



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL - Desconocimiento de los derechos convencionales y constitucionales reconocidos a las comunidades indígenas.

DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS - Enfoque diferenciado.

DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS – Integración armónica entre las tradiciones medicinales, su práctica y materialización conforme a su cosmovisión, con la medicina tradicional, fundamentada principalmente en el respeto recíproco y en el derecho a la igualdad, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN - Criterios sospechosos: indígenas.

VALORACIÓN PROBATORIA – Aplicación de las reglas de la sana crítica.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Elementos: se configuran.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Perjuicio autónomo: procede su declaración por la afectación relevante a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados de los demandantes.

(...) en efecto, los elementos axiológicos que constituyen la responsabilidad en materia médica, bien sea contractual o extracontractual, no se hallan acreditados, lo que permite arribar a la conclusión lógica de que dicho agravio no existió y así lo reconocen los demandantes, quienes más allá de alegar una falla en la prestación del servicio, invocan el desconocimiento de los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos a los pueblos indígenas, ello dirigido al dogma del derecho propio; lo que si debe corregirse desde ya es que la pretensión esgrimida relativa al daño ocasionado con la muerte del menor, no encuentra vocación de prosperidad, pues la misma tiene relación con una aparente vulneración a la *lex artis* que nunca fue acreditada, toda vez que el niño recibió toda la atención y cuidado que el Hospital y su personal podían brindar, sujetos a que este tipo de responsabilidades son de medio, más no de resultado. (...)

(...) el tema que nos ocupa se refiere a una forma distinta de responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia, para establecerla y considerar las reclamaciones de indemnización relacionadas con los daños tanto materiales como autónomos sufridos por los afectados, es necesario acreditar ciertos requisitos previos, los cuales se infieren de las interpretaciones jurídicas del artículo 2341 del Código Civil y se complementan con disposiciones específicas que abordan el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas. (...)

(...) el derecho a la salud abarca y se relaciona de manera intrínseca con la identidad cultural, específicamente a través de la aceptación del derecho de los pueblos indígenas a proteger su cosmovisión y ejercer la autodeterminación en el desarrollo de su propio sistema de salud. Además, implica garantizar el acceso a servicios de salud sensibles a las creencias y costumbres indígenas, lo que requiere un enfoque diferencial pues, el principio de interculturalidad es integral a ambos aspectos, que no son mutuamente excluyentes. Tanto los documentos internacionales como la jurisprudencia Constitucional han reconocido y respaldado estas dos dimensiones. (...)

(...) la responsabilidad alegada subyace de los presuntos actos de discriminación que tuvieron que atravesar los demandantes durante el tiempo que su hijo estuvo internado en el Hospital, (...) sus padres, atendiendo a la cosmovisión de su comunidad, intentaron tener acercamiento con el área administrativa del Hospital, con la finalidad de que se pueda llegar a un acuerdo entre los progenitores y la entidad para que al neonato sea valorado por un médico tradicional y se le pudieran practicar rituales de sanación espiritual, toda vez que de acuerdo a la creencia de los últimos en mención, el niño se encontraba invadido en su esfera extracorpórea por un espíritu del monte. (...)

(...) los padres se encontraban en todo el derecho de articular y practicar su medicina tradicional sin que exista obstaculización por parte del Hospital, pues al pertenecer a una comunidad indígena, uno de sus derechos es producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas y organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control, lo anterior en aras de preservar su identidad cultural y sus creencias. (...)

(...) en consideración de los derechos del niño, que priman sobre los derechos de los demás (Art. 44 C.N), también es necesario hacer énfasis en que las prácticas tradicionales que se pretendieron realizar respecto del neonato, no implicaban atentar contra su integridad personal a través del suministro de determinados brebajes o la práctica de procedimientos que afectaran su cuerpo (...) sólo se exigía su presencia, mientras los taitas sabedores, todos ellos mayores de edad, realizaban su práctica curativa conforme a sus conocimientos y cosmovisión. (...)

(...) existió un daño, el cual se encuentra debidamente acreditado en relación con la discriminación que vivieron los padres del niño respecto de las prácticas del ritual solicitado, ello como consecuencia de una conducta de carácter negativo por parte del Hospital demandado. (...) los padres del niño ahora fallecido, quienes actúan en calidad de demandantes, se consideran y así lo acreditan, indígenas, y como tales, se les han reconocido constitucionalmente unos derechos en materia de salud, los cuales conforme al tratamiento brindado por el Hospital Infantil Los Ángeles, impidió el real y material ejercicio de esos derechos (...)

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - La defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - Es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño siempre que cada uno de ellos tenga su causa adecuada en una conducta distinta y no confluya en un único perjuicio.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES – Procedencia de su condena.

(...) se encuentra acreditada una vulneración a esos derechos, esto es, la protección de bienes y derechos convencional y constitucionalmente reconocidos y para efectuar su graduación, se hará necesario tomar como base los pronunciamientos relativos al daño moral (...)

(...) El interés que se pretende va más allá de cualquier interés personal por cuanto es evidente que la afectación a estos derechos tuvo trascendencia en la dignidad de los demandantes, a quienes se les negó el derecho de transmitir en su integridad su cosmovisión y creencias, viéndose transgredidos en su esencia étnica. (...)

