarse las de seguridad y pertinencia:

“3. Seguridad. Es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias.

4. Pertinencia. Es el grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, con la mejor utilización de los recursos de acuerdo con la evidencia científica y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales.”

El decreto 780 de 2016³, que compiló las normas del sector salud (las que se mencionan vigentes y anteriores a los hechos y por lo tanto obligatorias para los demandados), también hace referencia a los principios aplicables a la prestación de los servicios de salud, al establecer las reglas para alcanzar la garantía de la calidad en la atención a nivel interno de cada institución prestadora de servicios de salud, en cuanto al objeto del gobierno organizacional:

“Artículo 2.5.2.3.4.2. El gobierno organizacional tendrá como objeto la adopción de mejores prácticas para garantizar que la gestión de las entidades se realice bajo los principios de transparencia, eficiencia, equidad, y propender por la calidad en la prestación de los servicios de salud centrados en el usuario; además proporciona herramientas técnicas y jurídicas que permitan el balance entre la gestión de cada órgano y el control de dicha gestión.”

² “Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

³ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.” Publicado en el Diario Oficial No. 49.865 de 6 de mayo de 2016.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

En cuanto a los principios básicos que deben cumplir las ESE'S, el artículo 2.5.3.8.4.1.3 del decreto en mención, la eficiencia y la calidad han sido establecidos como rectores de dichas entidades, cuya definición es la siguiente:

“De conformidad con lo establecido en los artículos 194 a 197 de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado, para cumplir con su objeto deben orientarse por los siguientes principios básicos:

1. La eficiencia, definida como la mejor utilización de los recursos, técnicos, materiales, humanos y financieros con el fin de mejorar las condiciones de salud de la población atendida.
2. La calidad, relacionada con la atención efectiva, oportuna, personalizada, humanizada, continua, de acuerdo con estándares aceptados sobre procedimientos científico-técnicos y administrativos y mediante la utilización de la tecnología apropiada, de acuerdo con los requerimientos de los servicios de salud que ofrecen y de las normas vigentes sobre la materia.”

Para este aparte debe indicarse que la atención prestada a la paciente afectada por el procedimiento, contravino las anteriores normas, pues el procedimiento aplicado no fue el más adecuado ni en el momento oportuno. Primero, por la impericia y negligencia en el programa madre canguro, posteriormente, la medida que privó a la madre de la compañía de su menor hija y de su cuidado, previa la orientación adecuada.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca en sentencia de tutela de 24 de octubre de 2013⁴, indicó que la última decisión que debe tomar en ICBF es separar a los menores de sus progenitores en los procesos de restablecimiento de derechos, así:

“

6. Garantías constitucionales en los procesos de restablecimiento de derechos

La Corte Constitucional ha sostenido que el proceso de restablecimiento de derechos debe desarrollarse de conformidad con los principios constitucionales como son el debido proceso, el interés superior del niño, la proporcionalidad entre otros. En lo que al trámite respecta ha señalado que“ al interior de estos procesos (i) es obligación permitir la participación de los padres, en caso de que sean conocidos, o los miembros de la familia extendida, quienes tienen derecho a que el ICBF los escuche y a manifestar su consentimiento cuando la normativa lo exija, y (ii) se debe garantizarse el debido proceso.”⁵”

En ese sentido, indicó de manera categórica el Tribunal, que existen reglas establecidas para las actuaciones que impliquen la separación del menor de su familia, puesto que entregarlo a terceros, puede violar el interés superior prevalente del menor:

⁴ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA. Popayán, veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013). Magistrado Ponente: CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO. Expediente: 19001-23-33-003-2013-00494-00. Actor:JOSE DANIEL ANGULO LANDAZURY. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTRO. Acción: TUTELA - PRIMERA INSTANCIA.

⁵ Sentencia T 276 de 2012



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

“La Corte Constitucional ha hecho énfasis en lo que respecta a las medidas que pueden adoptarse dentro del proceso de restablecimiento de derechos, pues ha señalado que si bien las autoridades cuentan con un marco de discrecionalidad, estas de decisiones deben ser justificadas y proporcionales de tal manera que:

“(i) deben ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceitos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos.

(ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas.

(iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad.

(iv) deben adoptarse por un término razonable.

(v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar.

(vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño.

(vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia.

(viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño”⁶

Dentro de este contexto la Jurisprudencia constitucional ha enfatizado en que “las autoridades administrativas competentes del Instituto de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, deben atender tanto a “(i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.””⁷

Al respecto, la Corte Constitucional ha fijado algunas reglas aplicables para determinar el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares, como son las expuestas en la sentencia T 502 de 2011, a saber:

- (i) Garantía del desarrollo integral del niño.
- (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño.
- (iii) Protección del niño frente a riesgos prohibidos
- (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del niño.

⁶ Sentencia T 276 de 2012

⁷ Sentencia T 502 del 2011



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

- (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño
- (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

Para complementar lo anterior, hay que destacar que la jurisprudencia constitucional ha enfatizado de manera reiterada que las medidas de separación del niño de su familia deber ser excepcionales pues “como regla general, el niño siempre debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones imperiosas y determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.”⁸ ”

Las demandadas, no aplicaron dichos preceptos y no se percataron de las condiciones de la madre ni del paciente, pues de haberlo hecho, es decir, de haber aplicado las anteriores reglas, la madre de la menor Emiliana, hubiere tenido la capacidad para cuidar a su bebé en las condiciones especiales en que se encontraba, lo anterior, demuestra la falta de coordinación y unidad de las entidades prestadoras del servicio.

Aquí no se puede ver el trabajo aislado de cada una de las demandadas, sino que, debe analizarse cual fue el trabajo mancomunado que hicieron en favor de la madre y de su hija, pero no coordinaron ni resolvieron nada que permitiera que los esfuerzos de una entidad, fueran maximizados con la colaboración necesaria de la otra.

Las demandadas pretermitieron la aplicación de procedimientos menos riesgosos para la enfermedad o patología de la menor paciente y el sistema no la protegió, ya que no incorporó al tratamiento todas las medidas pertinentes y procedentes según la ciencia médica, lo que le generó un daño de característica desproporcionada.

En cuanto al significado de este daño desproporcionado, el Consejo de Estado se ha pronunciado en precedentes reiterados, de los cuales se puede destacar el siguiente:

“Así lo han reconocido la doctrina y jurisprudencia Españolas, al destacar la pertinencia de la teoría del daño desproporcionado (res ipsa loquitur), para juzgar eventos de responsabilidad médica en los que el resultado esperado deviene anormal frente a las normas generales trazadas por la lex artis.

Sobre el particular, la doctrina autorizada en la materia ha puntualizado:

“A la hora de desarrollar el significado de esta teoría, algunos autores han expuesto de modo preciso que “desproporción del daño”, no consiste en la concurrencia de un daño muy grave, significativo o catastrófico, sino que requiere que se produzca un resultado anormal conforme a lo que es usual... La utilización de la praesumptio hominis, bajo la máscara de cualquiera de estas figuras [el autor se refiere a las de falla virtual, prueba prima facie, entre otras] –incluida la doctrina del “daño desproporcionado”- , servirá para que el juez, en muchos casos, quede convencido al mismo tiempo de la existencia de culpa y del nexo causal...”⁹

Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en relación con el tópico analizado, ha sostenido:

“Se reitera, una vez más, la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño; así, sentencias de... entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y,

⁸ Sentencia T 572 de 2009

⁹ DÍAZ REGAÑÓN - GARCÍA – ALCALÁ, Calixto “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 122 y 128.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

añaden: “corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheibewis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.”¹⁰

En otra sentencia puntualizó y reafirmó la anterior teoría:

“El Consejo de Estado, una vez acreditada la anterior circunstancia, determinó la existencia de un daño antijurídico desproporcionado, anormal y excepcional que, dada su magnitud, permitió aligerar las cargas probatorias a partir de la aplicación de la teoría de la *res ipsa loquitur*, en los términos que a continuación se transcriben:

“En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de *res ipsa loquitur*, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. “La sola circunstancia de haberse practicado una cesárea con la férrea convicción de que se estaba en presencia de un único feto transversal, con tiempo de alumbramiento, para luego llevarse la sorpresa de que la paciente tenía un embarazo de trillizas de 24 o 25 semanas de gestación, aproximadamente, refleja la dimensión del daño antijurídico causado lo que permite afirmar se trata de un supuesto en el que las cosas o circunstancias hablan por sí solas, como quiera que son demostrativas de que existió un error flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante. Como se aprecia, la única forma de explicar la generación del daño está radicada en la culpa o negligencia de la entidad demandada, por cuanto, según se desprende del acervo probatorio, dada la congestión de la Clínica Rafael Uribe Uribe en la sala de partos, se generó un diagnóstico y orden médica por completo errados, que fueron el factor determinante en la producción de la muerte de las tres bebés Echeverry Giraldo”¹¹.¹²

