

Honorables Magistrados
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera-Subsección B
CONSEJO DE ESTADO
Atención: M.P. Martín Bermúdez Muñoz
BOGOTÁ D.C.

Ref.: Acción de tutela de JENNIFER CAJICA ALVARADO y Otros contra la Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Rad. #11001-03-15-000-2021-01023-00

ASUNTO: Impugnación de fallo de tutela del 19 de abril de 2021

JOSÉ GUILLERMO MEJÍA DÁVILA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado especial de los accionantes JENNIFER CAJICA ALVARADO, DAIRO ESTEBAN SASTOQUE BUSTACARA, NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA, MARIA CRISTINA ALVARADO CHAVES, MIGUEL ARTURO CAJICA CHAVES y EVANGELINA CHAVES DE ALVARADO, mediante el presente escrito y dentro del término legal establecido en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991 teniendo en cuenta que la notificación electrónica del fallo fue recibida el 12 de julio de 2021, respetuosamente manifiesto a usted que formulo IMPUGNACIÓN para que se tramite ante la Sección que le siga en turno, contra el fallo del 19 de abril de 2021 que negó el amparo deprecado por mis poderdantes, de acuerdo con las siguientes:

i. CONSIDERACIONES

1.1. PRELIMINARES: Antes de entrar en materia, debo manifestar mi rechazo enérgico a que se notifique un fallo de tutela casi tres (3) meses después de emitido, incumpliendo lo dispuesto en el Art. 30 del Decreto 2591 de 1991 que dispone que un fallo de esas características se debe notificar “*a más tardar al día siguiente de haber sido proferido.*”. Adicionalmente, tampoco estoy de acuerdo con que el correo electrónico de notificación sea remitido a las 11:43 PM del 12 de julio de 2021 tal como consta en el registro de la actuación en línea de la Rama Judicial y en el texto mismo del mensaje, pues prácticamente se está recortando uno de los días del término disponible para impugnar lo que restringe el ejercicio del derecho de defensa.

Adicionalmente, debe mencionarse que el fallo tuvo un salvamento de voto del magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero y a pesar de haber solicitado que se publicara el texto del mismo o me fuera enviado, a la fecha de presentación de este escrito, no pude conocer su contenido que era trascendente no solo por efectos de publicidad sino para fundamentar la impugnación.

Finalmente, se advierte que se mantienen la totalidad de los argumentos expuestos en el escrito de tutela radicado en ese Despacho, los cuales, en mi personal concepto, nunca fueron desvirtuados por el juez constitucional y,

por el contrario, soportaron con fundamentos sólidos la petición de protección del derecho al debido proceso de los accionantes. No voy a aburrir al JUEZ de la IMPUGNACIÓN con la socorrida y facilista práctica de algunos de mis colegas de copiar y pegar para reiterar los argumentos jurídicos de la acción de tutela y lo que se va a realizar es una crítica frontal y de fondo al fallo de tutela de primera instancia que revele sus falencias y su inequidad.

1.2. Razones de inconformidad con los fundamentos del fallo:

A pesar de que en el estudio de la Sala se pudo pasar el exigente filtro de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela y que, de contera, se pudo abordar de fondo la petición de protección constitucional de mis representados analizando las causales especiales, se considera, con total sindéresis y respeto, que no fue afortunado el análisis del caso, por los siguientes motivos:

1.2.1. Se omitió analizar el silencio del Tribunal Administrativo accionado y del tercero con interés SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., como una conducta procesal en favor de los accionantes:

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo del 19.04.21 objeto de impugnación, observó que “*El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C guardó silencio y no contestó la presente tutela a pesar de que fue debidamente notificado.*”. Igualmente, SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., la entidad pública beneficiada con la sentencia revocatoria del Tribunal Administrativo del 20.08.20 objeto de la acción de tutela, guardó silencio habiendo sido también debidamente notificado, pero ello ni siquiera fue advertido por el juez constitucional.