(...) del examen del expediente se puede avizorar que, en efecto, transgredir de esa manera la esfera espiritual de los demandantes ocasionó un daño, lo que consecuentemente, debido a su acreditación, otorga un resarcimiento, pues de conformidad con lo expuesto en el *sub judice*, los padres fueron víctimas de un actuar discriminatorio (...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ

Referencia:	Apelación de sentencia en proceso declarativo verbal de responsabilidad médica.
Proceso No.:	2021 – 00148 – 01 (606 – 23)
Demandante:	... y otra.
Demandados:	HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES.

San Juan de Pasto, doce (12) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Procede la Sala a emitir pronunciamiento sobre el recurso de alzada

interpuesto por los demandantes, en contra de la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda, pretensiones y sustento.

- a) El ocho (08) de julio de dos mil catorce (2014), nació el niño..., hijo de ... y ..., quienes pertenecen al pueblo INKAL AWA, del resguardo indígena Tortugaña Telembí, de la comunidad AWA.

- b) Debido a distintas patologías, el niño estuvo internado en la unidad de cuidados intensivos neonatales (UCIN) del HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES desde el diez (10) de julio hasta el primero (1º) de septiembre de dos mil catorce (2014), día en el cual falleció después de ser

diagnosticado con “-*klebsiella pneumoniae* [*k pneumoniae*] como causa de enfermedades clasificadas en otros capítulos -hipertensión pulmonar primaria -otras insuficiencias renales agudas -sepsis del recién nacido debida a otras bacterias -hipotonía congénita -defecto del tabique ventricular -conducto arterioso permeable -síndrome de Down ne”, tal como consta en la historia clínica.

- c) Según exponen los demandantes en el libelo genitor, debido a sus creencias étnicas y culturales, se elevaron solicitudes tanto verbales como escritas para realizar un ritual de sanación al recién nacido, toda vez que el niño tenía un espíritu del monte, situación que debía ser manejada a través de la medicina tradicional y que, una vez efectuadas las ceremonias solicitadas, se podían llevar a cabo los procedimientos médico-occidentales que se encontraran necesarios, trabajando así de maneja conjunta entre las dos medicinas.
- d) Gracias a la articulación realizada tanto por el padre del neonato como por el personal administrativo del Hospital Infantil, el día veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), entre horas de la noche y en el interregno de la madrugada del día siguiente, se llevó a cabo una única ceremonia de sanación.
- e) No obstante, a través de acercamientos verbales entre el padre y la coordinadora de docencia e investigación del Hospital Infantil, se le informó a esta última que eran necesarias dos ceremonias más, cada una de ellas pasando un día, pues de lo contrario, el niño moriría en tres días, situación ante la cual se manifestó que las solicitudes debían realizarse de manera escrita.
- f) Sin que se realicen más ceremonias, salvo la enunciada y, además, una intervención quirúrgica, el niño fallece justo tres días después, en la fecha antes indicada, declarándose como hora de muerte las 15:00 horas.

Por los hechos descritos, la parte demandante pretende:

- Que se declare que el HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES es civil y extracontractualmente responsable de los perjuicios patrimoniales y

extrapatrimoniales causados a los padres del niño ...

- Que, como consecuencia de lo anterior, se condene al HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES a reconocer y pagar a ... en calidad de partes lesionadas, con ocasión de los hechos narrados en el libelo genitor, los perjuicios de índole patrimonial (daño emergente) y extrapatrimonial (daño moral ocasionado por la muerte del niño ... y, **daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**; mismos que se discriminaron en el respectivo acápite de la demanda.

2. Trámite de Primera Instancia

a) La demanda fue admitida el treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo competente el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto.

b) Así, una vez notificado el demandado, a través de su apoderado judicial, contestó en término la demanda, alegando los hechos descritos en el libelo genitor y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, formulando como excepciones las denominadas “*inexistencia de falla en la prestación del servicio médico; inexistencia de conducta dañosa en el actuar del hospital infantil los ángeles; culpa de un tercero y/o culpa de la víctima; caso fortuito; y, la innominada*”.

c) Además de lo anterior, el Hospital Infantil llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A, quien, frente a la demanda, propuso las excepciones tituladas “*inexistencia de responsabilidad civil médica por ausencia de sus elementos estructurales - no hay incumplimiento culposo en el servicio de salud brindado al menor L.S.P.G. por los médicos designados por el hospital infantil los ángeles / no hay error en el tratamiento implementado ni actos lesivos de garantías fundamentales de los señores...; ausencia de medios probatorios que logren acreditar el nexo causal necesario para endilgar responsabilidad a hospital infantil los ángeles / orfandad probatoria por abandono de carga probatoria de los demandantes; tampoco se prueba, ni existe nexo causal entre la no realización de las dos sesiones restantes del rito de sanación de los taitas sabedores del pueblo Inkal Awa y la muerte del menor L.S.P.G.; el régimen de responsabilidad aplicable a este particular es el de la culpa probada - reiteración de la jurisprudencia de la corte*

suprema de justicia y de la corte constitucional; ausencia de prueba de la existencia de los perjuicios alegados por la parte actora – excesividad en las solicitudes indemnizatorias

- ánimo injustificado de lucro; inexistencia de daño a los derechos constitucional y convencionalmente protegidos del señor ... y de la señora ...; y, la genérica o innominada”.

