

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE DEFECTOS FÁCTICO Y DE EXCESO RITUAL MANIFIESTO – No se tuvo en cuenta circunstancias determinantes para el proceso / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA DE MENOR AL NACER / EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD – No se configura / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - A partir de la aparición del cadáver o de la ejecutoria de la sentencia penal

En criterio de esta corporación, resulta violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia de la demandante, por cuanto, *so pretexto* de una formalidad como lo es la caducidad, se sustrae de analizar, de manera reflexiva, las circunstancias especiales en las que se produjo la muerte de la bebé. (...) Lo anterior, habida cuenta que dio por demostrada la muerte de la menor a partir de las anotaciones que reposan en la historia clínica y el informe de patología que se aportó, pero no le otorgó valor probatorio alguno al hecho de que los padres de la bebé se negaron a suscribir el consentimiento informado que el hospital les exigió para remitir el cuerpo a patología, aun cuando se trata de un hecho relevante que permite advertir la existencia de ciertas irregularidades en el manejo que el hospital le dio al parto de la señora [A.Y.A] y a la disposición de los restos de la niña y en el cual, precisamente, la demandante sustenta la teoría según la cual su hija fue desaparecida. (...) Sobre la caducidad, la sentencia de primera instancia precisó que «... el 23 de agosto de 2008 el Hospital le solicitó a la madre, Sra. [A.Y.A], que otorgara consentimiento informado para realizarle patología al mortinato, a lo cual ella se negó; sin embargo, se le indicó que no se le devolvería el cuerpo. Por lo tanto, la madre nunca pudo tener certeza si su hija estaba viva o muerta y en consecuencia al no aparecer la misma ni tampoco estar probado dentro del expediente el resultado de la investigación penal, el término de caducidad no operó, de acuerdo con lo sostenido en la sección denominada: *“la caducidad en los casos de desaparición forzada”* y en consecuencia se declarará no probada esta excepción». (...) Considera la Sala que el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico y en exceso ritual manifiesto, por cuanto, aunque valoró las pruebas documentales aportadas – historia clínica e informe de patología – ignoró las circunstancias en las que se desarrollaron los días anteriores y posteriores al parto gemelar de la señora [A.Y.A], y que le impidieron tener certeza absoluta del fallecimiento de su hija, por cuanto nunca se le permitió siquiera ver el cuerpo de la menor y, en ese sentido, es dable pedirle el cumplimiento estricto del término de caducidad de 2 años, pues, se insiste, la jurisprudencia vigente y unificada sobre el tema es clara en señalar que, tratándose de un delito de desaparición forzada, este empezará a correr a partir de la aparición del cadáver o de la ejecutoria de la sentencia penal. (...) Por lo expuesto, se concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la demandante y, como consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 16 de octubre de 2020 para que el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, emita una sentencia de fondo sobre la controversia planteada por la señora [A.Y.A].

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 / CÓDIGO PENAL – ARTÍCULO 165

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01835-00 (AC)

Actor: ANA YUNEY AYALA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y OTRO

ACCIÓN DE TUTELA - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela presentada por la señora ANA YUNEY AYALA en contra del Tribunal Administrativo del Tolima, de conformidad con lo dispuesto en los decretos 2591 de 1991, 333 de 2021 y demás normas concordantes.

I. ANTECEDENTES

La señora Ana YuneY Ayala, actuando por conducto de apoderado¹, solicita la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, con fundamento en los siguientes:

1. Hechos

1.1. En el año 2008, la señora ANA YUNEY AYALA fue diagnosticada con embarazo gemelar, razón por la cual se le programó parto por cesárea para el 27 de agosto de 2008 en el Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal. El 18 de agosto siguiente acudió al hospital por presentar contracciones, por lo que el parto le fue reprogramado para el 22 del mismo mes y año. Pese a que los monitoreos previos arrojaron como resultado ritmo cardiaco normal de las bebés, una vez realizada la cirugía le fue informada la muerte de una de ellas.

1.2. Comoquiera que nunca le fue entregado a ella o a su familia el cuerpo sin vida de la bebé y que en la morgue del hospital les manifestaron que a dicha dependencia no había sido llevado o retirado

¹ Abogado DAVID RODRIGUEZ GIRALDO.

el cuerpo sin vida de una recién nacida, el 8 de septiembre de 2011 instauraron acción de reparación directa contra dicha institución, por la desaparición forzada de su hija.

1.3. Inicialmente, el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado 3 Administrativo de Ibagué, despacho que, mediante proveído de 4 de octubre de 2011, rechazó la demanda por caducidad, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 23 de enero de 2012.

1.4. Contra estas providencias instauró acción de tutela, con ocasión de la cual la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 10 de mayo de 2012, le ordenó al Juzgado 3 Administrativo de Ibagué realizar un nuevo estudio sobre la admisión de la demanda, teniendo en cuenta que, como se alegó una desaparición forzada, la caducidad debía contarse desde el día en que la bebé apareciera, o bien, a partir de la fecha de ejecutoria de la decisión proferida dentro del respectivo proceso penal, el cual debió ser iniciado por la Fiscalía General de la Nación, en virtud de la remisión de las denuncias hechas por la actora.

1.5. En cumplimiento de dicha orden, la demanda se admitió y resolvió en primera instancia por el Juzgado 11 Administrativo de Ibagué en fallo de 12 de marzo de 2019, en el que declaró la responsabilidad patrimonial de la ESE Hospital San Rafael del Espinal, por la desaparición forzada de la bebé.

1.6. Apelada la decisión por la entidad demandada, el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante providencia de 16 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de caducidad de la acción, al considerar que en el asunto no se presentó un delito de desaparición forzada y, en ese sentido, la demanda debía ser presentada en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla en el servicio médico dentro del término de 2 años contados desde la ocurrencia del hecho dañoso.

2. Fundamentos de la acción

Manifiesta la demandante que el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico, toda vez que utilizó como soporte de su

decisión principalmente las anotaciones de la historia clínica, de las cuales, supuestamente, se evidenció que uno de los fetos había fallecido antes del parto, sin tener en cuenta que esta afirmación es contradictoria con otras anotaciones del mismo documento, conforme a las cuales las gemelas continuaban con vida al momento de la cesárea.

Sin embargo, el Tribunal dio por cierto que uno de los fetos presentó muerte intrauterina y aunque soportó su decisión en la supuesta patología que se realizó al cuerpo sin vida de la bebé, lo cierto es no tienen certeza de que la misma se haya realizado a su hija, circunstancia en la que, precisamente, se sustentó la demanda de reparación directa, toda vez que los funcionarios del Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal daban diferentes versiones respecto del paradero del cuerpo de la bebé. Sus decires no tenían coherencia y no correspondían a la realidad, por lo que los demandantes consideran acreditados los supuestos de la desaparición forzada.