Sobre el particular, hay jurisprudencia reiterada en el sentido de aplicar *la presunción de veracidad* cuando el accionado y el interesado no se manifiestan frente a la acción. Al respecto, el propio Consejo de Estado también se ha pronunciado, expresando que “*Ante el silencio absoluto de la entidad demandada, le asiste razón a la parte accionante al afirmar que deben tenerse por ciertos los hechos expuestos en la demanda (de tutela)*”¹

Al respecto, se considera que el juez constitucional ha debido ponderar esta conducta procesal en favor de los accionantes.

1.2.2. El juez de tutela exigió un dictamen pericial como prueba única lo cual nunca fue soporte del fallo accionado de la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA del 20.08.20:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª Subsección B, Rad # 25000-23-24-000-2012-00069-01, 26/04/2012, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

En el fallo de tutela objeto de impugnación se afirma que “ *no hubiera podido el tribunal fundamentar su decisión en anotaciones de la historia clínica, los testimonios de los médicos del hospital y la conducta procesal de la entidad demandada, toda vez que, como se expuso anteriormente, se requería de un dictamen pericial que, con base a los conocimientos científicos y la lex artis, acreditara la naturaleza de la infección de la señora Jennifer Cajicá, para que el daño materializado en los procedimientos quirúrgicos que tuvieron que realizarse a la accionante pudiera ser imputable al hospital demandado.* ”².

Al respecto, debe afirmarse categóricamente que sorprende sobremanera la Sala a los accionantes con un argumento, el del requerimiento de dictamen pericial, que nunca fue fundamento del fallo accionado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 20.08.20. En efecto, debe recordarse que los magistrados de esa corporación cuando revocaron el fallo del 16 de julio de 2018 del Juez 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá que accedió a las pretensiones de mis representados, manifestaron en aquella providencia que “ *no hay elementos probatorios idóneos en el expediente que permitan a la Sala concluir que la infección que presentó la paciente en la herida quirúrgica por la cesárea hubiera sido intrahospitalaria. Sobre el particular es importante resaltar que **la parte actora no allegó los exámenes que le hicieron a la demandante en el Hospital El Tunal, a fin de determinar qué tipo de infección fue la que se le desarrolló a la paciente, prueba que resultaba idónea para demostrar la responsabilidad del Hospital Tunjuelito.** No cualquier anotación en la historia clínica puede considerarse idónea para demostrar la responsabilidad del Hospital* ”³

Lo que se manifestó en la acción de tutela contra esta conclusión del Tribunal fue que no se estaba de acuerdo con solo exigir un examen de laboratorio como prueba reina y NO VALORAR las historias clínicas, los testimonios de los médicos y los indicios graves en contra del Hospital Tunjuelito como pruebas idóneas para confirmar el fallo del A quo.

Es decir, en ningún momento en la sentencia del 20.08.20 se refirió la Sala de la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA a la ausencia de un dictamen pericial como base de la revocación del fallo favorable de primera instancia del 16.07.18 del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá. **No puede ahora el JUEZ DE TUTELA negar la acción porque no se allegó una prueba que no extrañó el Tribunal accionado porque en vez de actuar en beneficio del actor constitucional, está agravando, en forma inequitativa, la situación jurídica del accionante con una carga argumentativa nueva que no fue ni siquiera planteada en el fallo atacado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y tampoco por EL A Quo y que, por supuesto, tampoco fue base de la tutela instaurada.**

1.2.3. El magistrado ponente no siguió su propia jurisprudencia en cuanto a la prescindencia del dictamen pericial en fallos condenatorios de responsabilidad médica por considerarse la conducta procesal de la entidad demandada como indicio grave en su contra:

En la acción de tutela se citaron dos (2) sentencias del magistrado ponente Martín Bermúdez Muñoz (obviamente sin conocer que la tutela iba a ser

² Véase numeral 24 del fallo del 19.04.21

³ Fl. 371 y Reverso del 371 del expediente del proceso # 11001-3336-033-2014-00274-00

asignada a este Magistrado en el reparto lo cual me hizo ilusión pero al final fue duramente frustrada) presentadas en el XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado virtualmente entre el 21 y el 25 de septiembre de 2020 y **en las que no se tuvo en cuenta un dictamen pericial para soportar fallos que determinaron la responsabilidad médica de entidades hospitalarias.**

En el primer caso (Exp. 43803) ⁴ se trató de una demanda de reparación directa en la que la institución accionada no le practicó una intervención quirúrgica a un paciente con cáncer terminal con el argumento de que ese procedimiento no le salvaba la vida, y se condenó, sin dictamen, entre otras consideraciones, porque **“la responsabilidad médica es deducida de la conducta procesal de la entidad demandada”**⁵

Es decir, no solo no se exigió dictamen en este caso, sino que se acogió la tesis del indicio de responsabilidad por la conducta procesal de la entidad demandada, uno de los argumentos que se presentaron en la acción de tutela cuyo fallo se impugna y que tampoco fue acogido por la Sala falladora.