El efecto de la comprobación del daño desproporcionado es la culpa que se da por probada en eventos de responsabilidad médica:

“Cabe destacar, de otro lado, al margen de lo expuesto, que en el asunto subexamine, se presentó lo que en la doctrina española se denomina daño desproporcionado, pues el resultado de un normal procedimiento quirúrgico para remover el apéndice, fue anormal y poco frecuente respecto a casos similares. De lo anterior, se colige fácilmente que cuando el daño es desmedido, exagerado o excesivo, al no estar acorde con los resultados normales de una intervención, la culpa de la entidad demandada se da por

¹⁰ STS del 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6418), citada en: DÍAZ REGAÑÓN - GARCÍA – ALCALÁ, Calixto “Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario”

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Expediente 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación: 250002326000200301881 01 Expediente: 38.738 Actor: DIANA MARGOTH VEGA MEDINA Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y OTROS.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

probada”¹³

Teniendo en cuenta que el consentimiento u orientación de la madre estuvo viciado o ausente debido a que no se le brindó la suficiente información, derivado de una falta de información insuficiente por la ausencia del deber de cumplimiento de las normas vigentes sobre salud, deriva en la culpa en el procedimiento y en el resultado, que son imputables a las demandadas de acuerdo con su deber funcional. En este caso, la pérdida de la oportunidad de gozar de una recuperación adecuada sin efectos nocivos, está edificada en el actuar negligente de la parte demandada, por tanto, procede el resarcimiento de los perjuicios a su cargo.

El Consejo de Estado ha edificado su precedente en que la pérdida de la oportunidad debe obedecer a la imputación que se le hace al productor del daño en cuanto hace al contenido funcional y no a la estricta causalidad:

“Debe precisar igualmente la Sala que frente a este asunto podría predicarse la pérdida de oportunidad de la víctima en recuperar su salud –situación frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Nación por casos similares³ –, ello ante la conducta irregular de la entidad que al disponer el retiro del paciente le impidió ser objeto de otros análisis y de estudios más especiales para determinar cuál era su enfermedad y, por ende, cuál debía ser el tratamiento a seguir frente a la misma para tratar de salvarle su vida o al menos concederle el chance de recuperar su salud; sin embargo, en este caso se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al ente demandado.

Ahora bien, aunque podría sostenerse que causalmente la mencionada falla no se erige en la fuente determinante del daño, lo cierto es que la responsabilidad que le asiste al I.S.S., no emerge de la simple existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que surge del análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, hace jurídicamente atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la Administración accionada.”¹⁴

En la definición y alcance de este perjuicio o modo de aligeramiento de la carga probatoria, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el caso de lesiones corporales que producen alteraciones a nivel orgánico. Para el profesor HENAO PÉREZ “... no es extraño que el campo de aplicación del daño fisiológico lo constituya el de daños físicos sobre la persona...(...). En todos estos eventos la lesión física supone la pérdida de una oportunidad del goce de la vida y la privación de vivir en igualdad de condiciones que los congéneres”,¹⁵.

El Ministerio de Salud ha diseñado la guía técnica de “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”, que permite evaluar y medir “la frecuencia de eventos adversos y monitoreo de aspectos claves relacionados con la seguridad del paciente”, en tanto se determina como referente en la atención de los usuarios del sistema de salud. En dicha guía, han establecido indicadores de proceso

¹³ Sentencia 1991-08050 de abril 28 de 2010. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad.: 13001-23-31-000-1991-08050-01 (19474). Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Actor: Iván Santos Mora y otro. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

¹⁴ Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia (2011, abril). Expediente rad. 52001-23-31-000-1998-00157-01 (19192). C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1999.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

y de resultado para el monitoreo de la seguridad del paciente, los que han sido definidos así:

“Indicadores de proceso: enfatizan en cómo se entrega la atención a través de la medición de la calidad de las actividades realizadas durante la atención misma. Son ejemplos de indicadores de proceso la evaluación de la historia clínica, el diligenciamiento del consentimiento, la técnica quirúrgica en cirugía, los errores en la atención, entre otros.

Indicadores de resultado: son los Indicadores más usados en el sistema de salud. Miden el grado en el que la atención otorgada al paciente produjo o no el efecto deseado. De cualquier forma, este indicador evidencia un cambio en la salud atribuido a la atención recibida y además, genera otras consecuencias. Son ejemplos de indicadores de resultado el giro cama, la tasa de caídas por 1000 días estancia, la satisfacción de los pacientes, entre otros.”

Para los anteriores efectos, debe decirse que la muerte, como resultado de las acciones u omisiones desplegadas por las demandadas, no estaba dentro de las previsiones curativas para el tratamiento o intervención de la paciente. Este fue un efecto adverso no perseguido que no aseguró el restablecimiento de la salud y por el contrario lo empeoró, a tal punto de ocasionarle el deceso. Ante la patología inicial que detentaba el paciente, el resultado debió ser la recuperación de la salud, pero en este caso, el resultado fue peor que el inicial.

En principio, debe decirse que la menor fue atendida y se le brindó la atención adecuada, con diagnósticos, tratamientos y procedimientos de acuerdo con su patología, pero a pesar de ello, la omisión de activar las rutas y aplicar los protocolos para el cuidado de la menor, resultó siendo un punto determinante en el resultado final.

En sentencia T-240 de 2023¹⁶, la Corte Constitucional ha indicado en precedente, que separar al menor de su familia sin consideración a las circunstancias específicas y no comprobadas y someterlo a vivir en un hogar sustituto, configura violación al derecho fundamental a la unidad familiar:

“74. Los hogares sustitutos como medida provisional. En esa línea, la legislación nacional consagró como medida de protección provisional la modalidad de hogares sustitutos, consistente “en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen”¹⁷.

75. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que estos hogares prestan un servicio favorable para esta población que ha sufrido el abandono o se encuentra en condiciones de vida no apropiadas para el desarrollo educativo, afectivo y social al que tienen derecho, donde la nueva familia sustituta ejerce un programa de crianza temporal haciendo que los niños y jóvenes bajo su cuidado vivan en un ambiente familiar amados, respetados y valorados como seres humanos con sentimientos y virtudes a explotar¹⁸”

¹⁶ Sala Quinta de Revisión. Referencia: Expediente T-9.152.894. Acción de tutela interpuesta por JJCv contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional **. Magistrado ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO. Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil veintitrés (2023).

¹⁷ Artículo 59 del código en referencia.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-851A de 2012.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

En el mismo hilo conductor, ha destacado la Corte en la referida sentencia, sobre la atención integral a la familia en dichos casos:

“77. En efecto, esta corporación ha determinado que la protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades públicas “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”. A contrario sensu, tales autoridades tienen la obligación de adelantar programas y políticas públicas, así como de adoptar medidas encaminadas “a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños”.¹⁹ Lo anterior, en virtud del derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella.”

Para el caso, haber separado a la menor de su madre y de la familia primigenia y haberla entregado a un hogar transitorio bajo el programa de madre canguro sin haber verificado las condiciones del hogar transitorio, degradó la decisión en contra de la madre y de la misma menor, con el resultado lesivo que lo fue su deceso por negligencia. El ICBF y las demandadas, debieron verificar dichas condiciones en modo adecuado y no lo hicieron, lo que posibilita el resarcimiento solicitado. No bastaba con que la madre de la menor hubiera firmado el consentimiento para entender que estaba preparada para ser madre canguro y menos bastaba entregar a la menor a una madre sustituta que tenía a su cargo a 15 menores de edad a su cuidado, lo que demuestra claramente que la medida fue contraria a la protección explicada en la anterior decisión de la Corte Constitucional.

En otra sentencia, la Corte Constitucional²⁰, al resolver un caso en el cual se separó a un menor de su hogar y se le remitió a un hogar sustituto indicó que dicha medida debe ser excepcional y protegió al menor amparando su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. La sentencia analiza igualmente, que para el caso las decisiones administrativas y judiciales impusieron a la madre del menor una carga excesiva y desventajosa (lo que se aplica para el caso):

“Síntesis de la decisión

189. En esta oportunidad la Sala Séptima de Revisión analizó el caso de un niño que fue separado del hogar que conformaba con su madre, como resultado de una actuación administrativa irregular que otorgó la custodia del niño a sus abuelos paternos. Esta decisión fue refrendada, posteriormente, en varias oportunidades, manteniendo la separación entre madre e hijo. Incluso, en decisión reciente, el ICBF a través del centro Zonal *Azul claro* dictaminó la ubicación del menor de edad en un hogar sustituto.

(...)

191. Considerada la excepcionalidad de las medidas de protección que optan por la separación de los niños de sus padres, la Sala formuló el siguiente problema jurídico: ¿El ICBF y el Juzgado Trece de Familia de *Azul* vulneraron el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, al haber asignado su custodia a un

¹⁹ Corte Constitucional, sentencias T-887 de 2009 y T-741 de 2017.