Adicional a lo expuesto, el Tribunal Administrativo consideró como un indicio en contra de los demandantes el no haber firmado el consentimiento informado, cuando, por el contrario, este demuestra que, efectivamente, la entidad rehusó permitirles ver el cuerpo sin vida de la menor.

Por otro lado, el Tribunal avaló el hecho de que el hospital procediera a la cremación del cuerpo de la bebé únicamente porque así lo indica la norma, sin tener en cuenta que dicha disposición no impedía que la familia pudiera ver, al menos por una vez, el cuerpo sin vida de la menor, circunstancia que, a la luz de la sentencia de 27 de marzo de 2014² proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, constituye un daño que debe ser reparado.

Por tanto, el Tribunal Administrativo del Tolima, además de incurrir en defecto factico por valoración arbitraria (acción valorativa contraevidente) con la expedición de la decisión atacada, actuó en contravía del precedente jurisprudencial en detrimento del derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues no tendría sentido que en precedencia el Consejo de Estado, en

² Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660). Actor: DALIO TORRENTE BRAVO Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y MINISTERIO DE SALUD.

sede de tutela, fallara a favor de la admisión y estudio del caso, con la intención de que, con posterioridad, se negara precisamente por motivos de caducidad previamente resueltos, como si pretendiera que se conociera y llevara a cabo un proceso que desde su nacimiento está llamado a no prosperar con el único fin de congestionar sin sentido el aparato judicial.

3. Pretensiones

Con fundamento en lo anterior, solicitan:

«PRIMERA: Que se tutelen los derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO, EL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, A LA IGUALDAD Y LOS DEMAS QUE DE OFICIO PRECISE Y ADVIERTA LA HONORABLE CORPORACION, y en consecuencia se decrete lo pertinente a fin de que se restablezcan los derechos y garantías fundamentales vulnerados a los demandantes en la acción de reparación directa. SEGUNDA: Que se declare que la sentencia emitida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA dentro del proceso 2011-372 violó los artículos 13, 29, 228 y 229 de la Constitución Política de Colombia y los demás que el despacho considere. TERCERA: Que se deje sin valor y efectos la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima con fecha del 16 de octubre de 2020 bajo radicado No. 73001-33-31-003-2011-00372-03 y No. interno 00028-2019. CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se sirvan ordenar al Tribunal Administrativo del Tolima, que emita la providencia de replazo y que en derecho corresponda en el proceso Ordinario de Acción de Reparación Directa, referenciado con el número 73001-33-31-003-2011-00372-03, en el que funge como demandante la señora ANA YUNEY AYALA y otros y como demandados el Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal y otros; sentencia que no puede ser otra que la providencia que declare la NO configuración de la caducidad de la acción y la responsabilidad administrativa y patrimonial de la demandada Hospital San Rafael del Espinal. CUARTA: Que se hagan las demás declaraciones y condenas que la Honorable Corporación de oficio precise y advierta el Honorable Consejo de Estado».

4. Intervenciones

Mediante auto de 23 de abril de 2021, se admitió la acción de tutela de la referencia y se ordenó notificar al Tribunal Administrativo del Tolima como accionado y a la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, a la Secretaría de Salud del departamento del Tolima, al ESE Hospital San Rafael del Espinal, a la Superintendencia de Salud y a Caprecom ARS Liquidado como terceros interesados en las resultas del proceso.

4.1. La apoderada del **PAR de CAPRECOM LIQUIDADO, la gobernación del Tolima y el Ministerio de Salud y Protección Social** manifestaron, en similares términos, que dichas entidades carecen de legitimación en la causa por pasiva, en tanto la acción de tutela se dirige contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

4.2. La ESE Hospital San Rafael del Espinal, a través de su gerente, se opuso a la prosperidad de la acción, aduciendo que el Tribunal Administrativo del Tolima no incurrió en ninguna de las causales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

4.3. El Tribunal Administrativo del Tolima, por conducto del magistrado ponente de la decisión cuestionada, se opuso a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que lo perseguido es utilizar la acción de tutela como una tercera instancia frente a una decisión adoptada en derecho.

Al efecto, precisó que si bien es cierto que a través de un fallo de tutela el Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia de rechazar de plano la demanda por encontrarse caducada, y consideró que, en aras de garantizar el acceso al derecho fundamental a la administración de justicia, debía impartírsele trámite atendiendo a que la parte actora fundamentaba la reparación directa en hechos que a su juicio configuraban el delito de desaparición forzada, también lo es que la misma corporación fue clara en establecer que aquella determinación permitía al juzgador de instancia tramitar el proceso de reparación directa hasta proferir una decisión de fondo, la cual no estaba atada a efectuar un juicio de responsabilidad estatal en el marco de un delito como lo es la desaparición forzada, si las pruebas obrantes en el proceso no acreditaban la comisión del mismo por parte de la demandada.

De acuerdo con lo anterior y una vez valoradas las pruebas obrantes en el plenario, en especial la historia clínica aportada, conforme a las reglas de la sana crítica y de la experiencia, estableció que no resultaban atendibles los argumentos expuestos por la parte actora, tendentes a afirmar que el cuerpo sustraído luego de practicada la cesárea a la señora ANA YUNEY AYALA fue víctima del delito de desaparición forzada por parte del personal médico del hospital demandado, comoquiera que lo que se evidenció fue que al identificar la presencia de líquido amniótico meconio grado tres, el 22 de agosto de 2008 se le practicó una cesárea, registrándose al final, como hallazgo, un feto femenino vivo y un feto femenino muerto, este último, “esfacelado, con cordón umbilical trombosado y necrótico (varios días de fallecido)”, es decir, un óbito fetal.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes descritos, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a establecer:

- ¿La presente solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales?

De resultar afirmativo el anterior interrogante, se determinará si:

- ¿El Tribunal Administrativo del Tolima, al expedir la providencia de 16 de octubre de 2020, mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa interpuesta por la accionante, incurrió en los defectos fáctico, procedimental por exceso ritual manifiesto y desconocimiento del precedente?

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente³ aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación⁴, es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, en atención a que el ejercicio de la judicatura como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece, y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la Carta le impone.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

⁴ Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germania Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.

Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, como son: (i) que el asunto que esté sometido a estudio sea de evidente relevancia constitucional; (ii) Que en el proceso se hayan agotado todos los medios de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios que se encuentren al alcance de quien demande el amparo, salvo, claro está, que se busque evitar un perjuicio irremediable; (iii) que la presentación de la acción cumpla con el requisito de inmediatez; (iv) que la irregularidad procesal devenga en sustancial: cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.; (v) que se identifique la situación fáctica que devino en la vulneración de derechos; y (vi) que no se trate sentencias de tutela.

En ese orden, la doctrina constitucional ha señalado las causales especiales, indicando que la acción constitucional resulta procedente únicamente en aquellos eventos en los cuales, con ocasión de la actividad jurisdiccional, se vean afectados derechos fundamentales, al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) violación directa de la Constitución y (vi) desconocimiento del precedente.

2.1. En el presente caso, la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

2.1.1. En efecto, esta Sala considera que los hechos que generaron la vulneración como los derechos trasgredidos se encuentran plenamente individualizados.

2.1.2. Así mismo, se observa que la providencia objeto de tutela carece de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.

2.1.3. Se advierte, igualmente, que la interposición del mecanismo constitucional se dio en un lapso «razonable y proporcionado», contado desde la fecha de notificación de la decisión cuestionada (21 de octubre de 2020) hasta la radicación de la acción de tutela (21 de abril de 2021).

2.1.4. Finalmente, el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se centra en establecer una posible vulneración *iusfundamental* como consecuencia de los defectos fáctico, procedimental por exceso ritual manifiesto y desconocimiento del precedente en que, presuntamente, incurrió el Tribunal Administrativo del Tolima.

2.2. Defecto fáctico

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el defecto fáctico se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio que le permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Sobre el particular la Corte Constitucional⁵ ha identificado dos dimensiones en las que puede presentarse:

a. Una dimensión negativa⁶, que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su

⁵ Véase: Sentencias SU-632 de 2017, SU-195 de 2012, T-143 de 2011, T-456 de 2010, T-567 de 1998, T-456 de 2010, T-311 de 2009, entre otras.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 1993. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

- b. Una *dimensión positiva***⁷, que se presenta generalmente cuando el juzgador aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar.

Ahora bien, en virtud del principio de autonomía judicial, la intervención del juez de tutela en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido, toda vez que:

«[...] las diferencias de valoración en la apreciación de las pruebas no constituyen defecto fáctico pues, si ante un evento determinado se presentan al juez dos interpretaciones de los hechos, diversas pero razonables, le corresponde determinar al funcionario, en el ámbito su especialidad, cuál resulta más convincente después de un análisis individual y conjunto de los elementos probatorios»⁸.

En ese sentido, no es procedente la acción constitucional, cuando se encamina a obtener una nueva valoración de la actividad evaluativa realizada por el juez que ordinariamente conoce de un asunto.

2.3. Desconocimiento del precedente

En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad (artículo 13 de la C.P.) el cual implica no solamente la igualdad ante la ley sino también la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades y específicamente la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley por parte de las autoridades judiciales, preservándose de esta manera la seguridad jurídica y con ella la certeza en los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma⁹.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-538 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-222 de 2016. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁹ Ver entre otras las sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008 y T-014 de 2009.

En ese sentido, el precedente judicial¹⁰ es la figura jurídica que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, pues no solo hace previsibles las consecuencias jurídicas de sus actos sino también materializa la igualdad en la aplicación del derecho¹¹.

En ese orden sentido, la Corte Constitucional ha diferenciado lo que constituye un antecedente jurisprudencial y el precedente en estricto sentido¹². Por una parte, ha aclarado que antecedente es una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio y por tanto, tiene un carácter orientador, lo que no significa que (a) no deba ser tenido en cuenta por el juez al momento de fallar y (b) que lo exima del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad”¹³.

Por otra parte, ha precisado que puede predicarse la existencia de un precedente, cuando “(i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado; (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado constituye la pretensión del caso presente; y (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”¹⁴.

No obstante lo anterior, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador, por lo que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales¹⁵, siempre y cuando cumplan con (i) la **carga**

¹⁰ En la sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado., la Corte Constitucional precisó que precedente judicial se concibe como “*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo*”.

¹¹ MARINON, Luiz Guilherme. El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 2012, vol. 18, no 1, p. 249-266.

¹² Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Sentencias T-830 de 2012 y T-714 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Sentencia T-794 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ Se entiende por precedente vertical aquellas decisiones previas promulgadas por un superior jerárquico y que resultan pertinentes para resolver el caso concreto, y por el horizontal aquellas decisiones fijadas por una autoridad judicial de la misma jerarquía y que resultan relevantes para resolver un caso concreto. Al respecto ver la Sentencias T- 589 de 2007.

de transparencia, de hacer referencia al precedente del que se va a apartar, y (ii) la **carga de argumentación** que les impone el deber de señalar una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, en la que manifiesten las razones por las cuales se apartan de la regla jurisprudencial; elementos con los que, en palabras de la misma Corte, se protegen el carácter dinámico del derecho y los principios de autonomía e independencia que caracterizan la labor judicial¹⁶.

2.4. Del exceso ritual manifiesto

En lo atinente al **defecto procedimental por exceso ritual manifiesto**¹⁷, la Corte Constitucional indicó, en la sentencia T-264 de 2009, que este tiene ocurrencia *«cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia»*¹⁸. Igualmente, señaló que al defecto procedimental por exceso ritual manifiesto le subyace una tensión entre las garantías constitucionales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia en su faceta de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho adjetivo, en tanto el acatamiento riguroso de las formas puede implicar el sacrificio del derecho material o, viceversa, el respeto irrestricto del derecho sustantivo podría suprimir importantes principios formales, atentando contra la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico y la salvaguarda del debido proceso de las partes. No obstante lo expuesto, precisó la Corte que dicha tensión es tan solo aparente, pues su solución *«se encuentra en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismos»*¹⁹.

Por tanto, ha reiterado la misma Corte²⁰ que por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas.

¹⁶ Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁷ Sentencia T-591-11.

¹⁸ En una dirección similar puede ser consultada la sentencia T-599 de 2009.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009.

²⁰ T-268-10.

Así lo sostuvo en la Sentencia C-029 de 1995, precisamente cuando declaró exequible el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

En la misma línea, en la Sentencia C-131 de 2002, la Corte se refirió al tema de la constitucionalización del derecho procesal de la siguiente manera:

«2. Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. **En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio;** se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; **era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador.** Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. **Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales.**

Con ello, ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso. (...)» (Negrillas fuera de texto).