En el segundo caso en el que fue ponente el Magistrado Bermúdez (Exp.54886)⁶, el CONSEJO DE ESTADO en su Sección Tercera Subsección B es una demanda de reparación directa en la que los médicos de la entidad demandada no le practicaron una cesárea a una madre con estrechez pélvica y la menor de edad falleció tres meses después y se condenó, sin dictamen, principalmente, porque **“la responsabilidad médica es inferida de indicios y del incumplimiento del deber de la entidad demandada de la historia clínica completa impidiendo de este modo la práctica adecuada del dictamen”**⁷ Es decir, el dictamen no pudo practicarse en este caso y, sin embargo, nuevamente se condena con base en la conducta procesal de la entidad demandada.

Sobre el dictamen dentro del proceso **# 11001-3336-033-2014-00274-00** que tanto extraña el Juez de Tutela, debe precisarse, tal como lo reconoce parcialmente la Sala en el fallo objeto de impugnación, que se pidió como prueba inicialmente al Instituto de Medicina Legal quien manifestó que requería la historia clínica completa y legible y como no fue suministrada en esas condiciones por el Hospital Tunjuelito tal como consta en el expediente, no se pudo realizar ese dictamen. De hecho, la falta de una HC completa y legible fue objeto de crítica muy fuerte por el A Quo y hasta el punto de valorarlo como indicio grave en contra de la entidad hospitalaria en su fallo del 16.07.18. Lo que no relata el juez constitucional es que después de la frustrada pericia de Medicina Legal, se pidió a la juez la designación de un perito médico infectólogo u obstetra de la lista de auxiliares de la justicia y no se pudo conseguir tal como consta en informe secretarial del 19 de julio de 2016 cuando se expresa que *“informo a la señora juez que no se pudo designar perito por cuanto en la lista de auxiliares de la justicia*

⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B, sentencia del 1º de junio de 2020, Exp. 43803, C.P. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

⁵ Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado virtualmente entre el 21 y el 25 de septiembre de 2020, Pág. 1155, Título del caso

⁶ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, Exp. 54886, C.P. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

⁷ Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado virtualmente entre el 21 y el 25 de septiembre de 2020, Pág. 1157, Título del caso

no hay ningún infectólogo ni obstetra”⁸. En auto del 21 de julio de 2016 se me concedió un término de 5 días “para señalar qué institución puede rendir el dictamen decretado en la audiencia inicial.”⁹ Finalmente se seleccionó a la Fundación Santa Fe a quienes contacté y me dieron su aval previo para asumir el reto pero cual no sería mi desagradable sorpresa cuando mediante oficio OJ-0-637-2016 del 12 de diciembre de 2016 notificaron al Juzgado 33 Administrativo que estaban realizando mas de 20 dictámenes y que no tenían recurso humano para atender la solicitud.¹⁰ De tal suerte que, para no paralizar el proceso, no me quedó una alternativa distinta a solicitar el desistimiento de la prueba, pero obrando con responsabilidad profesional porque tenía la convicción de poder demostrar la teoría del caso con el acervo probatorio recogido en el proceso. **En consecuencia, la jurisdicción en todas las instancias incluyendo la constitucional, debe entender (como lo entendió la primera instancia) que no fue posible realizar el dictamen a pesar de los ingentes esfuerzos del suscrito apoderado y, por lo tanto, no es justo castigar con la denegación de justicia a la parte actora que represento habiendo suficiente material probatorio para emitir sentencia como lo hizo el A Quo y existiendo una conducta desleal y obstructiva del Hospital demandado que ni siquiera contestó esta tutela y cuyo apoderado judicial debe estar reventado de la risa contemplando este panorama a la distancia si es que, al menos, se tomaron la molestia de mirar el asunto.**