Finalmente, frente al llamamiento, propuso las de “*prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra del hospital infantil los ángeles; modalidad de cobertura Claims Made de las pólizas de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022110016/0 y No. 022291921/0; ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022110016/0; inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Allianz Seguros S.A. por cuanto la parte actora no acreditó de manera fehaciente la responsabilidad que se pretende atribuir al asegurado; límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022291921/0, que enmarca las obligaciones de las partes; deducible pactado en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022291921/0; causales de exclusión de cobertura de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022110016/0 y No. 022291921/0; el contrato es ley para las partes – Pacta Sunt Servanda; la reparación del daño no puede ser fuente de enriquecimiento para la parte demandante; inexistencia de solidaridad entre mi mandante y los demás demandados – inexistencia de solidaridad en el marco del contrato de seguro; y, la genérica o innominada”.*

d) Posteriormente, el veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022) se llevó a cabo la audiencia inicial, agotándose la etapa de conciliación,

saneamiento del proceso, interrogatorio de partes, fijación del litigio y decreto de pruebas.

e) Por otra parte, durante los días dieciséis (16) y veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023), se tramitó la audiencia de instrucción y juzgamiento, agotándose las etapas pertinentes y emitiéndose sentencia desfavorable a las pretensiones propuestas por la parte demandante.

3. La sentencia objeto de apelación

a) El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto profirió la sentencia de primera instancia en la que adoptó las siguientes determinaciones: **i)** *Negar la totalidad de pretensiones de la demanda;* **ii)** *Sin lugar a pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada y la llamada en garantía;* y **iii)** *Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por encontrarse bajo el beneficio de amparo de pobreza.*

b) En consideración de lo anteriormente descrito, la apoderada judicial de la parte actora presentó su recurso de alzada exponiendo los reparos concretos dentro de la oportunidad concedida para ello.

4. Trámite de segunda instancia

a) Admitido el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, y vencidos los términos de traslado, la secretaría de la Sala informa que el recurso se sustentó de manera escrita en primera instancia dentro de la respectiva oportunidad. Al respecto, la parte alzadista, en resumen, expuso sus reparos de la siguiente manera:

- *DEFECTO FÁCTICO POR VALORACION IRRAZONABLE DEL CASO EN CONCRETO.* Manifestó que el asunto fue perfilado por la juez como una responsabilidad por falla médica o falla en el servicio de salud, cuando el reparo se enmarca en el desconocimiento a derechos culturales y étnicos de las comunidades indígenas y su cosmovisión. Indicó que en el interrogatorio al Taita Hermógenes Piaguajé Ocoquajé, la juez

concluye que el valor económico que éste “cobra por su trabajo” se malinterpreta, pues si no se exige un pago no es trabajo y que sí se lo exige, deslegitimaría también el proceder social de los médicos ancestrales. Señaló la parte actora que debió permitirse un espacio libre de cualquier presión, más no en una oficina adicional y condicionada por el personal médico del hospital, el cual no acató en ese momento las exigencias legales y constitucionales sobre el particular. Manifestó que la testigo María Alejandra Granja, aseguró que para tratar el tema se preparó un equipo multidisciplinario, donde intervinieron médicos de alta trayectoria, reconocidos y con múltiples subespecialidades, pero contrario al principio de igualdad, no discriminación y reconocimiento de la cosmovisión, no intervino ninguna persona que represente a la comunidad indígena AWA, o similar para poder dar a entender con claridad su cosmovisión.

- *DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA.* El objeto principal de la litis no atañe en atacar una mala praxis del servicio médico, se centra en el desconocimiento de los derechos convencionales de las comunidades indígenas como consecuencia lógica de las propias preguntas de la A Quo, enmarcadas en destacar la imponente labor de los médicos del demandado y el diagnóstico proporcionado por la medicina occidental.
- *AFECTACION PROCESAL POR EVENTUAL VULNERACION AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL.* Era deber de la juez ahondar sobre el contexto específico del asunto, ya que debía indagarse sobre escenarios similares y propender que el derecho sustancial prevalezca sobre lo formal y no estableciendo un re direccionamiento del proceso hacia una eventual y tradicional falla médica. *El proceder de la Ad Quo (sic) se delimito (sic) a su conocimiento privado y al margen de su jurisdicción.*
- *EL ERROR DE HECHO COMO MODALIDAD DE VIOLACION INDIRECTA A LA LEY SUSTANCIAL.* Se valoró una tradicional falla médica y no el desconocimiento de la etnoculturalidad y cosmovisión de los demandantes, quienes no reprocharon la medicina occidental, si no la posibilidad de tratar a su hijo con su cosmovisión ya que era la

alternativa que ellos veían para proteger la vida del niño y así, obtener respeto y paz en el corazón de los padres y su comunidad.

c) Surtido como se avizora todo el trámite de segunda instancia, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a decidir sobre la apelación interpuesta por la parte demandante contra el fallo proferido al interior del presente asunto, debiéndose precisar el problema jurídico que gira en torno a un cuestionamiento: ¿Existe responsabilidad civil extracontractual por parte del Hospital Infantil Los Ángeles, como consecuencia de un presunto desconocimiento de los derechos convencionales y constitucionales reconocidos a las comunidades indígenas, en este caso, a los padres del niño..., pertenecientes a la población Awa?