En conclusión, el defecto procedimental por «*exceso ritual manifiesto*» se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.

3. Caso concreto

En el presente asunto, la accionante reprocha la providencia de 16 de octubre de 2020 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa instaurado por la señora ANAY YUNEY AYALA contra el Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal, por la presunta desaparición forzada de que fuera víctima su bebé al nacer.

Manifiesta, en síntesis, que se valoró de manera defectuosa el material probatorio aportado al proceso que, en su entender, permitía establecer que la bebé fue víctima del delito de desaparición forzada.

Lo anterior, por cuanto las anotaciones efectuadas en la historia clínica dan cuenta que, antes del parto, ambas niñas se encontraban vivas, sin que, después de realizada la cesárea se le hubiera permitido a ella o a su compañero ver el cuerpo sin vida de la menor, con lo que no pueden tener certeza alguna de que el informe de patología a que se hizo referencia en la sentencia corresponda al cuerpo su hija, máxime cuando el mismo tribunal encontró demostrado que ni la demandante ni su compañero suscribieron el consentimiento informado para la remisión del cuerpo a patología y su no devolución.

Además, señala que se desconoció lo dispuesto por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia de tutela de 10 de mayo de 2012, en la que se había ordenado analizar el requisito de caducidad bajo la óptica de un delito de lesa humanidad a la luz de los criterios jurisprudenciales vigentes.

En este contexto, para resolver el problema jurídico planteado, es necesario realizar un recuento de las actuaciones procesales más relevantes adelantadas en el marco del mencionado proceso.

El 8 de septiembre de 2011, la señora ANA YUNEY AYALA interpuso medio de control de reparación directa en contra del Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable de la desaparición forzada de su hija.

Inicialmente, el conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 3 Administrativo de Ibagué, despacho que profirió el auto de 4 de octubre de 2011 mediante el cual rechazó de plano la demanda por caducidad, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 23 de enero de 2012.

Contra las citadas decisiones, instauró acción de tutela que fue resuelta por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 10 de mayo de 2012 (proceso radicado 11001-03-15-000-2012-00362-00), en la que dispuso lo siguiente:

- 1. REVÓCASE** los autos de 4 de octubre de 2011 y 23 de enero de 2012, proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima respectivamente, mediante los cuales se rechazó por caducidad la acción de reparación directa impetrada por la señora Ana Yune Ayala, de radicado No.2011-00372.
- 2. ORDÉNASE** al Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué, realizar un nuevo estudio sobre la admisión de la citada demanda, con fundamento en los requisitos que para ello señale la normativa pertinente y en los documentos aportados por la parte actora.
- 3. ADVIÉRTASE** al Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué, que al decidir sobre la admisión de la demanda incoada por la señora Ayala, contabilice el término de caducidad de su acción con base a lo expuesto en las consideraciones de la presente providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la demanda se admitió y tramitó por el Juzgado 11 Administrativo de Ibagué, despacho que, mediante providencia de 12 de marzo de 2019, declaró la responsabilidad patrimonial de la ESE demandada por la desaparición forzada de la hija de la señora Ana Yune Ayala, en los siguientes términos:

«Al desaparecer la gemela se incumplió la obligación de seguridad que tenía el Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal, la cual le es atribuible a título de falla del servicio a través de los servidores que participaron en la atención del parto y pos parto (sic) de la sra. Ana Yune Ayala, pues como se indicó en líneas anteriores si las dos gemelas estaban vivas al momento del parto no se explica cómo con posterioridad se indica que una de ellas llevaba varios días fallecida y la negativa de entregar el presunto mortinato.

Por lo anterior y además teniendo en cuenta que contrario a lo manifestado en la contestación del Hospital no actuó de manera responsable, se declarará no probada la excepción de buena fe propuesta por el centro asistencial».

Apelada la decisión, el Tribunal Administrativo del Tolima, a través de sentencia de 16 de octubre de 2020, revocó lo resuelto por el *a quo* y declaró probada la excepción de caducidad, al considerar que, en el asunto, no era dable predicar la existencia de un delito de desaparición forzada y, en ese sentido, la demanda debía presentarse en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla en el servicio médico, dentro del término de 2 años contados a partir de la ocurrencia del hecho dañoso.

Para arribar a esa conclusión, el Tribunal consideró lo siguiente:

«De las anotaciones consignadas en la historia clínica de la señora ANA YUNEY AYALA, de la atención en salud prestada por el HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. del municipio de El Espinal, durante su estado de gravidez, se encuentra acreditada en orden cronológico, la siguiente situación fáctica:

- El 16 de abril de 2008, la demandante asistió a consulta externa por medicina general, para la revisión de exámenes de laboratorio de control prenatal, revisión en la que el médico tratante encontró tanto a la paciente como a los fetos en buenas condiciones generales. Al respecto refirió: "APARENTES BUENAS CONDICIONES GENERALES, HIDRATADA, CONCIENTE, COLABORADORA, SIN PALIDEZ, CABEZA NORMAL, ORGANOS DE LOS SENTIDOS NORMAL, CUELLO SIN MASAS, TORAX RUIDOS CARDIACOS RITMICOS, MURMULLO VESICULAR LIMPIO SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA, ABDOMEN BLANDO DEPRESIBLE, GRAVIDO ALTURA UTERINA 26,5 CM, **FETOS GEMELOS VIVOS TRANSVERSOS...** SIN ACTIVIDAD UTERINA (...). asimismo, se denota como diagnóstico la supervisión de un embarazo de alto riesgo, sin otra especificación²¹. (Subrayas y resaltado fuera de texto).
- Se encuentran registros de asistencia de la madre a controles prenatales los días 04 de mayo, 16 de junio, 14 de julio y 13 de agosto de 2008, en los que no se detectó alguna alteración del embarazo gemelar, indicando en la última supervisión la programación de una cesárea para el día 27 de agosto de 2008²².
- El 18 de agosto de 2008, la señora ANA YUNEY AYALA acudió al servicio de urgencias del HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. de El Espinal, porque presentaba un dolor en la zona pélvica baja, sin embargo, en la inspección general efectuada por el médico tratante, se indicó: "APARENTES BUENAS CONDICIONES GENERALES... **FETOS GEMELOS VIVOS...** SIN ACTIVIDAD UTERINA, MAMAS PEZONES NORMALES SECRETANTES SIN MASA, GENITALES ASPECTO NORMAL..."²³ (subrayas y resaltado fuera de texto).

²¹ Folio 265 cuaderno principal 1.