1.2.4. El fallo impugnado nos conduce a la triste conclusión de considerar al PERITO como un JUEZ en los casos de responsabilidad médica porque es quien toma la decisión y sin que se entren a considerar las características especiales del proceso que hacen necesaria la valoración de otros medios de prueba tales como las anotaciones indicativas de una historia clínica, la conducta procesal de la parte demandada orientada a obstruir y confundir a la jurisdicción y otras pruebas indiciarias:

De la manera como se estructura la argumentación fundante del Juez de Tutela para negar el amparo y, en especial, en cuanto a la exigencia del dictamen como requerimiento *sine qua non* sin entrar a considerar las características especiales del presente asunto, cabe concluir y lo expreso con el máximo respeto pero con desazón que, en la práctica procesal, en casos de responsabilidad médica, el PERITO se convertiría en el JUEZ pues el operador judicial no valoraría entonces ningún otro elemento probatorio para determinar la responsabilidad tales como, en el presente caso, las historias clínicas, los testimonios, los indicios y la literatura científica y, en consecuencia, cualquier esfuerzo que se haga con medios de prueba distintos al dictamen sobrarían por completo, según ese desafortunado enfoque.

En efecto, como se explicó en la acción de tutela y en ordinales precedentes, en el presente caso, se podría concluir que:

⁸ Folio 166 Cd. 1 expediente # 11001-3336-033-2014-00274-00

⁹ Folio 167 Cd. 1 expediente # 11001-3336-033-2014-00274-00

¹⁰ Fls. 164 y 165 del Cd. 2 de Pruebas expediente proceso.

1.2.4.1.: Fue imposible conseguir un dictamen pericial habiéndolo buscado insistentemente como quedó demostrado.

1.2.4.2.: El Hospital Tunjuelito recogió la muestra de la bacteria causante de la infección y ordenó un examen de laboratorio cuando la paciente Jennifer Cajicá Alvarado reingresó infectada a esa entidad a las 12:15 horas del 12.03.12 y que fue el que extrañó el Tribunal Administrativo accionado (NUNCA PUSO DE PRESENTE LA AUSENCIA DE DICTAMEN). En efecto, en el formato de NOTAS DE ENFERMERIA del Hospital Tunjuelito, se informó que **“se toma muestra de secreción para cultivo”**¹¹. El resultado nunca apareció en la historia clínica y es el que hubiera mostrado, muy seguramente, la presencia microbiológica efectiva del SAMR (Stafilococo Aureus Resistente a la Meticilina). Es inexplicable que ese documento no hubiera estado integrado a la HC y no apareció tampoco en la remisión que se hizo de la paciente al Hospital El Tunal. El juez de tutela no tuvo en cuenta que es muy ilustrativa esta conducta procesal del Hospital demandado en cuanto a su responsabilidad legal puesto que ordenó un cultivo de secreción y no mostró el resultado del mismo, de manera transparente, en la Historia Clínica de la paciente solo por eludir su compromiso jurídico dentro del caso.

1.2.4.3. En el ANÁLISIS DEL CASO transcrito en la contestación de la demanda del Hospital Tunjuelito, se mencionó el resultado de un cultivo de secreción que nunca se aportó al proceso ni se encontró en la Historia Clínica que mostraba presuntamente la presencia de una bacteria de la flora vaginal de la paciente¹². Esta conducta procesal del Hospital Tunjuelito también es muy reprochable porque se estructuró una defensa con base en una prueba inexistente mencionada en la transcripción de una Auditoría no aportada en la contestación de la demanda y el médico que presuntamente certificó la existencia de ese germen en el cuerpo de Jennifer Cajicá le informó al Juez de conocimiento en la audiencia del 2/06/16 que no sabía si existió un cultivo¹³ el cual, por supuesto, no encontró en el expediente.