²⁰ Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-007 de 2024. Referencia: Expediente T-9.***.***7. Acción de tutela formulada por *Ana*, en nombre propio y como representante legal de su hijo, *David*, contra la Comisaría de Familia de *Azul oscuro* Uno, el Centro Zonal de *Azul oscuro* del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y *Bertha*. Magistrada ponente: PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veinticuatro (2024).



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

entorno distinto a aquel que le ofrece su progenitora, sin tener en cuenta la afectación del debido proceso propiciada por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno y declarada por jueces de tutela; sin verificar las condiciones que podía proveerle al niño; sin que la madre y el niño hubieran tenido ocasión de manifestar su opinión y ejercer su derecho de defensa; y, en todo caso, actuando sin considerar el carácter excepcional que deben tener las medidas de protección que impliquen el alejamiento de los niños de sus progenitores?

192. La Sala de Revisión concluyó que, en efecto, las autoridades administrativas y judiciales de la especialidad familia que han resuelto el asunto, al no considerar la excepcionalidad de la separación de los hijos de los padres, lesionaron el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella. Además, llamó la atención sobre el hecho de que las exigencias exclusivas a la madre, y en todo caso desproporcionadas, sobre el cuidado del niño habrían desconocido sus elecciones autónomas de crianza, derivaron en una carga excesiva para aquella, que implicaba complacer a agentes externos de su núcleo familiar (abuelos paternos) y la exponía a una decisión históricamente desventajosa para la mujer, entre consolidar su profesión y el ejercicio de la maternidad, pues la controversia inició en el momento en que la madre decidió trasladarse de ciudad, con la intención de avanzar en su carrera profesional. Como consecuencia de este hallazgo, la Sala de Revisión encontró necesario adoptar medidas encaminadas al restablecimiento de los lazos familiares entre madre e hijo, para lo cual estimó imprescindible la reunión de los dos en el hogar materno, que se vio afectado por las medidas que produjeron la violación de los derechos del menor.”

De cualquier modo, se solicitará el testimonio de las personas que atendieron a la menor, para que se verifique como fue que acontecieron los trámites administrativos y asistenciales para el caso concreto.

3) Frente a las excepciones que tienden a desvirtuar el deber indemnizatorio y los perjuicios de los demandantes, debe decirse, que la objeción con relación a las pretensiones, indicando que, las pruebas documentales allegadas con la demanda no se logra demostrar la existencia de perjuicios materiales o inmateriales causados a los demandantes, ni su dependencia económica respecto de la víctima directa, así como la presunta ausencia de probanza del ejercicio permanente de una actividad económica que legitime la indemnización de perjuicios materiales.

Frente al particular es menester resaltar que de vieja data la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en garantía de los principios de Restitutio In Integrum O Principio de Reparación Integral, y equidad, ha empleado una presunción de que toda persona en edad productiva devenga cuando menos un salario mínimo legal mensual, sin que constituya requisito sine quanon que se acredite que para la fecha de producción del evento dañino la víctima se encontrare desempeñando determinada actividad u oficio para que se consoliden perjuicios de índole material. Al respecto el alto tribunal ha señalado:

“(…) Y es que, el actual entendimiento jurisprudencial de esta máxima, en punto a la indemnización por lucro cesante, ordena que, una vez demostrado que existió una afectación negativa al ejercicio de una actividad productiva, debe procederse al restablecimiento patrimonial del agraviado, para lo cual bastará la prueba de la aptitud laboral y, para fines de cuantificación, la remuneración percibida, sin perjuicio de que esta última sea suplida por el salario mínimo legal mensual vigente.

“(…) no resulta razonable la decisión de la sede judicial encartada, comoquiera que al denegar los perjuicios materiales reclamados, en la modalidad de lucro cesante



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

consolidado y futuro, por no acreditarse el «ejercicio de una actividad [por parte de la víctima,] que genere un ingreso», desconoció la postura de esta Corte frente a la capacidad laboral de «toda persona humana que como atributo indestructible forma parte de su misma sustantividad existencial», e incluso, pasó por alto la posibilidad de decretar de oficio las pruebas que considerara necesarias para la cuantificación del daño; todo lo cual impidió que el reconocimiento indemnizatorio dispuesto en la sentencia aquí criticada estuviera acorde con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el canon 283 del Código General del Proceso.»²¹

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Por tanto, exigir al afectado que demuestre el desarrollo de un laborío redituable para acceder a su pretensión, a pesar de encontrarse acreditada la pérdida de capacidad laboral -temporal o permanente-, «desconoce la existencia de [esta] capacidad... en toda persona humana que como atributo indestructible forma parte de su misma sustantividad existencial. La plena capacidad cordial (incluyendo la mental, puesto que concebidos al hombre como un ser único e indiviso) y por lo tanto, su habilidad, siempre entraña la posibilidad de que luchará y buscará la forma de obtener, así sea, exclusiva y egoístamente su propio sustento para sobrevivir sin solidaridad con su familia.»²²

La madre de la menor fallecida se encontraban en edad productiva para la fecha de ocurrencia del evento dañino en cuya virtud se sustentan las pretensiones indemnizatorias, a pesar de encontrarse en un contexto socio económico donde es preponderante la informalidad laboral, debido al precario desarrollo económico imperante en el país (mayor razón el vivir en lugares apartados como el municipio de Inzá en zona rural), razón por la cual no se aportaron contratos laborales que de manera taxativa dieran cuenta de un vínculo laboral vigente para la fecha del siniestro, pero sí se ofrecieron elementos a partir de los cuales, pese a las presunciones antes mencionadas, se logrará dilucidar la potencialidad de la madre por obtener ingresos.

Aunado a lo anterior, y de conformidad con lo reglado por el artículo 165 del Código General del Proceso, las partes cuentan con libertad probatoria para ofrecer al fallador elementos que le permitan efectuar una convicción respecto a cada uno de los elementos objeto de la Litis, luego resulta jurídicamente improcedente que, se pretenda concluir que ante la falta de prueba solemne o de tarifa legal, con las pruebas solicitadas y las que se solicitarán es este escrito y las reglas jurisprudenciales sobre la materia, no existan perjuicios materiales causados a los demandantes.

Por lo anterior y en aras de desvirtuar los fundamentos planteados por la parte pasiva, se solicitará el decreto y práctica de testimonios de personas que pueden dar fe de las actividades económicas ejercidas por la madre de la menor, así como de los perjuicios que han sufrido los demandantes.

4) Frente a las excepciones que intentar demostrar la falta de legitimidad de los demandados, es necesario anotar que a pesar de la dificultad para conseguir los documentos indicados por el Despacho, debido a la lejanía del sitio donde habita la familia de la menor fallecida, se aportaron al proceso.

²¹ CSJ, sentencia STC13728-2019 del 10 de octubre de 2019. MP: AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO.

²² CSJ, sentencia SC16690 del 17 de noviembre de 2016.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

En estas excepciones, las entidades demandadas manifiestan que, no se encuentran obligadas a soportar una eventual condena, por cuanto no existe acciones u omisiones que permita la configuración de un daño representado en la falla en el servicio, toda vez que el manejo médico instaurado a la víctima directa en cada oportunidad de atención, fue adecuado y conforme a la *lex artis*.

En el contexto jurídico de la Falta de legitimación en la causa por pasiva, es pertinente ampliar el caso indicando que, la legitimación en la causa es la calidad que le permite a una persona que hace parte de una relación jurídica, formular demandas u oponerse a las pretensiones que en su contra se formulen. Sobre esta figura, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

“De conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas - siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda...”²³

Posición ratificada en sentencia de junio de 2024²⁴:

“La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener una decisión de fondo, la cual ha sido definida como “la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual, según la ley, se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas.”²⁵

Así las cosas, la legitimación en la causa es la condición que ostenta una persona que, de acuerdo con los fundamentos fácticos y materiales expuestos en el proceso, interviene para ejercer sus derechos de defensa y contradicción, así como para representar el interés jurídico y sustancial que se debate en el proceso.”²⁶

(...)

Este presupuesto se traduce en la facultad que tienen los sujetos del proceso para intervenir en el trámite del mismo y ejercer sus derechos procesales, como lo son los derechos de acción, defensa y contradicción”

De ese modo, frente a estas excepciones de falta de legitimación en la causa por

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015. Radicación Numero: 080012333000201310302. 01 (52322). C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 25000-23-36-000-2018-00456-01 (67176). Demandante: INÉS ROLDÁN DE TOBÓN Y OTROS. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO. Referencia: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.