En este sentido, y antes de adentrarse en el caso en concreto, sea lo primero recordar que dentro del régimen general de responsabilidad civil pueden examinarse diversos asuntos, entre ellos, los que versan sobre los actos médicos, de los cuales se ha recordado que:

“Las obligaciones de los prestadores de salud consisten en brindar al paciente todas las herramientas de las que dispongan de conformidad con la lex artis de la materia, con el objetivo de curarlo, así en todos los casos no se pueda cumplir. En razón a lo anterior, en principio, la responsabilidad civil de la prestación de tales servicios se exige solidariamente a las entidades prestadoras de salud, a las instituciones prestadoras de dichos servicios y al personal médico y la responsabilidad será de carácter contractual o extracontractual si el daño surgió del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato o por la violación del deber genérico de no dañar, por un hecho u omisión del responsable.”¹ (Subrayado fuera de texto original).

No obstante, para el caso que nos ocupa, de entrada se advierte que, en efecto, los elementos axiológicos que constituyen la responsabilidad en materia médica, bien sea contractual o extracontractual, no se hallan acreditados, lo que permite arribar a la conclusión lógica de que dicho

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 24 de abril de 2018. MP. Dr. Gloria Stella Ortiz Delgado.

agravio no existió **y así lo reconocen los demandantes**, quienes más allá de alegar una falla en la prestación del servicio, invocan el desconocimiento de los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos a los pueblos indígenas, ello dirigido al dogma del derecho propio; lo que si debe corregirse desde ya es que la pretensión esgrimida relativa al daño ocasionado con la muerte del menor, no encuentra vocación de prosperidad, pues la misma tiene relación con una aparente vulneración a la *lex artis* que nunca fue acreditada, toda vez que el niño recibió toda la atención y cuidado que el Hospital Infantil Los Ángeles y su personal podían brindar, sujetos a que este tipo de responsabilidades son de medio, más no de resultado.

Ahora bien, cabe mencionar que el tema que nos ocupa se refiere a una forma distinta de responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia, para establecerla y considerar las reclamaciones de indemnización relacionadas con los daños tanto materiales como autónomos sufridos por los afectados, es necesario acreditar ciertos requisitos previos, los cuales se infieren de las interpretaciones jurídicas del artículo 2341 del Código Civil y se complementan con disposiciones específicas que abordan el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas.

Así las cosas, sobre los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC, 16 sep. 2011, rad. N° 2005-00058-01, en lo pertinente, indicó:

A voces del artículo 2341 del Código Civil, '[el] que ha cometido un delito o culpa, **que ha inferido daño a otro**, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido'. En relación con el mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, es menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la

mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo). (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

En claro lo anterior, para responder el cuestionamiento jurídico, considera la Sala necesario dimensionar la particularidad del asunto, pues a ello se suma el amplio reconocimiento que tanto el estamento nacional como el internacional le han otorgado a las comunidades indígenas, no sin antes señalar que, si bien es cierto, en ellos recae una especial protección debido al contexto en el cual, a lo largo de la historia, se han desenvuelto al tratarse de una minoría, también lo es el hecho de que como cualquier otro particular, no gozan de derechos absolutos.

No obstante, sobre el tema, ha expuesto la Corte Constitucional:

La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: **la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión);** y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes². (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Aunado a lo anterior, esta misma Corporación ha indicado que:

“el enfoque diferencial del derecho a la salud otorga a las comunidades indígenas las siguientes prerrogativas: i) **producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas,** ii) **organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control,** iii) **organizar y prestar los servicios de salud por los miembros de las comunidades indígenas conforme a sus convicciones y creencias** y iv) **intervenir en la**

² Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-235 del 31 de marzo de 2011. Ref.: Expediente T-2.618.764. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

planeación, administración y ejecución de los servicios de salud³. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Ahora, en análisis jurisprudencial⁴, el organismo Constitucional ha sido reiterativo en poner de presente las siguientes consideraciones:

En otras palabras, el derecho a la identidad tiene tanto una dimensión colectiva “que busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura”, como una dimensión individual “en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades nativas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio según su propia cosmovisión”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Continúa la Sala,

Es relevante enfatizar que una expresión del derecho constitucional de las comunidades étnicas a mantener su diversidad étnica y cultural es el **ejercicio libre de las prácticas tradicionales**.

(...)

En consonancia con las anteriores prerrogativas la Ley 1751 de 2015 además de consagrar el elemento de aceptabilidad, estableció tres principios que deben regir el derecho a la salud: (i) la interculturalidad, como “el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global”; (ii) la protección a los pueblos indígenas, que consiste en el reconocimiento y garantía para los pueblos indígenas del “derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI)”; y (iii) la protección de los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras que se definió como la garantía del “derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Finalmente, la Corte explicó:

De otra parte, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos y Culturales ampliamente citada brinda atención particular a los pueblos indígenas al explicar que “los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de

³ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-920 del 07 de diciembre de 2011. Ref.: Expediente T- 2846812. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-357 del 26 de mayo de 2017. Ref.: Expediente T-5.674.866. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas.

Además de ello, también debe tenerse en cuenta el numeral primero del artículo 24 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007 (precediéndole tanto el Convenio 169 como Convenio 107 de la OIT), en el cual se estipula:

1. Los pueblos indígenas **tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud,** incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud. (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En vista de lo anterior, es dable concluir que el derecho a la salud abarca y se relaciona de manera intrínseca con la identidad cultural, específicamente a través de la aceptación del derecho de los pueblos indígenas a **proteger su cosmovisión y ejercer la autodeterminación en el desarrollo de su propio sistema de salud.** Además, implica garantizar el **acceso a servicios de salud sensibles a las creencias y costumbres indígenas, lo que requiere un enfoque diferencial** pues, el principio de interculturalidad es integral a ambos aspectos, que no son mutuamente excluyentes. Tanto los documentos internacionales como la jurisprudencia Constitucional han reconocido y respaldado estas dos dimensiones.