²² Folios 449, 457, 468 y 475 cuaderno principal 2.

²³ Folio 345 cuaderno principal 2.

- El día 22 de agosto de 2008 a las 3:54 P.M., en curso de la semana 37 de gestación, la paciente ingresó al servicio de urgencias del **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. de El Espinal**, indicando la ausencia de movimientos fetales, por lo que se ordenó la práctica de unos exámenes médicos y su hospitalización²⁴. Seguidamente, a las 4:17 P.M., el médico ginecobstetra tratante, luego de practicar una amniotomía y evidenciar uno de los fetos meconiado, decide practicar cesárea²⁵.
- Practicado el procedimiento, se obtuvo un feto de sexo femenino y uno muerto del que se indicó: *"líquido amniótico meconio grado tres, placenta bicorial mono amniótica, con múltiples nudos verdaderos del cordón (más de diez)"*²⁶.
- En relación con el óbito fetal, se advierte que el 23 de agosto de 2008, previo a la salida de la señora **ANA YUNEY AYALA** de la Institución Prestadora de Salud, se le indicó la importancia de firmar el consentimiento informado para la remisión del morinato a patología, destacando que éste no sería devuelto a los padres, a lo que la demandante manifestó que esperaría la aprobación del padre. A su vez, se observa otra nota de enfermería en la que se consignó: *"PACIENTE NO SE ENCUENTRA EN LA HABITACIÓN NO DEJA CONSENTIMIENTO INFORMADO A PESAR DE QUE SE LE EXPLICO (SIC) LA IMPORTANCIA DE ESTE"*²⁷.

Ahora bien, la parte actora considera que el proceder del personal médico del **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. del municipio de El Espinal**, al no permitir siquiera ver el óbito fetal, configura un caso de desaparición forzada de una de sus hijas, máxime cuando su embarazo transcurrió sin alteración, ni anomalía alguna, circunstancia que a su juicio habilitó la presentación de la demanda de Reparación Directa, fuera del término general establecido en la ley.

No obstante, revisado el trámite procesal surtido en primera instancia, se avizora que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, mediante providencia calendada el 04 de octubre de 2011, rechazó de plano la presente acción por haberse configurado la caducidad, argumentando que habían transcurrido más de 2 años entre la fecha de ocurrencia del hecho dañoso y la de presentación de la demanda.

(...)

La Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Marco Antonio Velilla Moreno, mediante decisión calendada el 10 de mayo de 2012, revocó los autos proferidos el 4 de octubre de 2011 y el 23 de enero de 2012, por el Juzgado Tercero Administrativo el Circuito Judicial de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, respectivamente, mediante los cuales se rechazó la acción impetrada, por operar el fenómeno jurídico de la caducidad y ordenó darle trámite a la demanda impetrada.

²⁴ Folios 499 y 501 cuaderno principal.

²⁵ Folio 505 cuaderno principal 2.

²⁶ Folios 513 y 514 cuaderno principal 2.

²⁷ Folio 354 cuaderno principal 2.

Para llegar a esa decisión, nuestro órgano de cierre consideró que teniendo en cuenta que la parte actora fundamentó la demanda de reparación directa en hechos que a su juicio, configuraban el delito de desaparición forzada sobre una de sus hijas, por parte de los funcionarios del HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. de El Espinal, y de conformidad con el término especial previsto en el inciso 2 del numeral 8 de artículo 136 del C.C.A, la acción impetrada por la parte demandante, no se encontraba caducada. **No obstante advirtió que aquella determinación evidentemente permitía al juzgador de instancia, tramitar el proceso de reparación directa hasta proferir una decisión de fondo, la cual no estaba atada a efectuar un juicio de responsabilidad estatal en el marco de un delito como lo es la desaparición forzada, si las pruebas obrantes en el proceso no acreditaban la comisión del mismo, por parte de la demandada».**

En el anterior contexto fáctico, el Tribunal precisó:

«Establecida la situación fáctica y jurídica antes referida, corresponde a la Sala, analizar si el proceder del personal médico respecto del óbito fetal el día del parto por cesárea practicado a la señora **ANA YUNEY AYALA**, configura la comisión del delito de desaparición forzada del mortinato, al no entregar su cuerpo a los padres demandantes ni informar de su paradero, según se indica en la demanda, para lo cual es preciso puntualizar sobre los presupuestos mínimos y necesarios para que se encuentre tipificada la conducta punible mencionada.

Sobre el particular, el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el Código Penal, prevé:

"ARTÍCULO 165. DESAPARICIÓN FORZADA. El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y a la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión (...)".

(...)

En tal sentido, el Centro Nacional de Memoria Histórica en su informe denominado *Hasta encontrarlos*, revela el drama de la desaparición forzada, aduciendo que la desaparición forzada dentro del ámbito internacional se configura por la privación de la libertad de una o más personas, mediante cualquier método y definen como responsable de la desaparición forzada a agentes del Estado o particulares que ejecutan esta forma de violencia bajo su aquiescencia, complicidad o autorización, destacando la negación o falta de información respecto a la privación de la libertad de la víctima o su paradero, en consecuencia, el perpetrador sustrae a la víctima de la protección legal.

En ese orden de ideas, **para la Sala no resultan atendibles los argumentos expuestos por la parte actora, tendientes a afirmar que el cuerpo sustraído luego de practicada la cesárea a la señora (...) fue víctima del delito de desaparición forzada por parte del personal médico del HOSPITAL (...), como quiera que lo que se**

evidencia del estudio de la historia clínica de la paciente, es que al identificar en él la presencia de líquido amniótico meconio grado tres, el 22 de agosto de 2008, se le practicó una cesárea a la embarazada, registrándose al final, como hallazgos, un feto femenino vivo y un feto femenino muerto, este último, esfacelado, con cordón umbilical trombosado y necrótico (varios días de fallecido), es decir, un óbito fetal.

Así mismo, se advierte que el día 23 de agosto de 2008, la señora ANA YUNEY AYALA, se negó a firmar el consentimiento informado del envío del mortinato a patología y la no devolución del cuerpo a sus padres, manifestando que consultaría al padre para su aprobación. Según nota de enfermería posterior, se observa que la paciente se retiró de la institución prestadora de salud, sin firmar el documento referido.

Ahora bien, en relación con el tratamiento del mortinato, se denota que el 06 de octubre de 2008, en una nota administrativa se realiza la descripción macroscópica del estudio efectuado al mortinato y a la placenta, en la que el médico patólogo, registró:

(...)