²⁵ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, exp. 16.271, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ “Con ella [se refiere a la legitimación en la causa] se expresa que, para que un juez estime la demanda, no basta con que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer, o sea, considere la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva).” CHIOVENDA, Giussepe “Curso de derecho procesal civil”, Ed. Oxford, pág. 68.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

pasiva propuesto por las entidades demandadas, se advierte que no se puede perder de vista que se relacionan hechos que permiten descubrir la falla en la que incurrieron las demandadas (cada una desde su contenido obligatorio), pues el otro extremo, es claro al determinar que estas entidades llamadas a esta Litis participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda de acuerdo a su participación, cuestión que quedó dilucidada desde la demanda. Para el caso concreto, hay legitimación tanto formal como material, debido a que de conformidad con el sistema de salud y el sistema de protección a los menores, las demandadas han intervenido en la producción del daño antijurídico.

Así mismo, para que se conozcan las relaciones que existieron entre la menor y su madre y los demandantes, en aplicación del principio de libertad probatoria, se solicitará el decreto y práctica de testimonios de personas que pueden dar fe de la convivencia y relaciones familiares y filiales entre los mencionados y también con los demandantes.

5) Frente a las excepciones sobre la prestación del servicio de las demandadas, es menester indicar el contenido obligatorio de cada una, en relación con las normas que imponían la obligación deber de atención adecuada y oportuna a la menor y su madre, dadas las especiales condiciones que revestían para el momento de los hechos.

Ya se advirtió conforme los argumentos anteriores, que de acuerdo al contenido obligatorio de las demandadas, para el caso concreto y atendiendo a las atenciones u omisiones, no importa si la condena es individual, conjunta o solidaria; cada uno deberá responder por el deber omitido o la extralimitación del ejercicio en la prestación del servicio público de salud. Hubo omisión -se repite- de los demandados, que no aplicaron los principios determinados para la atención en salud y a los menores de edad y madres adolescentes, en especial los de integralidad, eficiencia, calidad, seguridad, interculturalidad, accesibilidad, coordinación y enfoque de derechos. Tampoco se aplicaron los principios reglados para el caso de madre canguro, ni se activaron las RIAS.

Las demandadas tenían la obligación normativa de verificar el cumplimiento de los requisitos de las normas vigentes para PMC y MMC o su similar, en especial las dirigidas a la atención integral y población vulnerable como las Resoluciones 003202 de 25 de julio de 2016 y 603280 de 2 de agosto de 2018 y los lineamientos Técnicos Para la Implementación de Programas Madre canguro en Colombia, expedidas por el Ministerio de Salud y/o Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, acatar y verificar el cumplimiento de calidad y habilitación que establece el Manual de Inscripción de Prestadores de la Resolución 2003 del 30 de mayo de 2014.

Los anteriores preceptos normativos consagran la obligación deber funcional de atención integral para los casos como el determinado en esta demanda, en el cual se hizo necesario la orientación hacia el PMC y MMC o su similar.

Estas normas son claras en cuanto al cumplimiento de los requisitos para adelantar los esfuerzos institucionales en miras a contrarrestar los efectos nocivos de la maternidad a temprana edad y a la atención a la familia o grupo de apoyo a la menor pretérmino.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

De ese modo, la Resolución No. 003202 de 25 de julio de 2016²⁷ establece que bajo el Modelo Integral de Atención en Salud –MIAS, deben activarse las Rutas Integrales de Atención en Salud RIAS, a población en riesgo y deben ser cumplida por de manera obligatoria por las Entidades Territoriales, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y demás entidades responsables de las intervenciones relacionadas con la promoción, mantenimiento de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y en general que desarrollan acciones en salud, de acuerdo con sus competencias, responsabilidades y funciones en el marco de la operación del Modelo Integral de Atención en Salud- MIAS dentro de la Política de Atención Integral en Salud —PAIS. El artículo 6.2 en el numeral 8 establece específicamente la RIAS para atención materno – perinatal. Debe decirse para este aparte, que la EPS a la que estaba afiliada la madre de la menor EMSSANAR, también había atendido partos de la abuela de la menor fallecida (señora ESNEIDA SANCHO ULTENGO), por lo tanto tenía conocimiento de la realidad social, familiar y de salud del núcleo familiar y no orientó sus esfuerzos de manera adecuada para prevenir mejorar la atención que necesitaba la señora Maryi Ultengo y su familia.

En esta misma Resolución, se establece la atención de acuerdo a los diferentes enfoques de derechos, en tanto deben dirigirse los esfuerzos en la corrección de las desigualdades y atención a los más necesitados, en especial a las madres adolescentes y población en riesgo.

Esta resolución también consagra la atención integral en salud como un componente necesario, vista no sólo como el esfuerzo mancomunado de los actores de la salud, con la finalidad de cumplir los objetivos de la ley estatutaria, sino como aquella que deben recibir como derecho y garantía los usuarios, familias y la comunidad, así:

“En este sentido, la atención integral en salud se caracteriza por:

- Estar centrada en las personas, familias y comunidades reconociéndolas en su diversidad y singularidad.
- Reconocer el carácter multidimensional del desarrollo, superando las visiones fragmentadas por órganos, sistemas o daños específicos y/o temáticos; con el objetivo de apoyar e impulsar el desarrollo humano sostenible.
- Promover la complementariedad en la gestión de los actores sectoriales e intersectoriales para la afectación positiva de los determinantes sociales de la salud y la garantía del derecho a la salud.
- Garantizar el continuo de la atención con calidad.
- Garantizar la complementariedad de las acciones/intervenciones entre:
 - Los planes de beneficio individual y colectivo
 - Los prestadores primarios y complementarios
 - Las modalidades de prestación servicios
 - Los servicios sociales y sanitarios
 - Asegurar resultados en salud en las personas, familias y comunidades.”

Las RIAS se establecen para que los diferentes actores en el SGSSS mejoren la atención a los usuarios, sobre todo a la comunidad en riesgo como es el caso que nos ocupa, por ello las características mínimas son:

²⁷ Por la cual se adopta el Manual Metodológico para la elaboración e implementación de las Rutas Integrales de Atención en Salud — RIAS, se adopta un grupo de Rutas Integrales de Atención en Salud desarrolladas por el Ministerio de Salud y Protección Social dentro de la Política de Atención Integral en Salud —PAIS y se dictan otras disposiciones.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

“Las RIAS se caracterizan por:

- Describen explícitamente los elementos clave de la atención basada en la evidencia, las mejores prácticas y las expectativas de los usuarios.
- Permiten la integración organizada, mediante la secuenciación de las acciones multidisciplinarias de índole poblacional, colectiva e individual y las funciones de los diferentes integrantes del SGSSS y de las demás entidades que tengan a su cargo acciones en salud, en el marco de sus competencias y funciones.
- Fortalecen la comunicación entre los diferentes integrantes del SGSSS y de las demás entidades que tengan a su cargo acciones en salud, en el marco de sus competencias y funciones.
- Facilitan la identificación apropiado de los recursos humanos, de infraestructura y financieros.
- Precisan las responsabilidades de los diferentes integrantes del SGSSS y de las demás entidades que tengan a su cargo acciones en salud.
- Especifican resultados esperados de las intervenciones colectivas e individuales, dentro del proceso integral de la atención en salud.”

También establece quienes están comprendidos dentro de los Grupos de Riesgo, conceptos relacionados con los entornos del hogar, comunitarios e institucionales:

“El Ministerio de Salud y Protección Social ha definido como grupo de riesgo a un conjunto de personas con condiciones comunes de exposición y vulnerabilidad a ciertos eventos que comparten: i) La historia natural de la enfermedad, ii) Factores de riesgo relacionados, Vi) Desenlaces clínicos y iv) Formas o estrategias eficientes de entrega de servicios (MSPS, 2014).”

En cuanto a la obligación específica de salud, la EPS no cumplió con la Promoción determinada en esta Resolución, por cuanto la familia conformada por Esneida sancho, Germán Ultengo y Maryi, Claudia, Edwin Faiver y Yaira Andrea Ultengo Sancho no recibieron la orientación necesaria tal como lo establece el artículo 2.1.9.2 de la Resolución mencionada, que indica:

“Intervenciones de promoción de la salud

De acuerdo con el Plan Decenal de Salud Pública, la promoción de la salud es el "conjunto de acciones que debe liderar el territorio, convocando los diferentes sectores, las instituciones y/a comunidad, para desarrollarlas por medio de proyectos dirigidos a la construcción o generación de condiciones, capacidades y medios, necesarios para que los individuos, las familias y la sociedad en su conjunto, logren intervenir y modificar los determinantes sociales de la salud en ese territorio y así las condiciones de calidad de la vida, consolidando una cultura saludable basada en valores, creencias, actitudes y relaciones que permita lograr autonomía individual y colectiva que empodere para identificar y realizar elecciones positivas en salud en todos los aspectos de su vida, con respeto por las diferencias culturales de nuestros pueblos".