En ese mismo sentido, es claro es que aun cuando el hospital debía optar por la prevalencia de los derechos del neonato, de los anexos y el material que reposa en el expediente resulta evidente que existieron actos que, de acuerdo a la cosmovisión de los padres del niño y lo expuesto con antelación, resultaron discriminatorios y desconocedores de su cultura, aspecto sobre el que se recabará más adelante.

Así, para encontrar fundados los reproches de la parte alzadista, es

necesario remitirse a los elementos materiales probatorios que reposan en el expediente, además de los testimonios e interrogatorios realizados en las respectivas audiencias, esto, de la mano con los reproches expuestos por los alzadistas, de la siguiente manera.

a) Sobre los argumentos denominados “defecto fáctico por valoración irrazonable del caso en concreto” y “defecto fáctico por indebida valoración probatoria”.

Para poder abordar este tema, resulta pertinente indicar que la indebida valoración probatoria puede encontrarse presente cuando existe una evaluación sesgada y/o arbitraria de las pruebas presentadas o, incluso, cuando el material probatorio no es examinado exhaustivamente. Este fenómeno ocurre entonces cuando el juez evalúa erróneamente una situación debido a problemas en la identificación de errores en la comprensión por parte del *A quo* de los hechos o pruebas, los cuales pueden ocurrir distorsionando, omitiendo o agregando situaciones de la expresión fáctica, generando resultados que no se derivan objetivamente de ella; o, al desviarse de los criterios establecidos al asignar un valor persuasivo a una prueba en particular.

Así las cosas, a ello debe aunarse que la Corte Suprema de Justicia, en distintas oportunidades ha recopilado lo siguiente:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado y/o juez puedan analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

En la doctrina, se denomina sana crítica al conjunto de reglas que el juez observa para determinar el valor probatorio de la prueba. Estas reglas no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la misma. Es racional, por cuanto se ajusta a la razón o el discernimiento humano. Es lógico, por enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento. Dicho análisis se efectúa por regla general mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor, la situación en particular, para así obtener una conclusión (...)⁵. (Subrayado fuera de texto original).

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC12011 del 05 de septiembre de 2019. Ref. Exp. T 5400122130002019-00048-02. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Ahora bien, a criterio de los apelantes, el defecto en cuestión surge de un aspecto en particular, siendo ello una valoración irracional e indebida de los elementos materiales probatorios desarrollados en el proceso, razón por la cual se procede a estudiar el acervo probatorio y la forma en como fueron abordados por parte de la juez, de quien reconoce esta Sala, existió una actitud llamativa frente a lo interrogado y respondido por los testigos de la parte demandante.

Por lo anterior, comienza la Sala indicando que la responsabilidad alegada subyace de los presuntos actos de discriminación que tuvieron que atravesar los demandantes durante el tiempo que su hijo estuvo internado en el Hospital Infantil Los Ángeles, lugar en el que se encontraba con la finalidad de ser atendido debido a sus diversas patologías; con ocasión de esto, durante la estadía del niño, sus padres, atendiendo a la cosmovisión de su comunidad, intentaron tener acercamiento con el área administrativa del Hospital, con la finalidad de que se pueda llegar a un acuerdo entre los progenitores y la entidad para que al neonato sea valorado por un médico tradicional y se le pudieran practicar rituales de sanación espiritual, toda vez que de acuerdo a la creencia de los últimos en mención, el niño se encontraba invadido en su esfera extracorpórea por un espíritu del monte.

Una vez manifestado lo anterior, consta de la demanda que los padres fueron remitidos al área de psicología, situación que puede ser corroborada con la historia clínica⁶, lo anterior debido a la no aceptación de las patologías diagnosticadas al neonato. De esto, despréndanse las siguientes circunstancias:

La remisión al área de psicología debía realizarse con la finalidad de buscar una articulación entre el Hospital y los acudientes del niño, quienes insistían en que su hijo sea valorado a la luz de la medicina tradicional⁷, sin embargo, tal referenciación solamente atendió a buscar que el padre desista de sus solicitudes, las cuales hasta ese momento

⁶ Fls. 335 a 336, págs. 336 a 337 – Archivo electrónico “07 Contesta demanda Hospital Infantil .pdf”. Contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

⁷ *Ibidem*, Fl. 336. “EL PADRE MANIFIESTA QUE ES MÉDICO TRADICIONAL Y SOLICITA QUE SU HIJO SEA VALORADO POR SU EQUIPO YA QUE SEGÚN DEL PADRE LOS DIAGNÓSTICOS QUE EL NIÑO PRESENTA PUEDEN SER MANEJADOS CON MEDICINA TRADICIONAL”

únicamente eran verbales. Por supuesto, el padre buscaba el manejo a la luz de sus creencias, situación ante la cual el Hospital presentó fehaciente oposición.