1.2.4.4. Para el JUEZ de TUTELA quien solo le da trascendencia a un dictamen pericial como prueba imprescindible y para el Tribunal Administrativo accionado a quien solo le interesó ver el resultado de un examen de laboratorio, sin analizar ambas las obstrucciones del demandado y las dificultades probatorias del caso, no interesan absolutamente nada no solo los indicios y la conducta procesal de mala fe de la demandada sino los testimonios de los médicos y el hecho de que en las historias clínicas de la paciente tanto en el Hospital Tunjuelito como en el Hospital El Tunal, existieran múltiples evidencias documentales y científicas que sí fueron valoradas por el A quo en el proceso. Obsérvese cómo en la acción de tutela se destacaron varias anotaciones en las historias clínicas que acreditaron la presencia de una bacteria multirresistente como la causante de la infección uterina: En el formato de JUSTIFICACION MEDICA PARA SOLICITUD DE MEDICAMENTOS NO POS del 13/03/2012 del Hospital el Tunal E.S.E.¹⁴, se dejó constancia que, para controlar la infección,

¹¹ Folio 16 Cd. 2 de Pruebas del expediente # 11001-3336-033-2014-00274-0

¹² Fl. 62, Cd. 1

¹³ 1h 35'47" CD Audiencia Oral del 2/06/16 obrante a folio 157

¹⁴ Fl. 124, Cd 2

se recetaba LINEZOLID (medicamento NO POS) y se escribe allí que es un ANTIINFECCIOSO ANTIBACTERIANO “indicado en el tratamiento de infecciones causadas por bacterias susceptibles gram +, anaerobios incluyendo *Stafilococcus*, *streptococcus resistentes*”. En ese mismo documento, se anota como diagnóstico médico para Jennifer Cajicá a su ingreso el 13 de marzo de 2012 **“Paciente con meningitis NOSOCOMIAL, choque séptico, requiere manejo antibiótico para cubrir gérmenes gran-positivos”** y se anota también que Jennifer Cajicá es una **“PACIENTE CON INFECCIÓN NECROTIZANTE DE TEJIDOS BLANDOS, SE SOSPECHA SAMR ¹⁵ COMUNITARIO POR LO AGRESIVO DEL CUADRO Y NECROSIS DE TEJIDO CON ABSCESOS”**. No sobra reiterar que en el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E. no había TIGECICLINA y se le formuló a la paciente LINEZOLID ¹⁶ y tal como fue planteado en la demanda en el hecho No. 9, la literatura médica da cuenta que esta clase de antibióticos tan fuertes (los subrayados) sólo se prescriben en casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias (IIH)¹⁷. En la Historia Clínica del Hospital El Tunal también aparecieron otras menciones significativas sobre la microbiología de la bacteria que generó el contagio tanto en la hoja de INGRESO como en una EPICRISIS del 17 de marzo de 2012 las cuales refieren que se ha hecho **“TAMIZAJE SAMR”**¹⁸ Adicionalmente, en otra parte de la Historia Clínica del Hospital El Tunal consta nuevamente que se realizó en microbiología un **“Tamizaje estafilococo resistente a la metilina”**¹⁹ El propio Hospital Tunjuelito en la contestación de la demanda afirmó que **“el germen que se cultivó en el Hospital El Tunal es diferente al que se aisló en el Hospital Tunjuelito²⁰se trató de un STAFILOCOCO METICILINO RESISTENTE”**²¹

Por lo antes expuesto, no puede compartirse en lo absoluto lo expresado en el fallo impugnado del 19.04.21 cuando se dice que la carga de la prueba del daño causado **“fue incumplida debido a que no se aportaron los elementos de prueba necesarios y suficientes para determinar que el daño era imputable a la entidad dado que, a pesar de ser un asunto que debe resolverse bajo el régimen de responsabilidad objetiva, la obligación de probar que el daño se causó por la parte demandada recae en cabeza de los accionantes, quienes sostuvieron que el tribunal debió tener en cuenta las pruebas indiciarias aportadas por los mismos.”**²²

Al respecto, debe manifestarse, primero, que no solo fueron pruebas indiciarias las que se alegaron y que la mayoría de los elementos probatorios no fueron aportadas por mis representados pues fue el mismo Hospital el que los fue proporcionando a lo largo del proceso.