Detallado lo anterior, **es claro que el óbito fetal del cual la parte actora predica una desaparición forzada, fue sometido a estudios y análisis patológicos tal y como se procede con la placenta, dadas las circunstancias en las que murió el feto ampliamente expuestas en precedencia, razón por la cual no se encontró su cuerpo en la morgue, ni se entregó el cuerpo a sus padres, destacando además, que tal proceder fue informado a la madre, la cual se rehusó a consentir el mismo.**

En tal sentido, debe indicarse que el primer referente legal, en relación con el traslado de cadáveres, es la Ley 9 de 1979, por la cual se dictaron medidas sanitarias, estableciendo en su Título IX regulación general acerca de defunciones, traslado de cadáveres, inhumación y exhumación (...) determinan:

"(...)

Artículo 533. Es obligatoria la cremación de especímenes quirúrgicos previamente estudiados anatómo-patológicamente o de partes del cuerpo humano provenientes de autopsias.

Parágrafo. Si los subproductos del parto no van a ser utilizados para fines científicos, deberían ser cremados".

Según las disposiciones normativas antes referidas, es importante reiterar que siendo el mortinato, un producto del parto asemejable a la placenta, y atendiendo a la edad gestacional de la madre, no es posible entregar el óbito fetal a sus progenitores pues, por el contrario el procedimiento indica que debe ser sometido a estudios patológicos y tratado finalmente como un residuo biológico, circunstancias que desvirtúan las aseveraciones realizadas por la parte actora, según las cuales en el presente asunto, se configuró un caso de desaparición forzada por parte del personal médico del HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL, máxime, cuando a la madre se le informó de dicho proceder y conociendo

el procedimiento a seguir, se negó a firmar el consentimiento informado» (negrillas de la Sala).

De esa manera, concluyó:

«Así las cosas, no es dable afirmar que en el presente asunto, se configuren los presupuestos para la comisión del delito de desaparición forzada, por el contrario, es evidente que el juicio de responsabilidad y reparación del sub judice, debía efectuarse en los parámetros de una falla en el servicio médico asistencial prestado a la demandante, así se le haya permitido a aquella, en garantía de su derecho al acceso a la administración de justicia, adelantar que tal determinación en su momento, se sustentó en un análisis centrado exclusivamente en la contabilización del término de caducidad de la acción y la consecuente admisión de la demanda, lo cual no ataba al operador judicial de primera instancia, para direccionar el proceso de acuerdo con los supuestos de hecho que se presenten en la resolución de la Litis. De modo que, al tratarse de un asunto que correspondía ser ventilado en el marco de una falla en el servicio médico asistencial, no es posible efectuar juicio de responsabilidad alguno respecto de las pretensiones de la demanda.

En tal sentido, teniendo en cuenta que a) el hecho dañoso tuvo ocurrencia el 22 de agosto de 2008; b) que la solicitud de conciliación fue presentada el 19 de agosto de 2010 y c) que su trámite se agotó el 4 de noviembre de 2010, fecha a partir de la cual la parte actora contaba con 3 días para presentar la demanda y d) que pese a lo anterior, la demanda solo se interpuso hasta el 08 de septiembre de 2011, según acta de reparto vista a folio 1 del expediente, se concluye que la presente acción de reparación directa se encuentra caducada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A.».

De lo anterior se desprende que el Tribunal declaró probada la excepción de caducidad, al considerar que las irregularidades expuestas por la demandante debían haber sido ventiladas en el marco de un proceso de responsabilidad por falla en el servicio médico asistencial, pero presentado dentro del término de 2 años contados a partir de la ocurrencia de los hechos.

Dicha conclusión, en criterio de esta corporación, resulta violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia de la demandante, por cuanto, *so pretexto* de una formalidad como lo es la caducidad, se sustrae de analizar, de manera reflexiva, las circunstancias especiales en las que se produjo la muerte de la bebé.

Lo anterior, habida cuenta que dio por demostrada la muerte de la menor a partir de las anotaciones que reposan en la historia clínica y el informe de patología que se aportó, pero no le otorgó valor probatorio alguno al hecho de que los padres de la bebé se negaron a suscribir el

consentimiento informado que el hospital les exigió para remitir el cuerpo a patología, aun cuando se trata de un hecho relevante que permite advertir la existencia de ciertas irregularidades en el manejo que el hospital le dio al parto de la señora Ana Yunez Ayala y a la disposición de los restos de la niña y en el cual, precisamente, la demandante sustenta la teoría según la cual su hija fue desaparecida.

Así pues, aunque el Tribunal mencionó, de paso que «... el día 23 de agosto de 2008, la señora ANA YUNEZ AYALA, se negó a firmar el consentimiento informado del envío del mortinato a patología y la no devolución del cuerpo a sus padres, manifestando que consultaría al padre para su aprobación. Según nota de enfermería posterior, se observa que la paciente se retiró de la institución prestadora de salud, sin firmar el documento referido», no le otorgó mérito o valor probatorio en relación con los hechos descritos por la demandante, siendo este, se insiste, un elemento de altísima relevancia en torno a la teoría del caso expuesta por los entonces demandantes, si se tiene en cuenta que, analizadas estas circunstancias, en su conjunto, lo único que pueden derivarse son serias dudas respecto de: ¿cuándo, realmente, ocurrió la muerte de la bebé?; ¿por qué el hospital, pese a no contar con el consentimiento informado de los padres de la bebé, procedió a remitir el cuerpo a patología y a cremarlo o disponer del mismo?; y ¿a qué obedecieron las contradicciones del personal médico, particularmente cuando en la morgue les informaron que no había sido depositado allí el cuerpo de una recién nacida, de acuerdo con lo narrado por la accionante? las cuales, considera esta Sala, deben ser esclarecidas por el juez natural de la causa.

Además, no puede perderse de vista el hecho de que la señora Ayala no pudo, en momento alguno, tener, por lo menos, contacto visual con el cuerpo sin vida de su hija, lo que indica que a esta se le privó de la posibilidad de encontrar certeza sobre el hecho de la muerte de su bebé.

Por tanto, no es dable exigirle a la señora Ayala acudir «oportunamente» al sistema de justicia cuando los mismos funcionarios del Hospital propiciaron una situación de incertidumbre respecto de la suerte de una de las gemelas, puesto que aunque existen registros documentales que dan cuenta de la muerte intrauterina, la única certeza que tiene la señora ANA YUNEZ AYALA es que cuando empezó a presentar

contracciones el 18 de agosto de 2008 se reportó que sus bebés se encontraban con vida, y que una vez se le realizó la cesárea – el 22 de agosto siguiente – se le informó del fallecimiento de una de ellas, supuestamente desde hacía varios días, sin que se le permitiera, siquiera, visualizar por un momento el cuerpo sin vida de su hija.