La RIAS, reconoce en este componente las intervenciones poblacionales y de educación para la salud, dirigidas a las personas, familias y comunidades, para el cuidado intencionado y consciente de su salud, a través de:

- Adopción de prácticas de cuidado, protección y mantenimiento seguro del ambiente.
- Alimentación saludable.
- Ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.
- Desarrollo de habilidades sociales y emocionales.
- Construcción de estrategias de afrontamiento frente a sucesos vitales.
- Sana convivencia.
- Ejercicio del derecho a la salud.”



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

Tampoco hizo Intervenciones de gestión integral del riesgo en salud ni monitoreó la realidad familiar y de salud del grupo familiar mencionado.

En cuanto a los preceptos de que trata la Resolución No. 603280 de 2 de agosto de 2018²⁸, debe indicarse que la parte demandada los incumplió, debido a que se establecen como obligatorios en aplicación del principio de integralidad en la atención. De esta forma, esta Resolución está apoyada en la ley 1753 de 2015 y para cumplir los cometidos de la ley estatutaria 1751 de 2015. Lo primero que debe decirse es que los demandados tenían la obligación de aplicar los preceptos de esta Resolución, de acuerdo a su artículo 2° que indica:

“Las disposiciones contenidas en esta resolución serán de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades Territoriales, las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Obligadas a Compensar, los prestadores de servicios de salud y demás entidades responsables de las intervenciones relacionadas con la promoción, mantenimiento de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y en general, que desarrollan acciones en salud, de acuerdo con sus competencia.”

En cuanto a la promoción, en aplicación de la RIAS, se indica que la acción debe estar concentrada en los sitios donde vive la familia:

“CAPÍTULO 1. PROPÓSITO, OBJETIVOS, POBLACIÓN SUJETO Y RESULTADOS EN SALUD DE LA RUTA DE PROMOCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA SALUD (RPMS)”

1.1 Propósito

Contribuir a la garantía del derecho fundamental a la salud y al desarrollo integral de las personas, familias y comunidades en los entornos donde viven y se desarrollan, mediante la atención integral en salud en lo relacionado con la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, a través de:

- a. La acción coordinada y efectiva del Estado y la sociedad sobre los determinantes sociales de la salud.
- b. El seguimiento del estado de salud y el desarrollo integral de las personas en cada uno de los momentos de curso de vida.
- c. La identificación oportuna de vulnerabilidades, factores de riesgo, riesgos acumulados y alteraciones que emergen en cada momento vital, que permita establecer intervenciones en salud a las personas, familias y comunidades.
- d. El desarrollo de capacidades, habilidades y prácticas en las personas, las familias y las comunidades para el cuidado y mantenimiento de la salud, potenciando su desarrollo.
- e. La afectación de los entornos para que sean protectores y potenciadores de la salud y el desarrollo.”

Teniendo en cuenta que las diferentes entidades demandadas debían activar el servicio para atender a Emiliana y su familia, el Capítulo 2 de los anexos de la Resolución, establecen el deber de coordinación del Estado, de acuerdo con sus deberes funcionales:

“CAPÍTULO 2. GESTIÓN DE LA RUTA INTEGRAL DE ATENCIÓN PARA LA PROMOCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA SALUD”

²⁸ Por la cual se adoptan los lineamientos técnicos y operativos de la Ruta Integral de Atención para la Promoción y Mantenimiento de la Salud y la Ruta Integral de Atención en Salud para la Población Materno Perinatal y se establecen las directrices para su operación.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

La RPMS se enmarca en el concepto de atención integral en salud, comprendida como:

“el conjunto de acciones coordinadas, complementarias y efectivas para garantizar el derecho a la salud, expresadas en políticas, planes, programas, proyectos, estrategias y servicios, que se materializan en atenciones dirigidas a las personas, familias y comunidades para la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidados paliativos”²⁹.

Su implementación supone el reconocimiento, apropiación y puesta en operación de los pilares planteados por la PAIS y el MIAS: a) la atención primaria en salud con enfoque de salud familiar y comunitaria, b) el cuidado; c) la gestión integral del riesgo en salud; d) el enfoque diferencial de territorios y poblaciones.

La atención integral requiere de acciones de gestión coordinada para la garantía del derecho a la salud,³⁰ desarrolladas por: a) el sector salud (sectoriales); b) otros sectores (extra sectoriales) y c) la acción integrada entre diferentes sectores (intersectoriales).

La gestión para la salud de las personas, debe trascender del abordaje por eventos o daños en salud hacia un abordaje basado en el cuidado y la atención integral de los sujetos y la transformación de los entornos en los cuales transcurre la vida de los mismos, siguiendo los argumentos estratégicos, técnicos y operativos de la PAIS y el MIAS, la gestión deberá cumplir con los siguientes elementos centrales y transversales para brindar la atención integral en salud:”

En cuanto al enfoque de derechos y enfoque diferencial, la Resolución se ocupa de establecer como debe ser la actuación de los actores para lograr las finalidades propuestas, normas que no se aplicaron en este caso y que establecen:

“Este proceso es la concreción de la aplicación de los enfoques definidos en la Política de Atención Integral en Salud, PAIS, así como en la Resolución 3202 de 2016 para la implementación de las RIAS, especialmente:

i. Enfoque de derecho: Este enfoque se sustenta en tres puntos fundamentales: (a) Reconocimiento de los grupos de población como titulares (sujetos) de derechos y deberes individuales y colectivos; (b) Diseño de mecanismos que aseguren el ejercicio de los derechos; (c) Generación de condiciones que propendan por el desarrollo integral y armónico, reconociendo la igualdad y dignidad humana, fortaleciendo lo social y lo comunitario.

La aplicación de este enfoque se orienta a la garantía del ejercicio del derecho a la salud de los grupos poblacionales, generando estrategias concretas y efectivas de acceso a las diversas intervenciones de las RIAS, que partan del reconocimiento de las brechas que existen en la garantía del mismo.

ii. Enfoque diferencial: Este enfoque implica analizar, actuar, valorar y garantizar el desarrollo de una población, basada en sus características y en las condiciones de vida, desde una perspectiva de equidad y diversidad. Implica reconocer la probabilidad de ser afectado diferencialmente por un riesgo de cualquier naturaleza y desarrollar las atenciones sectoriales, así como las acciones de gestión de respuestas intersectoriales que respondan a sus necesidades particulares y sus derechos.

²⁹ Resolución [3202](#) de 2016. Manual Metodológico para la elaboración e implementación de las Rutas Integrales de Atención en Salud – RIAS, se adopta un grupo de Rutas Integrales de Atención en Salud desarrolladas por el Ministerio de Salud y Protección Social dentro de la Política de Atención Integral en Salud –PAIS y se dictan otras disposiciones.

³⁰ Que aporte de manera efectiva a la garantía del derecho a la salud, al aumento de la satisfacción de los sujetos de atención y a la optimización del uso de los recursos del sistema de salud.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

Como se mencionó al principio de este capítulo, las diferencias poblacionales pueden ser: por momento vital, etnia, discapacidad, identidad de género y víctima del conflicto armado. No obstante, estas condiciones pueden coincidir en un mismo grupo de población, razón por la cual, a la hora de planear y desarrollar las intervenciones se debe considerar previamente la totalidad de condiciones, riesgos y afectaciones que están viviendo, puesto que esto implica necesidades de atención en salud específicas.

Para operacionalizar el enfoque diferencial, especialmente en relación con las poblaciones étnicas, se deberá tener en cuenta el desarrollo de un proceso de Interculturalidad, orientado a construir mecanismos que integren las diferencias culturales en salud existentes en el país, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral en salud, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud y que, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 4o de la Ley 1516 de 2012. Se define como la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.”

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos del personal de talento humano y las acciones que este debe desplegar en la confirmación del caso particular y sus especificidades, se consignan en el numeral 4.1, incluyendo los menores pretérmino y quienes están en riesgo y deben tener atención y consideración especial:

“1.4 Talento humano

La valoración integral de la salud en la primera infancia debe ser realizada de forma complementaria entre los profesionales de medicina general o familiar y de enfermería, cumpliendo con el esquema de intervenciones/atenciones en salud individuales definido en el lineamiento técnico y operativo de la RPMS.

Los profesionales encargados de la valoración integral de la primera infancia deben contar con capacidades técnicas e individuales para la realización del examen físico pediátrico, evaluación del desarrollo infantil, evaluación antropométrica y nutricional, valoración de la salud auditiva, visual, bucal, mental, sexual, de la dinámica familiar y de las redes de apoyo.

El profesional de enfermería podrá realizar los procedimientos y ordenar los medicamentos, insumos, dispositivos y otros procedimientos de acuerdo con lo definido en esta intervención/atención.

El tamizaje de agudeza visual incluido en este procedimiento, debe ser realizado por personal entrenado: médico general, especialista u optómetra.