Recuérdese que en la acción de tutela se alegaron tres defectos fácticos en el fallo accionado del 20.08.20 de la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA:

¹⁵ SAMR: “*Stafilococo Aureus Meticilino Resistente*” bacteria típica de clínicas y hospitales.

¹⁶ Fl. 80 Cd. 2

¹⁷ *Experiencia clínica con tigeciclina en el tratamiento de infecciones nosocomiales*. M.J. GIMENEZ Y OTROS Pág. 48. Revista QUIMIOTER, 2009, España. <https://seq.es/seq/0214-3429/22/1/gimenez.pdf> (esta cita se hace en el Hecho No. 9 de la demanda de reparación directa)

¹⁸ Folios 80 y 82, Cd. 2: SAMR: “*Stafilococo Aureus Meticilino Resistente*” bacteria típica de clínicas y hospitales según se ha considerado incluso por la jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia Sección 3ª, 30-04-14, Exp (28214), C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH del Consejo de Estado.

¹⁹ Fl. 99 Cd. 2

²⁰ Ni estaba en la HC del Hospital Tunjuelito ni al plenario nunca se aportó este cultivo del STREPTOCOCO ANGIEROSUS que era presuntamente de la flora vaginal de la paciente y así lo hizo ver la juez A Quo en la sentencia del 16.07.18 (Folio 271 Cd 1)

²¹ Folio 62 Cd. 1

²² Véase numeral 19 del fallo del 19.04.21

A) Por no tener en cuenta, la sentencia del 20.08.20 objeto de tutela, PRUEBAS DOCUMENTALES surgidas de las anotaciones en las Historias Clínicas tanto la del Hospital Tunjuelito como en la del Hospital El Tunal E.S.E. como fueron antes reseñadas y también expresiones del mismo Hospital demandado en el escrito de contestación de demanda que, sumadas, muestran la presencia de una infección bacteriana nosocomial.

B) Por omitir la valoración de los testimonios de los médicos del Hospital Tunjuelito o valorarlos en forma sesgada y

C) Por no valorar los indicios

Entonces, no puede EL JUEZ DE TUTELA reducir mis alegaciones solo a los indicios que, de todas maneras, tienen de por sí, suficiente carga argumentativa. Pareciera que ya la Historia Clínica no fuera la PRUEBA REINA de la que se hablaba en el pasado, que la literatura científica debiera ser desconocida porque los jueces no tuvieran la capacidad de interpretarla y que los testimonios de unos médicos vinculados al Hospital demandado que reconocieron expresamente la existencia de la infección, fuera algo sin trascendencia alguna.

Entonces, expuesto lo anterior, cuál sería la conclusión mirando críticamente la posición del Consejo de Estado en el fallo impugnado del 19.04.21 que implicaría que el PERITO tenga que ser prácticamente el JUEZ de la causa en los procesos de responsabilidad médica:

Si en casos de responsabilidad médica por infecciones intrahospitalarias no se obtiene el examen del cultivo de la infección por mala fe de la entidad demandada que no muestra el resultado en la Historia Clínica de la paciente después de haber sido ordenado y no se puede practicar un dictamen por no suministrarse, de mala fe también, una Historia Clínica completa y legible, ¿queda el demandante en condiciones de absoluta indefensión? ¿Es justo y jurídico abstenerse de valorar las historias clínicas en sus anotaciones que infieren la presencia de un germen multirresistente? ¿Es justo y jurídico abstenerse de valorar la conducta procesal de mala fe de la entidad demandada en favor de la posición jurídica del demandante como sí lo hizo el A Quo en su fallo del 16.07.18? ¿Es justo y jurídico abstenerse de valorar el hecho de una presenidad de la paciente de la cual se infiere que una posterior infección en la herida quirúrgica es derivada de la cesárea practicada el 2.03.12, recordando que la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado²³ insiste mucho en que si una paciente que entra sana y se infecta, es porque la infección sucedió en el hospital? ¿Es justo y jurídico abstenerse de valorar testimonios de los mismos médicos vinculados al Hospital Tunjuelito como, por ejemplo, el doctor Andrés Cortés, quien

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 7.02.2018, Exp. 29481. C.P. DANILLO ROJAS BETANCOURTH: **“Una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento”**

después de que la juez A QUO en audiencia del 2/06/16 manifestó que “la paciente se fue se supone bien después de una cesárea y vuelve 5 días después con una infección agresiva²⁴ y dice el doctor Cortés: *“exactamente, usualmente las infecciones se ven 4 o 5 días después”*; y después la juez pregunta si esa infección pudo ser durante el procedimiento o pudo ser anterior?, contesta en su declaración **“Nosotros tomamos las infecciones como una complicación inherente al procedimiento porque si la señora no se opera no contrae la infección”**.