Así pues, al margen de que se pretendiera validar la conducta del hospital al amparo de las normas que indican el deber de cremación de los «especímenes quirúrgicos previamente estudiados anatómopatológicamente o de partes del cuerpo humano provenientes de autopsias», la cual deberá ser valorada y analizada por el juez natural de la causa, lo que no resulta admisible, desde el punto de vista constitucional, es que pretenda imponerse a la señora AYALA una carga adicional de acudir a la administración de justicia dentro de los 2 años siguientes al parto, cuando fue el mismo hospital el que nunca le permitió tener certeza o convicción de todo lo ocurrido.

Además, si bien el Tribunal expuso que en el ámbito internacional el drama de la desaparición forzada puede ocurrir con la aquiescencia, complicidad o autorización del Estado y en contextos de violencia, no puede perderse de vista que, en nuestro ordenamiento interno, la consagración de este tipo penal es mucho más amplia, si se tiene en cuenta que artículo 165 del **Código Penal** dispone que *«El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y a la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley...»*. Esto permite entender que la configuración de ese delito puede darse al margen de la posible intervención del Estado (aunque en este caso esto no se cuestiona al tratarse de un hospital público) y que pueda ocurrir en diferentes escenarios que no necesariamente corresponden a un marco de violencia política, como tradicionalmente se ha entendido a la desaparición forzada, pero que, en todo caso, han originado un importante desarrollo normativo y jurisprudencial en torno al principio de solidaridad del Estado frente a las víctimas de estos hechos, en tanto la gravedad y el impacto que han tenido en nuestra sociedad²⁸.

²⁸ Sobre ese aspecto, se han expedido, entre otras, las leyes 986 de 2005 y 1436 de 2011.

En efecto, sobre la caducidad, la sentencia de primera instancia precisó que «... el 23 de agosto de 2008 el Hospital le solicitó a la madre, Sra. Ana Yunez Ayala, que otorgara consentimiento informado para realizarle patología al mortinato, a lo cual ella se negó; sin embargo, se le indicó que no se le devolvería el cuerpo. Por lo tanto, la madre nunca pudo tener certeza si su hija estaba viva o muerta y en consecuencia al no aparecer la misma ni tampoco estar probado dentro del expediente el resultado de la investigación penal, el término de caducidad no operó, de acuerdo con lo sostenido en la sección denominada: "*la caducidad en los casos de desaparición forzada*" y en consecuencia se declarará no probada esta excepción»

En este contexto, resulta claro que en el proceso de reparación directa se evidenciaron serias dudas en torno a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvo lugar la muerte de una de las gemelas de la accionante, y por tanto, considera la Sala que no es dable impedirle el acceso efectivo a la administración de justicia al privarle de obtener una decisión de fondo sobre la controversia planteada, cuando la misma administración propició un escenario de dudas razonables frente a los hechos ocurridos.

En este punto, es oportuno recordar que la Corte Constitucional ha reiterado que el deber de los jueces evitar decisiones inhibitorias o que no contienen pronunciamientos de fondo, constituye una limitante al ejercicio de la autonomía funcional, «pues si se parte de la premisa de que el ejercicio de esta facultad debe interpretarse de forma armónica con los postulados constitucionales y de manera esencial con el respeto de los derechos fundamentales, las sentencias inhibitorias contradicen tales presupuestos en una doble perspectiva: De un lado, impiden la materialización del acceso a la administración de justicia y, del otro, aunque tienen el carácter formal de decisiones judiciales, desdican de la función constitucional del juez, al desligar el ejercicio de la judicatura de la resolución cierta de las controversias sociales»²⁹. Así lo ha señalado:

«32. De las sentencias en cita, se extrae que las decisiones inhibitorias constituyen una denegación de justicia que desconoce la razón de ser de la administración de justicia, dado que en un ejercicio de hermenéutica jurídica, los jueces deben buscar distintas alternativas para evitar emitir una providencia con dicho resolutive. En otras palabras, una inhibición

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-031 de 2018.

debe ser la última opción por la cual debe decantarse la autoridad judicial, pues de lo contrario, su actuación constituye un excesivo apego al procedimiento, perdiendo de vista que la función judicial propugna por: "(i) *impartir justicia*,³⁰ (ii) *buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real*,³¹ y (iii) *evitar pronunciamientos inhibitorios que dificulten la eficacia de las actuaciones de la Administración de Justicia y de los derechos materiales*.³²".»³³

En este contexto, considera la Sala que el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico y en exceso ritual manifiesto, por cuanto, aunque valoró las pruebas documentales aportadas – historia clínica e informe de patología – ignoró las circunstancias en las que se desarrollaron los días anteriores y posteriores al parto gemelar de la señora Ana Yuney Ayala, y que le impidieron tener certeza absoluta del fallecimiento de su hija, por cuanto nunca se le permitió siquiera ver el cuerpo de la menor y, en ese sentido, tampoco es dable pedirle el cumplimiento estricto del término de caducidad de 2 años, pues, se insiste, la jurisprudencia vigente y unificada sobre el tema es clara en señalar que, tratándose de un delito de desaparición forzada, este empezará a correr a partir de la aparición del cadáver o de la ejecutoria de la sentencia penal³⁴.

Así las cosas, la duda y confusión propiciadas por el Hospital San Rafael E.S.E. del Espinal no pueden ser óbice para que la demandante acceda de manera efectiva a la administración de justicia, v. gr., para que obtenga un pronunciamiento de fondo respecto de una controversia que

³⁰ Ver por ejemplo, la sentencia T-264 de 2009. En esa oportunidad, esta Corporación precisó que puede “*producirse un defecto procedimental en una sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas*” se aparta de sus obligaciones de impartir justicia sin tener en cuenta que los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos. La Corte consideró que la autoridad judicial accionada había incurrido en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, actuando en, “*contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica de una prueba imprescindible para fallar, a pesar de la presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material. Por esta vía, la autoridad accionada cerró definitivamente las puertas de la jurisdicción a la peticionaria, olvidó su papel de garante de los derechos sustanciales, su obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, y su compromiso con la búsqueda de la verdad en el proceso como presupuesto para la adopción de decisiones justas*”.