Así las cosas, de la misma nota clínica se puede concluir que el padre SÍ se encontraba presto a colaborar con la práctica de los servicios médicos que requería su hijo, no como mal se ha querido dar a entender en el proceso al insistir que existía una obstaculización total por parte de los progenitores, situación deducida de la misma nota médica:

“DURANTE EL ENCUENTRO EL PADRE SE COMPROMETE APOYA A SU HIJO DURANTE LA ESTANCIA HOSPITALARIA Y CONTINUAR CON LA HOSPITALIZACIÓN SIN EMBARGO SOLICITA QUE EN SU MOMENTO EL NIÑO SEA VALORADO POR UN MÉDICO TRADICIONAL, POR LO TANTO EL CASO SERÁ COMENTADO CON GESTIÓN CLIENTE”

El proceso a seguir por parte del del área de psicología consistía en el respectivo seguimiento del caso, situación que por sí sola no resulta en ningún sentido discriminatoria, pues atiende el seguimiento interdisciplinario que algunos casos de cierta gravedad requieren.

Ahora, se corrobora en el plenario que ante la insistencia del padre en que el niño sea tratado por la medicina tradicional, se señaló por parte del Hospital que sus solicitudes no podían ser escuchadas a no ser que exista un requerimiento formal a través de una solicitud escrita, pedimento que fue allegado el seis (06) de agosto de dos mil catorce (2014). Sin embargo, previo a tal petición, consta en la historia clínica una nota médica pediátrica del veintiséis (26) de julio de ese año en la que se informa “*que respetando sus creencias y cultura se autoriza que médico tradicional se presente en la unidad neonatal*”⁸. De ello, resulta necesario indicar que se sembró incertidumbre respecto de la práctica del ritual, toda vez que parte del personal negaba las peticiones verbales mientras que otros indicaban que el ritual se podía realizar, poniendo a los demandantes en una situación de confusión.

Para poder abordar este aspecto, considera pertinente la Sala recalcar que, conforme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, esgrimidos

⁸ *Ibidem*, Fl. 460, pág. 461.

con anterioridad, los padres se encontraban en todo el derecho de articular y practicar su medicina tradicional sin que exista obstaculización por parte del Hospital, pues al pertenecer a una comunidad indígena, uno de sus derechos es producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas y organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control, lo anterior en aras de preservar su identidad cultural y sus creencias.

Sobre el tema, el galeno George Eladio Osorio Marea⁹, médico occidental que cuenta con una experiencia de veinte (20) años trabajando con el pueblo AWA, quien brindó un interrogatorio claro y preciso en relación a los aspectos culturales y ancestrales de las comunidades indígenas, detalló que la medicina tradicional se relaciona con el ámbito espiritual y, de esta manera, exteriorizando en qué consisten los rituales que conjuntamente se realizan entre los médicos occidentales y tradicionales para trabajar de manera ligada en la recuperación y el tratamiento de los pacientes a la luz de las creencias protestadas por esta etnia y los avances científicos de la medicina. De su interrogatorio, resulta pertinente extraer las siguientes afirmaciones:

JUEZ¹⁰: ¿Usted tuvo conocimiento si el señor ... fue remitido a valoración psicológica?

RESPONDE: Si, él nos comentaba. Y eso, mi doctora, yo he aprendido en el tiempo que yo he estado en la medicina occidental, hemos aprendido y es una de mis funciones, **respetar el conocimiento, el hecho de que uno no crea o no las practique no quiere decir que no exista el respeto (...) una de las discusiones es hacer que en instituciones que se respeten los usos y costumbres (...)** Aclaro que eso no quiere decir que vaya a revertir una patología, pero el respeto debe existir. Hemos tenido reuniones en que cuando un médico tradicional interviene, las partes occidentales, no necesariamente médicos sino otras especialidades, puede ser sociólogos (...), incluso con los mismos psicólogos, administrativos que ocupan otros cargos, existe como la burla o la mofa cuando ellos hablan, cuando ellos dicen (...).

Nótese de lo anterior que, el galeno, quien ha trabajado durante mucho tiempo con esta comunidad, denota que tales burlas, comentarios y actitudes frente a la medicina tradicional indígena, se convierten para ellos en un acto de discriminación traducido al irrespeto de las creencias que a

⁹ Archivo electrónico “43 Audiencia Inst y Juzgamiento Parte 1”, contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

¹⁰ *Ibidem*, min: 25:43.

través de su cosmovisión predicán.

Además de esto, aclaró el galeno que no es la única situación que puso en evidencia ese desconocimiento de la identidad étnica de los padres, sino también el hecho de la invasión de espacio que hubo al momento de la práctica del único ritual permitido, situación que se estudiará con posterioridad.

Al respecto, considera la Sala que este interrogatorio no sólo permite comprender el alcance de la cultura y cosmovisión de los demandantes, abarcando ello la importancia de los usos y costumbres de la comunidad indígena Awa, sino también la forma en que sí resulta posible la integración de las dos medicinas, a lo cual no dio lugar la entidad demandada, aspecto desconocedor y constitutivo del elemento del daño que alegan los demandantes, ítem del cual se insiste, es completamente distinto a una responsabilidad médica.

Sobre el tema, al momento del indagatorio de la *A quo*, se aborda temas que otorgan certeza de lo pretendido con el ritual, toda vez que se ha insistido por parte del demandado que los padres del niño no iban a dejar que el menor fuera atendido por la medicina occidental, veamos:

JUEZ¹¹: ¿Cómo se tratan al interior del resguardo Tortugaña las enfermedades congénitas y las enfermedades genéticas?

RESPONDE: Le aclaro, no solamente en Tortugaña, en todos los resguardos porque Tortugaña pertenece a la organización UNIPA que es una organización que maneja treinta y tres (33) resguardos. A nivel general se trata con armonizaciones con los médicos tradicionales.