Según la conclusión de la Sala en su fallo del 19.04.21 ¿hay que quedarse de brazos cruzados y no demandar porque no se obtuvo un dictamen pericial? El suscrito apoderado no lo piensa así porque, no nos digamos mentiras y se debe ser honesto en este punto: **¿un perito médico infectólogo que solo basaría su concepto en los documentos científicos aportados a la Historia Clínica, hubiera podido certificar la presencia de un germen multirresistente sin examen de laboratorio cuando ni siquiera se incluyó el resultado del cultivo en la misma y la Historia estaba incompleta y parcialmente ilegible? La respuesta es que no lo hubiera podido hacer como no lo podía practicar el Instituto de Medicina Legal por la misma razón y el dictamen muy seguramente hubiera sido irrelevante porque ¿quién es el único apto para valorar un conjunto de pruebas, el único apto para darle peso a las pruebas indiciarias, el único apto para sopesar una conducta procesal como indicativa de una responsabilidad que quiere ser eludida? Un JUEZ DE LA REPÚBLICA y NUNCA, un PERITO.** Y ello es porque los peritos que solo emiten conceptos científicos, no valoran conjuntos de elementos probatorios, no valoran indicios ni conductas procesales porque eso sólo lo hace y lo puede hacer un operador judicial y en este caso la tarea la hizo muy eficientemente la Juez 33 Administrativa Oral del Circuito de Bogotá pero, desafiando toda lógica probatoria, no hizo la misma tarea profunda buceando en los intrínquilis del expediente ni la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA en su sentencia del 20.08.20 y, tristemente, la SUBSECCIÓN “B” de la SECCIÓN TERCERA del CONSEJO DE ESTADO en el fallo de tutela que se impugna del 19.04.21 apoyo esa revocación pero sorprendiendo con la exigencia de un dictamen que no se debatió como prueba imprescindible en las instancias.

1.2.5. **El Juez constitucional no tuvo en cuenta que en el caso de fallos de responsabilidad médica por infecciones intrahospitalarias LA PRUEBA INDICIARIA es fundamental para la prosperidad de la pretensión:**

En efecto, la jurisprudencia vigente al respecto señala que el carácter de multirresistente de la bacteria que causa la infección es un indicio suficiente para determinar que fue contraída en un hospital. *“Para tal efecto resulta relevante atender a la prueba indiciaria que permita establecer si el daño es la materialización del riesgo alea en el contexto de la prestación del servicio médico o si lo que se evidencia es una causa externa generadora del daño. **Si la bacteria original tiene la característica de ser multi-resistente, esta circunstancia puede ser considerada como indicio grave de que fue adquirida en el ambiente hospitalario**”*²⁵

²⁴ 1 h 58’ CD Audiencia Oral del 2/06/16 obrante a folio 157

²⁵ Consejo de Estado, Sentencia Sección 3ª, 30-04-14, Exp (28214), C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

Como consecuencia de todo lo expuesto, se considera, con todo respeto, que sí estaba demostrada la existencia de los defectos fácticos alegados en la acción de tutela contra la sentencia del 20.08.20 emitida por la SUBSECCIÓN “C” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