En el caso de los niños de mayor riesgo, la valoración integral debe ser realizada por profesional de pediatría, o por profesionales de medicina general o de medicina familiar, bajo el acompañamiento o la supervisión de pediatría, exclusivamente en los casos en los que no sea posible contar con pediatría.

Se consideran niños con mayor riesgo aquellos con presencia de uno o más de los siguientes factores o antecedentes:

- Bajo peso al nacer (menor de 2500 gramos) (La atención se realizará según los Lineamientos del Programa Madre Canguro que estén vigentes).
- Prematurez (edad gestacional menor de 37 semanas, cuya atención se realizará según los Lineamientos del Programa Madre Canguro que estén vigentes).
- Anomalía congénita mayor o múltiple.
- Hospitalización neonatal mayor a 7 días.



Álvaro Emiro Fernández Guissao

Abogado - Universidad del Cauca

Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca

Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre

Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura

Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre

Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre

Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

- Patología perinatal o neonatal significativa (por ejemplo, asfixia perinatal, trastornos metabólicos persistentes, convulsiones, trastornos respiratorios, sepsis neonatal temprana que no respondió a primera línea de antibiótico; necesidad de reanimación neonatal, ventilación mecánica, cirugía neonatal, terapia de remplazo renal, punción lumbar, o cualquier otro estudio o procedimiento invasivo).
- Condición crónica (neurológica, cardiovascular, respiratoria, metabólica, endocrinológica, gastrointestinal, renal o de otro tipo).
- Discapacidad (de cualquier tipo o con alto riesgo de presentarla por una condición identificada, por ejemplo, anotia, anoftalmía, agenesia de extremidades, resultados de estudio metabólico para enfermedades neurodegenerativas, etc.).
- Niñas o niños con sospecha de problemas del desarrollo infantil (Por ej: retraso, disociación, desviación o regresión del desarrollo).
- Hijo de madre con sospecha o diagnóstico de depresión postparto.
- Hijo de madre con infección gestacional o perinatal con alto riesgo de malformaciones, problemas del desarrollo o necesidad de atención especial en salud en el niño (Por ejemplo, exposición a Sífilis, Toxoplasmosis, Rubéola, Citomegalovirus, Herpes virus, VIH, Zika virus).
- Hijo de madre con complicaciones durante la gestación que hayan tenido repercusión en el hijo (en edad fetal, perinatal, neonatal o durante el primer año de vida).
- Niño con tamizaje o estudio positivo para alteraciones congénitas (hipotiroidismo congénito, errores innatos del metabolismo, hipoacusia, problemas visuales, etc.) o con sospecha de síndrome genético (Síndrome de Down, Intersexualidad, etc.).
- Niño con necesidad de tratamiento con medicamentos de forma crónica.
- Niño con antecedente de hospitalizaciones recurrentes (más de 3 en el último año), hospitalizaciones prolongadas (mayores a 2 semanas) o que haya necesitado atención en Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos.
- Hijo de padres (especialmente la madre) con consumo de sustancias psicoactivas, incluyendo aquellos con riesgo o sospecha de repercusión por consumo de sustancias psicoactivas (por ejemplo, síndrome de alcoholismo fetal, anomalías congénitas, retraso en el desarrollo, síndrome de abstinencia, etc.).
- Hijo de padres con enfermedad mental con impacto en la estabilidad (estructural o funcional) de la familia o en el cuidado de los niños.
- Niño acompañante de mujer en privación de la libertad en centro carcelario.
- Niños con padres o hermanos con enfermedad catastrófica (incluyendo las neoplasias y las condiciones degenerativas), con discapacidad o con otra condición o situación que afecte negativamente el cuidado del niño en primera infancia.
- Niños víctimas de vulneración o violación de derechos humanos con o sin proceso de restablecimiento de derechos en curso (por ejemplo, víctimas de violencia física, psicológica, sexual, negligencia y abandono en el ámbito familiar, escolar, institucional, comunitario, etc., intrafamiliar o testigos de violencia intrafamiliar, alcohol u otras sustancias psicoactivas).
- Niño perteneciente a un hogar en pobreza extrema o en situación de calle.
- Niños que presenten un evento de interés en salud pública.”

En este caso, Ni la EPS, ni el Municipio de Inzá, ni el HUSJ ni el ICBF activaron la RIAS para la atención de la menor y su familia, tampoco tuvieron en cuenta los lineamientos de atención integral ni el cumplimiento de las normas mínimas de atención y haber evitado el resultado dañoso.

EN CUANTO A LOS LINEAMIENTOS TÉCNICOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS MADRE CANGURO EN COLOMBIA ORIENTADOS POR EL MINISTERIO DE SALUD

En esa línea de proteger a los usuarios del SGSSS y en aplicación de la ley estatutaria de salud, de las orientaciones y datos de UNICEF el Ministerio de Salud y Protección Social ha establecido lineamientos técnicos para el PMC y el MMC



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

vigentes para el momento de los hechos y que no fueron aplicados por las demandadas.

Estos lineamientos definen el PMC o Atención Canguro, como “el conjunto de actividades organizadas destinadas a realizar una intervención específica en salud, en este caso la intervención Madre Canguro, con un personal de atención en salud debidamente entrenado y organizado, dentro de una estructura física y administrativa definida”, en el caso de recién nacido prematuro y/o de bajo peso al nacer. La finalidad de el MMC es que el menor recupere su peso, se desarrolle y se integre lo más pronto posible con su madre y su entorno familiar, ya que por el bajo peso al nacer BPN, el menor y su entorno están sometidos a un riesgo alto de morbilidad y mortalidad.

Se establece que la fuente de alimentación debe ser la leche materna o en su defecto un banco de leche, para ello, el personal a cargo debe verificar si la madre gestante tiene la posibilidad de suministrar la leche materna, lo cual en este caso no se verificó por la parte demandada.

Como criterio que debió seguirse y se omitió, debemos tener en cuenta los criterios de elegibilidad para la salida de la menor Emiliana del HUSJ y la orientación que debió recibir su madre para que tuviera un desarrollo apropiado. En primer término, debió verificarse que la menor tuviera adaptación intrahospitalaria exitosa en el PMC y que este tuviera la posibilidad de ser ambulatorio. No se cumplieron los criterios de elegibilidad de la familia y/o red de apoyo para la salida de la menor.

Antes de la decisión de quitarle la menor a su madre, lo que debió hacerse fue orientar, educar y adiestrar a la madre de Emiliana para disponer su vida al cuidado, integración y soporte familiar. La decisión de no verificar las condiciones de la madre, de la menor y del grupo familiar, tal como lo establecen los lineamientos, edifica el perjuicio por omisión y la factibilidad del resarcimiento.

Lo anterior se corrobora, que las demandadas no hicieron seguimiento, visitas domiciliarias para verificar las condiciones de salud, integridad y los eventuales riesgos o situaciones que potencialmente pudieron poner en riesgo a la familia primigenia de Maryi Yeraldine Ultengo y después a la menor, no verificaron una adaptación canguro exitosa entre la madre biológica ni de la madre sustituta y la menor, no orientaron a la madre biológica de la menor para que eventualmente le hubiere cuidado, no verificaron que la madre sustituta pudiera asistir a consulta diaria, de hecho, la madre sustituta vivía en un sitio en el cual no se consigue transporte de manera rápida, no verificaron si en el hogar de la madre sustituta existía un PMC ambulatorio de seguimiento o si la familia no estaba en capacidad de regresar a la consulta diaria y de allí a consultas semanales; a pesar de ser un caso de alto riesgo social, no se realizó ninguna acción pertinente para ello, ya que se trataba de una madre adolescente soltera, no verificaron que la estadía del bebé en la zona mencionada de la Vereda Las Guacas donde vivía la madre sustituta, pudo interferir en la recuperación de la menor, pues al estar con bajo peso al nacer debe tener un ambiente normal para poder sobrevivir no un cambio extremo de una sala de Básico Neonatal, Cuidados Intensivos Neonatal o Cuidados Intermedios Neonatal donde la temperatura oscila entre 18 a 24 grados a un lugar donde por la altura las temperaturas disminuyen a 10 grado en ocasiones.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

Se le sometió a la menor y a su madre a una decisión injustificada que debió utilizarse como última posibilidad contrariando los preceptos de las normas vigentes en tanto establecen deber de cumplimiento, con lo cual la prohibición de someter a los usuarios a riesgos innecesarios y además a tratos denigrantes fue una constante. Debe decirse además, que no se cumplió con las previsiones legales y la buena práctica médica, asistencial y administrativa, pues los resultados no son aleatorios y eran totalmente previsibles, de acuerdo a las características de la familia, de la posición o condición social, económica, de accesibilidad a los servicios y demás condiciones que establece como obligatorias el sistema normativo en protección de los usuarios del SGSSS.