Colíjase de lo anterior un aspecto relevante, siendo ello la forma de tratar las distintas patologías al interior de la comunidad, aspecto que, si bien no otorga certeza de una cura para el paciente, le pudo otorgar paz a la familia, tal como se indicó por el galeno en sus respuestas:

RESPONDE¹²: Yo creo que si se hubiese llegado a un dialogo - estamos hablando ya de hechos pasados - no estuviéramos en este estado, con eso no quiero decir que iban a revertir el cuadro, pero por lo menos da la tranquilidad para el padre y una tranquilidad también para el hospital

¹¹ *Ibidem*, min. 24:27.

¹² *Ibidem*, min. 35:16.

infantil.

Ahora bien, es dable afirmar que la tranquilidad referida por el médico a obvias luces no refería la cura para el niño, sino un estado de paz sabiendo que el neonato pudo ser tratado a través de la medicina tradicional y que sus progenitores le hubieran brindado una oportunidad de transmutar la espiritualidad desde su cosmovisión.

De lo anterior, surge una inquietud por parte de la *A quo* que, a consideración de la Sala, se tornó inoportuna y que inclusive no debía ser abordada por parte del galeno respecto de la indemnización monetaria pretendida, no obstante, este respondió a como bien consideró debido a la evidente incomodidad que la pregunta generó y no solo ello, sino que, además, la juez aclaró los motivos de la pregunta, de la siguiente manera:

JUEZ¹³: Dado que ha expresado que tiene mas de veinte años trabajando con la comunidad ¿Usted cree que los derechos de las comunidades étnicas se solucionen entregándoles dinero?

RESPONDE: Vera, entregando dinero no, yo soy honesto entregando dinero no, pero el daño físico, daño psicológico, como le digo **son personas que han sido vulneradas todo el tiempo** eso devenga gastos. Sé que el POS va a cubrir a lo mejor si en su debido tiempo los padres no tuvieron. Sé que era el único hijo. Se que ellos tuvieron un problema de... Para embarazarse hicieron sus tratamientos propios (...) **no lo tomemos como la parte que se va a recompensar una muerte, pero no sé los alcances del líder ..., por ejemplo, qué daños o secuelas quedaron en ellos, o sea, cual es la intención** (...)

JUEZ¹⁴: Le manifiesto algo, el señor ..., el demandante, en su declaración manifestó tener otros hijos. Sé que la señora ... ella no tiene más hijos, pero el señor si tiene otros hijos que son ya adultos digamos (...). Y también a través de la demanda ellos solicitan la reparación mediante el reconocimiento de unas sumas de dinero bastante elevadas. A través de eso pretenden la reparación de los derechos que estiman vulnerados.

De ello, resulta importante resaltar que, en primer lugar, en quien recae el trabajo y la obligación de estimar si existe o no un daño que pueda ser indemnizado de conformidad con lo expuesto y estudiado en el proceso, son los funcionarios judiciales, en este caso, la *A quo*, y, además, la pregunta y la aclaración que esta última realizó a obvias luces tiene sesgos relativos al mismo desconocimiento de los derechos de las comunidades, actitud que deja entrever la exclusión de las prerrogativas alegadas y da a

¹³ *Ibidem*, min: 36:23.

¹⁴ *Ibidem*, min. 38:15.

entender que los derechos de las comunidades no son susceptibles de reconocimiento.

Por supuesto, la solución no siempre puede ser la indemnización monetaria, no obstante, se recuerda que para el asunto en cuestión se está alegando un daño, el cual, sí puede repararse a través de la indemnización que es consecuencia práctica del principio de reparación integral; sin embargo, al encontrarse acreditado, trabajo que debía ser realizado por la funcionaria judicial, quien únicamente se dedicó al estudio de la responsabilidad en materia médica y no al daño autónomo solicitado en debida forma en las pretensiones de la demanda, es susceptible de reconocimiento y con posterioridad, de acuerdo al *arbitrio iuris*, puede ser tazado para que su valor no sea desbordado.

Lo anterior, a la luz del derecho civil, es consonante con el principio de reparación integral, exigencia legal recogida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece, en otras palabras, que las personas que hayan sufrido daños en su persona o bienes deberán ser restituidas total o parcialmente a su estado anterior. En consecuencia, una vez establecida la responsabilidad civil, corresponde al juez determinar el monto exacto de la indemnización. Esto implica considerar las circunstancias específicas que rodearon el daño, su gravedad, si afectó a personas o bienes y los medios de reparación más adecuados.

Expuesto lo precedente y, continuando con el caso en concreto, como bien lo aclaró el galeno, **debe ponerse en este punto algo muy en claro**, la ceremonia **no** implicaba incluir al infante en la toma del “yajé”, sino permitir que tanto el niño como las personas requeridas puedan estar integradas en la ceremonia de armonización, aspecto que, si bien en primera medida fue otorgado por el Hospital Infantil, respecto de las dos ceremonias restantes no se tuvo aprobación.

Se destaca que en consideración de los derechos del niño, que priman sobre los derechos de los demás (Art. 44 C.N), también es necesario hacer énfasis en que las prácticas tradicionales que se pretendieron realizar respecto del neonato..., no implicaban atentar contra su integridad personal a través del suministro de determinados brebajes o la práctica de procedimientos que afectaran su cuerpo, como cortes, incisiones u otros

invasivos de similar talante, sólo se exigía su presencia, mientras los taitas sabedores, todos ellos mayores de edad, realizaban su práctica curativa conforme a sus conocimientos y cosmovisión.