1.3. CONSIDERACION FINAL:

Causaría grima e indignación que una entidad hospitalaria, que asumió una conducta procesal de mala fe y obstructiva de la justicia, que ocultó el resultado de un examen de laboratorio que probaba fehacientemente su responsabilidad, que como defensa procesal se refirió a un examen de cultivo de una infección vaginal de la paciente que se inventó y cuyo resultado no exhibió, que no entregó copia legible y completa de la Historia Clínica de Jennifer Cajicá Alvarado que habilitara la práctica de un dictamen pericial, que permitió que una infección agresiva casi le causara la muerte a Jennifer a quien se le tuvo que extirpar el útero a los 20 años de edad para salvar su vida y quien no puede volver a tener hijos, ahora vaya a ser premiada con una exoneración de responsabilidad que no merece. ¿Es que no importa que esta mujer humilde que vive en el sur de Bogotá con su única hija y su compañero, sea integral y efectivamente reparada? NO CREO QUE DEBA SER ASÍ Y ES IMPERATIVO QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA SEGUNDA INSTANCIA REVOQUE EL INJUSTO FALLO DEL 19.04.21 Y ORDENE LO PERTINENTE.

Con base en las consideraciones expuestas más las sostenidas en la acción de tutela presentada, formulo las siguientes

ii. PETICIONES

PRINCIPAL: REVOCAR el fallo del 19 de abril de 2021 de la SUBSECCIÓN “B” de la SECCIÓN TERCERA del CONSEJO DE ESTADO que negó la tutela impetrada y, como consecuencia de la decisión, tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes JENNIFER CAJICA ALVARADO identificada con c.c. # 1.013.626.484 de Bogotá, DAIRO ESTEBAN SASTOQUE BUSTACARA identificado con c.c. # 1.024.512.920 de Bogotá, la menor de edad NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA identificada con NUIP 1.028.800.977, MARIA CRISTINA ALVARADO CHAVES identificada con c.c. # 52.520.134 de Bogotá, MIGUEL ARTURO CAJICA CHAVES identificado con c.c. # 80.422.223 de Bogotá y EVANGELINA CHAVES DE ALVARADO identificada con c.c. # 35.404.505 de Zipaquirá y, entonces, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida el 20 de agosto de 2020, notificada electrónicamente el 15 de septiembre y ejecutoriada el 18 de septiembre de 2020, por la Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dentro del proceso con radicación # 11001-3336-033-2014-00274-01 y, por estar conforme con la

Constitución, confirmar la sentencia del Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito del 16.07.18 corregida el 12 de septiembre de 2018 dentro de la radicación # 11001-3336-033-2014-00274-00.

SUBSIDIARIA: En el evento de no acogerse la petición anterior, REVOCAR el fallo del 19 de abril de 2021 de la SUBSECCIÓN “B” de la SECCIÓN TERCERA del CONSEJO DE ESTADO que negó la tutela impetrada y, como consecuencia de la decisión, tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes JENNIFER CAJICA ALVARADO identificada con c.c. # 1.013.626.484 de Bogotá, DAIRO ESTEBAN SASTOQUE BUSTACARA identificado con c.c. # 1.024.512.920 de Bogotá, la menor de edad NICOL SOFIA SASTOQUE CAJICA identificada con NUIP 1.028.800.977, MARIA CRISTINA ALVARADO CHAVES identificada con c.c. # 52.520.134 de Bogotá, MIGUEL ARTURO CAJICA CHAVES identificado con c.c. # 80.422.223 de Bogotá y EVANGELINA CHAVES DE ALVARADO identificada con c.c. # 35.404.505 de Zipaquirá y, entonces, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida el 20 de agosto de 2020, notificada electrónicamente el 15 de septiembre y ejecutoriada el 18 de septiembre de 2020, por la Subsección “C” de la Sección tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dentro del proceso con radicación # 11001-3336-033-2014-00274-01, ordenando que la Subsección “C” de la Sección Tercera del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA dicte un nuevo fallo atendiendo las consideraciones y pautas que adopte la Sala a cargo del Consejo de Estado en la sentencia que conceda la tutela.

iii. TRÁMITE

A la presente IMPUGNACION debe dársele el trámite del Decreto-Ley No. 2591 de 1991 y el Decreto Reglamentario 306 de 1992.

iv. PRUEBAS

Las citadas del expediente # 11001-3336-033-2014-00274 cuyos documentos digitalizados se encuentran integrados a la presente tutela

Atentamente,



JOSÉ GUILLERMO MEJÍA DÁVILA
C.C. No. 16.601 420 de Cali
T.P. # 63.735 del C.S. de la J.