INCUMPLIMIENTO DE LOS LINEAMIENTOS INTERNOS DEL ICBF EN EL PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN EL CASO DE LA MENOR EMILIANA ULTENGO SANCHO

El ICBF inició procedimiento de restablecimiento de derechos en el caso de la menor Emiliana Ultengo Sancho el día 13 de noviembre de 2018. En dicho procedimiento pretermitiendo las normas mencionadas anteriormente, la entidad no verificó ni cumplió las normas vigentes, como la resolución No. 1526 de 23 de febrero de 2016³¹, La Resolución No.

En punto del incumplimiento de la resolución No. 1526 expedida por el ICBF, debe decirse que contienen los parámetros orientadores de aplicación obligatoria para los casos de restablecimiento de derechos en el ICBF. En la Etapa 2 sobre las actuaciones de la autoridad administrativa y de conformidad con los artículos 17 a 37 y 52 de la ley 1098 de 2006, la norma impone a la autoridad la verificación de la ubicación de la familia de origen, el estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos y la vinculación al sistema de salud y seguridad social –entre otros aspectos-. Dichos lineamientos establecen que no se trata de la verificación formal de los anteriores requisitos, sino que debe ser “reflexiva y estar también dirigida a establecer condiciones afectivas, económicas, sociales y culturales en las que se encuentran las personas menores de edad y sus familias, garantizando una verificación integral del goce de sus derechos”, lo cual en este caso no ocurrió, pues el trabajo del Defensor de Familia se limitó a establecer de manera formal los requisitos sin auscultar el entorno de la familia de Emiliana Ultengo y sin determinar si la decisión de entregar a la menor a una madre sustituta era la mejor opción. No se verificó con la EPS ni con la RIAS cual era la decisión en atención integral para la menor y para su madre.

En el caso del dictamen rendido por el profesional de sicología del ICBF, no se hizo basado en conocimientos científicos ni tuvo en cuenta la realidad social, económica, familiar ni el entorno sicosocial, tampoco que la menor debía recibir cuidado especial. Lo que se hizo fue poner sin mayores argumentos técnicos a disposición de un hogar

³¹ Publicada en el Diario Oficial No. 49.799 de 27 de febrero de 2016, expedida por la Directora del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS, “Por la cual se aprueba el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados.”



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

de madre sustituta -encargada de varios menores-, que no podía darle el apoyo necesario, como en efecto ocurrió. Las causas de la muerte de la menor fueron determinadas en la necropsia y claramente se dieron por la desatención y descuido de la madre sustituta.

Como quiera que de la información que entregó el HUSJ y la entrevista que se le hizo a la madre y abuela de Emiliana por parte del ICBF, se pudo verificar el origen de la familia en el sector rural de Inzá, que Maryi y Emiliana estaban alojadas donde personas de buena voluntad en Popayán y que las redes familiares y vinculares cercanas eran precisamente estas, el ICBF debió indagar por las condiciones de esta familia y hacer la visita correspondiente, para determinar si esa red de apoyo era adecuada para la menor, cuestión que no hizo, porque de cualquier manera, esa red de apoyo era mejor que la de la madre sustituta (los resultados hablan por sí mismos). En este punto, el ICBF no tomó las medidas oportunas y adecuadas para proteger a la menor, tampoco verificó si el sitio donde iba a vivir la menor con la madre sustituta estaba dispuesto para su restablecimiento de derechos, en ese sentido, no hubo visitas domiciliarias al hogar de la madre sustituta, no se verificó si tenía la capacidad real para atender la salud y la integridad de la menor.

El ICBF de manera rápida pero errónea, le quitó la menor a su madre por un supuesto maltrato, sin determinar las causas del supuesto maltrato y sin dar la posibilidad a la madre de asistir a orientaciones o cursos pedagógicos, habida cuenta que se trata de una madre adolescente sin mayores oportunidades.

El ICBF tampoco orientó a la madre de la menor acerca de sus derechos y garantías de tipo reproductivo, sexuales, el cuidado de su salud y el de la menor y no verificó que las orientaciones dadas por el HUSJ fueran aprehendidas por ella. Recuérdese que esta resolución No. 1526 consagra el derecho a la salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente de ausencia de afecciones o enfermedades, el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria”, y en ese sentido, siendo parte de la RIAS, el ICBF tampoco la activó para tomar la mejor decisión en el caso concreto.

El ICBF no ofició a la EPS EMSSANAR sobre lo ocurrido con la menor, ni tomó las medidas necesarias para contrarrestar los aspectos negativos de la situación, tal como lo establece la misma resolución 1526. Tampoco verificó que en el hogar de la madre sustituta, hubiera acceso rápido y oportuno a la atención en salud en caso de requerirse, nótese como la madre sustituta al llegar con la menor sin vida al Hospital del Norte en Popayán, indicó que por el hogar no pasaban taxis ni transporte para haber llevado a la menor al mencionado Hospital.

Por su parte, la resolución No. 1520 de 23 de febrero de 2016³², expedida por el ICBF, consagra lineamientos para la atención de menores con derechos amenazados y establece las modalidades de apoyo y fortalecimiento a la familia y

³² Publicada en el Diario Oficial No. 49.799 de 27 de febrero de 2016, expedida por la Directora del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS, “Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados.”



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magíster en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magíster en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

red vincular del menor, para superar las crisis a situaciones negativas que puedan afectar al menor. Dentro de ellas se consagra la Intervención de apoyo – apoyo psicosocial que permite atender al menor y a la familia con intervenciones disciplinarias, cuestión que no se hizo en este caso. Tampoco se verificó la atención en la red vincular que para el caso particular lo constituían las personas de apoyo en la ciudad de Popayán, en donde la menor Emiliana y su madre se quedaron.

En esta misma resolución se establecen lineamientos claros sobre la infraestructura física con que debe contar el hogar sustituto lo que en este caso no se verificó, tampoco se cumplieron las normas sobre formación y disponibilidad del personal a cargo de la menor en el hogar sustituto.

La madre sustituta no informó sobre la evaluación de la salud e integridad de la menor, como sí informó al Hospital del Norte en Popayán, cuando llevó la menor sin vida e indicó que había tenido episodios de llanto permanente. Esta obligación está determinada en la resolución anotada. Además, ni la madre sustituta ni el ICBF hicieron las gestiones pertinentes para asegurar la atención en salud de la menor, ni atendieron las recomendaciones del personal médico asistencial del HUSJ.

Por su parte la Resolución No. 2519 de 23 de febrero de 2016³³, establece dentro de sus objetivos el de “superar las situaciones de amenaza o vulneración de sus derechos y generar condiciones para el restablecimiento y goce efectivo de los mismos.” En relación con los menores, y consagra como fundamentales y prevalentes los derechos de los menores. También consagra la atención integral como componente de los lineamientos, bajo cuatro perspectivas o premisas básicas del desarrollo: Como proceso continuo a lo largo de la vida, como multidimensional, como multidireccional y multideterminado. Lo anterior implica que el ICBF debe cumplir un conjunto de requisitos, así:

- Poner a prueba la capacidad de leer, interpretar y consultar continuamente el contexto la luz de las concepciones de bienestar y justicia
- Actuar acorde con las particularidades del contexto.
- Generar consciencia sobre los impactos que pueden traer consigo las intervenciones.
- Identificar los posibles impactos negativos derivados de las intervenciones.
- Evaluar el costo/beneficio de las acciones.
- Prevenir y/o mitigar los impactos negativos.
- Reconocer y hacer seguimiento del impacto nocivo de las acciones.
- Remover y/o corregir las acciones que generan daño para la búsqueda de salidas más aceptables.
- Asumir las consecuencias de los impactos negativos.
- Aprender de errores pasados.

³³ Publicada en el Diario Oficial No. 49.799 de 27 de febrero de 2016, expedida por la Directora del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS, “Por la cual se aprueba el lineamiento técnico del modelo para la atención de los niños, las niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados.”



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

- Promover capacidad autocrítica, disposición de apertura al cuestionamiento y capacidad para desaprender esquemas de trabajo.

Esta norma, también consagra los principios de aplicación, que en este caso fueron obviados por la entidad, pues el resultado dañoso e injustificado demuestra la forma en que se atendió el caso de la menor y su familia. Es importante destacar que en este caso se trató de una situación que debió merecer una consideración especial, ya que se trataba de una menor pre término, de una familia disfuncional, de condiciones de salud, económicas y sociales que imponían la toma de decisiones adecuada con los principios, garantías y derechos que el ordenamiento jurídico establece, es decir, con enfoque de derechos, diferencial y sistémico.

Uno de los programas determinados en esta Resolución es el de los programas especializados, derivado del artículo 60 de la ley 1098 de 2006, que establece atención a adolescentes y mujeres mayores de 18 años gestantes o en periodo de lactancia con derechos amenazados o vulnerados, el cual no se aplicó, ya que el ICBF nunca se interesó por la madre de la menor, cuando la primera decisión era mantener a la menor en compañía y cuidado de su madre, y haberla orientado hacia el cuidado de la salud y la vida de manera adecuada.