³¹ Ver por ejemplo, la sentencia T-268 de 2010, en la que la Corte al referirse al defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, concluyó que el mismo se presenta, “*cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de prevalencia del derecho sustancial*”. Lo anterior, fue reiterado por las Sentencias T-386 y T-637 de 2010.

³² La Corte ha señalado que el derecho al acceso de la administración de justicia, supone la garantía de obtener respuestas definitivas a las controversias planteadas, así que los jueces se encuentran obligados adoptar todas las medidas pertinentes para evitar los pronunciamientos inhibitorios, bien sea de forma manifiesta, o de forma implícita, cuando una decisión es solo en apariencia de mérito. Ver por ejemplo, las sentencias T-134 de 2004 y T-1017 de 1999.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-031 de 2018.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2020. Radicación número: 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61.033), actor: JUAN JOSÉ COBA OROS Y OTROS, demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS.

planteó hace más de 10 años, al margen de la decisión que en derecho deba adoptarse y del título de imputación que, en virtud del principio de *iura novit curia*, deba aplicarse.

Por lo expuesto, se concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la demandante y, como consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 16 de octubre de 2020 para que el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, emita una sentencia de fondo sobre la controversia planteada por la señora Ana YuneY Ayala.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda – Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la señora ANA YUNEY AYALA. En consecuencia,

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 16 de octubre de 2020. **ORDENAR** al Tribunal Administrativo del Tolima que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, dictar una decisión de reemplazo, de acuerdo con los lineamientos descritos en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: REGISTRAR la presente providencia en la plataforma “SAMAI”.

CUARTO: De no ser impugnada esta sentencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Con salvamento de voto

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTOS FÁCTICO Y PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO / ACCIÓN DE REPACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO / PRUEBA DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - A partir del hecho dañoso / DAÑO ANTIJURÍDICO / HECHO DAÑOSO / FALLA MÉDICA / MUERTE DE PACIENTE / CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

[E] Tribunal Administrativo del Tolima, en el proveído discutido, contrario a lo señalado en el fallo objeto de este salvamento, estudió la negativa de los progenitores de remitir el cuerpo; sin embargo, determinó que ese hecho obedeció al tratamiento que por ley debe realizarse en esos eventos al óbito fetal. Así, explicó que no era posible entregarlo a los padres, puesto que el procedimiento exige que sea sometido a estudios patológicos y, posteriormente, cremado. En ese sentido, coligió que esa situación no demostraba la desaparición forzada alegada y, en esa medida, no era posible aplicar el término de caducidad previsto para esos casos, por lo que la demanda debió instaurarse bajo el título de imputación de falla en el servicio médico asistencial y, por lo tanto, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho dañoso, lo cual no aconteció. En ese orden de ideas, advierto que el Tribunal referido no incurrió en los defectos invocados, sino que, por el contrario, valoró minuciosamente todo el acervo probatorio y, con base en él, evidenció que no se demostró la existencia de una desaparición forzada como lo plantearon los demandantes, a pesar de que la carga de acreditar que ello sucedió recaía en el extremo activo del medio de control. Aunado a ello, debe recordarse que cuando la discusión versa sobre la valoración probatoria, la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido, puesto que el respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural impiden que aquel realice un examen exhaustivo del material probatorio, máxime cuando el estudio realizado se encuentra razonablemente justificado. En

ese sentido, el juez constitucional únicamente puede intervenir cuando el yerro sea ostensible, flagrante y manifiesto, lo cual no ocurrió en el *sub lite*.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Salvamento de voto

Consejero: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Acción de tutela

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01835-00 (AC)

Demandante: ANA YUNEY AYALA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y OTRO

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la accionante y que, en consecuencia, dejó sin efectos la sentencia del 16 de octubre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, y que fuera aprobada en decisión del 13 de mayo del presente año, con ponencia del magistrado Gabriel Valbuena Hernández. Las razones son las siguientes:

En el fallo de tutela de la referencia se analizó la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal precitado, en un proceso de reparación directa, mediante la cual se revocó la decisión del Juzgado Once Administrativo de Ibagué, que declaró la responsabilidad patrimonial de la E.S.E. Hospital San Rafael, por la desaparición forzada de una bebé, y, en su lugar, halló probada la excepción de caducidad del medio de control. En dicha decisión, de la cual me separo, se indicó que en la providencia censurada se incurrió en defecto fáctico y en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto porque la autoridad judicial se sustrajo de analizar las especiales circunstancias en que ocurrieron los hechos, concretamente, se consideró, que aquella no le otorgó mérito probatorio al hecho de que los padres se negaron a suscribir el consentimiento informado exigido por el hospital para remitir el cuerpo a patología y la madre nunca pudo verlo y tener certeza de lo ocurrido.

Al respecto, observo que el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proveído discutido, contrario a lo señalado en el fallo objeto de este salvamento, estudió la negativa de los progenitores de remitir el cuerpo; sin embargo, determinó que ese hecho obedeció al tratamiento que por ley debe realizarse en esos eventos al óbito fetal. Así, explicó que no era posible entregarlo a los padres, puesto que el procedimiento exige que sea sometido a estudios patológicos y, posteriormente, cremado. En ese sentido, coligió que esa situación no demostraba la desaparición

forzada alegada y, en esa medida, no era posible aplicar el término de caducidad previsto para esos casos, por lo que la demanda debió instaurarse bajo el título de imputación de falla en el servicio médico asistencial y, por lo tanto, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho dañoso, lo cual no aconteció.

En ese orden de ideas, advierto que el Tribunal referido no incurrió en los defectos invocados, sino que, por el contrario, valoró minuciosamente todo el acervo probatorio y, con base en él, evidenció que no se demostró la existencia de una desaparición forzada como lo plantearon los demandantes, a pesar de que la carga de acreditar que ello sucedió recaía en el extremo activo del medio de control.

Aunado a ello, debe recordarse que cuando la discusión versa sobre la valoración probatoria, la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido, puesto que el respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural impiden que aquel realice un examen exhaustivo del material probatorio, máxime cuando el estudio realizado se encuentra razonablemente justificado. En ese sentido, el juez constitucional únicamente puede intervenir cuando el yerro sea ostensible, flagrante y manifiesto, lo cual no ocurrió en el *sub lite*.

Así las cosas, concluyo que en la sentencia controvertida mediante esta acción de tutela no se configuraron los defectos fáctico ni procedimental y, por ende, no era viable acceder al amparo solicitado. Por consiguiente, el fallo objeto de salvamento de voto debió negar las pretensiones.

Con estos argumentos sustento mi salvamento de voto,

Fecha *ut supra*

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firma electrónica

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