El ICBF no realizó visitas al hogar de la madre sustituta de manera posterior a su entrega y no verificó los anteriores aspectos obligatorios contenidos en las resoluciones mencionadas para garantizar la vida de la menor y de su madre adolescente, tampoco hizo un plan de atención integral para el caso específico.

6) Frente a las excepciones denominadas: “la innominada”, “buena fe”, “genérica”.

Dentro de esta instancia procesal, la parte demandada no ha demostrado ninguna excepción que permita decretarla, como quiera que conforme al acervo probatorio que reposa en el expediente y agotadas las etapas procesales, el Despacho debe acceder a las pretensiones de la demanda.

II. PETICIÓN CON RELACIÓN A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

De conformidad con lo manifestado anteriormente, solicito respetuosamente al honorable Despacho, no declarar probadas las excepciones propuestas por parte de las demandadas, toda vez que no hay lugar a ella por las razones anteriormente expuestas; así las cosas, se solicita que, en la etapa respectiva del proceso, se accedan a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

III. MEDIOS PROBATORIOS TENDIENTES A QUE SE DESVIRTUEN LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

De acuerdo a lo establecido en los artículos 173 del CGP, 212 de la ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes, se solicitarán pruebas documentales y testimoniales.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

3.1. DOCUMENTALES POR Decretar, practicar e incorporar al proceso.

Solicito que de conformidad con la Ley 1437 de 2011, en especial del parágrafo 1° del artículo 175, y los principios de economía procesal, celeridad y colaboración con la administración de justicia, las demandadas allegarán los siguientes documentos, información o expediente en copia auténtica y con fecha de corte a su expedición:

3.1.1. AL ICBF como demandada:

- 3.1.1.1. Copia auténtica e íntegra del expediente disciplinario, administrativo, investigativo, sancionatorio o su similar en el cual conste la investigación, indagación, intervención o similar adelantada al Operador de Hogares Sustitutos, Organización No Gubernamental Para el Servicio Integral de la Familia “Crecer en Familia”, identificado con Nit. No. 805.020.621-1, en el Barrio Las Guacas de Popayán (Calle 74N No. 3BE-09), a raíz del fallecimiento de la menor EMILIANA ULTENGO SANCHO identificada con NUIP 1166467772.

3.2. TESTIMONIALES:

Solicito se practique la prueba testimonial a las personas que a continuación se relacionan e identifican, para que en audiencia pública declaren bajo la gravedad de juramento lo que les conste de los hechos indicados en la demanda, su contestación y excepciones y además absuelvan el cuestionario que personalmente o por escrito les formularé, a fin de probar la situación de salud, económica, social, familiar, laboral, así como las relaciones familiares de la menor EMILIANA ULTENGO SANCHO identificada con NUIP 1166467772, de su madre MARYI YERALDINE ULTENGO SANCHO, identificada con la C.C. No. 1.002.936.745 de Inzá (Cauca) y de los demás familiares demandantes. También depondrán las situaciones de tiempo, modo y lugar de la vivencia de la madre MARYI YERALDINE ULTENGO SANCHO en la ciudad de Popayán mientras duró la internación de la menor EMILIANA ULTENGO SANCHO, las orientaciones que le fueron dadas por las demandadas, la situación económica, familiar y de salud mientras se encontraba en el periodo de dieta y las atenciones que tuvo en el mismo periodo, es decir, que depongan lo que les conste sobre el trato dado por las demandadas a la menor y a su madre desde el momento de la primera atención hasta el deceso de la menor y aún de manera posterior.

Todos ellos serán notificados a la dirección suministrada o al correo electrónico del suscrito apoderado:

- 3.2.1. Al señor José Luis Gaviria Gómez, mayor y vecino de Inzá, identificado con la C.C. No. 1061739759, residente en la Carrera 8 # 3-22 de Inzá, correo electrónico josegaviria_10@hotmail.com, celular 322 6890909.
- 3.2.2. A la señora Zandra Liliana Rivera Pajoy, mayor y vecina de Popayán, identificada con la C.C. No. 1061691350, residente en la Carrera 1A # 27BN-39, Barrio Las Acacias de Popayán, correo electrónico lilianariu28@hotmail.com, celular 3122348787.
- 3.2.3. A la señora Ángela María López Palacio, mayor y vecina de Popayán, identificado con la C.C. No. 31792622, residente en la Calle 10 # 4-48 Barrio



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

El Empedrado de Popayán, correo electrónico angie5328md@gmail.com, celular 321 8494025.

TESTIMONIO DEL PERSONAL QUE ATENDIÓ A LA MENOR EMILIANA ULTENGO SANCHO EN EL OPERADOR DE HOGARES SUSTITUTOS, ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL PARA EL SERVICIO INTEGRAL DE LA FAMILIA “CRECER EN FAMILIA”, IDENTIFICADO CON NIT. NO. 805.020.621-1, EN EL BARRIO LAS GUACAS DE POPAYÁN:

3.2.4. Señora Mireya Sánchez Chanchín, mayor de edad e identificada con la C.C. # 36.290.701, quien puede ser notificada por el ICBF o el Operador mencionado, de conformidad con el principio de distribución de la carga probatoria, ya que esta parte no tiene datos diferentes de notificación, distintos a los suministrados por el ICBF en la contestación de la demanda: carrera 27 No. 6-64 Cali o a los correos electrónicos: crecefamilia@hotmail.com - crecefamiliapalmira@hotmail.com. Teléfono: 3165282646 – 3154069452.

Solicito sea decretadas las anteriores pruebas con el fin de desvirtuar las excepciones propuestas.

IV. OPOSICIÓN FRENTE A ALGUNAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE DEMANDADA

Como quiera que algunas de las pruebas no obedecen a los principios probatorios y no son adecuadas, pertinentes, conducentes y necesarias para dirimir el litigio planteado, me opongo a las siguientes:

4.1. Frente a la solicitud de pruebas testimoniales del personal que atendió a la menor EMILIANA ULTENGO SANCHO, me opongo, como quiera que el objeto de la prueba es el de verificar si dichas entidades actuaron con diligencia, prudencia, oportunidad y pericia del personal médico que atendió al paciente.

Debe decirse frente a ello, que cualquier mención, prueba, refutación o condición del paciente, debe estar consignada en la Historia Clínica del paciente de conformidad con la resolución 1995 de 1999³⁴ expedida por el Ministerio de Salud, la cual fue modificada por la resolución 839 de 2017. Dicha resolución vigente para la época de los hechos, define que es la historia clínica:

“ARTÍCULO 1.- DEFINICIONES.

a) La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.”

Establece igualmente las características a modo de principios, de los cuales puede deducirse que se han consignado todos los aspectos de la atención en salud o

³⁴ Publicada en el Diario Oficial 43655 de agosto 5 de 1999, “Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica”



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

asistencial, que la institución prestó, por lo cual, se trata de un documento objetivo, del cual se puede deducir como se prestó la atención (para el caso concreto la diligencia, prudencia, oportunidad y pericia del personal médico que atendió al paciente). Así se consagra:

“ARTÍCULO 3.- CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

Las características básicas son:

Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley.

Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio.”

Así mismo, se consagra la obligatoriedad del registro por el personal médico asistencial a cargo, de las observaciones, conceptos y otros:

“ARTÍCULO 4.- OBLIGATORIEDAD DEL REGISTRO.

Los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas, conforme a las características señaladas en la presente resolución.”

En fin, se comprende todo un procedimiento legal y obligatorio en torno de la atención médica o médica asistencial, cuestión que está probada en el proceso con dicho documento, por lo cual no hace falta que profesionales de la misma entidad HUV, hagan un recuento de lo que ya está consignado en ella. Adicionalmente, al solicitarse como testigos técnicos, debió solicitarse de manera específica, determinando los hechos a probar (no con enumeración, pero sí determinando los hechos a probar), tal como lo establece el artículo 212 del C.G.P.

Nótese que el cuestionamiento a las demandadas, se da por no activar de manera adecuada el PMC y MMC y las RIAS vigentes para la atención de la menor fallecida y de su madre, que debieron estar consignadas en la Historia Clínica.



Álvaro Emiro Fernández Guissao
Abogado - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Administrativo - Universidad del Cauca
Especialista en Derecho Laboral – Universidad Libre
Especialista en Seguridad Social – Universidad de San Buenaventura
Magister en Derecho Administrativo – Universidad Libre
Magister en Derecho Constitucional – Universidad Libre
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de San Buenaventura

Las demandadas solicitan se decrete la prueba para probar la atención médica, que ya está determinada en la Historia Clínica.

Con todo respeto,

ALVARO EMIRO FERNANDEZ GUISSAO

C. C. No. 94.414.913 de Cali

T. P. No. 147.746 del C. S. J.

aefernandez@unicauca.edu.co