Sobre este último punto, es decir, los rituales que se encontraban pendientes como lo exponen los demandantes, se tiene conocimiento que el Hospital requería de derechos de petición para que las restantes en cuestión fueran sometidas nuevamente a un comité en el cual se discutiría si estos podían o no ser avalados. Al respecto, considera la Sala importante señalar los siguientes aspectos:

Reposa en el expediente de primera instancia una solicitud¹⁵ elevada por el padre del neonato en la cual se hacía el pedimento formal del ritual de sanación, expresando que el mismo se realizaría por vía telefónica y bajo ciertas condiciones y horarios, aclarando que si bien la medicina ancestral ha evitado la necesidad de cirugías, lo que se pretende en este caso es que el niño reciba la medicina sin perjuicio de que posteriormente pueda ser intervenido quirúrgicamente; no obstante, de entrada en la respuesta emitida por parte del hospital infantil¹⁶ se puede percibir una incorrecta interpretación y una inadecuada lectura a dicho pedimento, pues afirmaron que a través de la solicitud de la práctica lo que se pretendía era *“evitar que le sean practicados a su hijo los procedimientos quirúrgicos que de acuerdo con la ciencia médica del momento requiere y se le pueden brindar en este hospital”*¹⁷, lo cual no es cierto, jamás expuso el progenitor del ahora fallecido el impedimento o al menos el entorpecimiento de la práctica galénica occidental.

Del proceso se conoce que, con posterioridad al primer y único ritual, se realizaron solicitudes verbales que trataban el mismo asunto, es decir, los dos rituales que hacían falta, los cuales debían llevarse a cabo pasando un

¹⁵ Fl 52, pág. 55. Archivo electrónico “02 Demanda y Anexos.pdf”, contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

¹⁶ *Ibidem*, Fls. 53 a 56, págs. 56 a 59.

¹⁷ *Ibidem*, Fl. 55, pág. 68. Par. 7.

día. Frente a la negativa de esta nueva solicitud verbal, se pregunta la Sala: teniendo en cuenta que el Hospital conocía la dinámica de los rituales y que fueron ellos quienes en principio accedieron a que el mismo se realice de manera presencial, disponiendo para ello UNA OFICINA CERCA A LA UCI neonatal, no en la misma UCIN, como mal se ha interpretado ¿por qué no se realizaron acuerdos verbales sin necesidad de tener que acudir a un trámite que iba a tomar mucho más tiempo del que el niño tenía a la luz de la medicina tradicional? La conclusión anterior se deduce de la fecha de la solicitud escrita y su respuesta, pues el pedimento fue allegado el seis (06) de agosto de dos mil catorce (2014) y se atendió solo hasta el veinte (20) de la misma data, transcurriendo catorce (14) días para su estudio y respuesta, atendiendo formalmente los términos que este tipo de respuestas normativamente y administrativamente disponen, pero que de manera alguna no atendían la urgencia y necesidades médicas del paciente, máxime tratándose de un menor de edad, constituyéndose lo anterior en una forma de evitar materialmente la práctica del ritual solicitado, lo que en otras palabras significa la materialización de los derechos legal y jurisprudencialmente reconocidos en materia de salud a favor de los demandantes.

Ahora bien, existe cierta incongruencia respecto de lo manifestado por parte del Hospital Infantil en lo que atañe al estudio realizado para avaluar el ritual solicitado, pues se tiene conocimiento que en el comité multidisciplinario que evaluó el caso solamente se encontraba conformado por el personal de la entidad demandada y en él no se optó por incluir un médico tradicional que pudiera explicar la consistencia de los rituales que se pretendían realizar y su importancia.

Es evidente que, en la cotidianeidad, no es común conocer de manera estricta lo que implica la cosmovisión de una comunidad indígena, por ello, es cierto que surgía la necesidad de incluir en el comité multidisciplinario a un conocedor de la medicina tradicional, aun cuando los padres no lo hubieran solicitado.

Además, resulta claro que de haber existido la intención al menos de colaborar con los rituales en diferentes condiciones, considerando que en

un principio la solicitud de la ceremonia se realizó para practicarse vía telefónica, no se hubiera hecho necesario la exigencia de otra solicitud escrita para los rituales restantes.

Por supuesto, coincide esta Sala con el criterio de que el ritual no debía llevarse a cabo dentro de la UCIN, sino que correspondía disponerse un lugar idóneo para ello, situación que se confirmó con el doctor George Marea:

JUEZ¹⁸: ¿Es posible hacer la articulación que usted menciona en una UCI neonatal donde hay otros niños y con las condiciones que se exigen ahí?

RESPONDE: Dentro de la UCI no, porque hemos tenido casos, dentro de la UCI no. **Pero llegando a un acuerdo con los médicos tradicionales no llegando como le digo a un espacio de negarse o no respeto o de considerar que cuando un médico habla, porque los médicos tradicionales son (...) ello son unas personas que si un occidental le habla duro, ellos se callan, si un occidental lo trata mal, ellos se callan, son sumisos, la comunidad Awa es muy sumisa, entonces ellos ante un grito, ante una negación, se agachan y se callan, pero eso no quiere decir que otorgan, simplemente ellos lo ven como una falta de respeto, y eso nos pasa incluso en la institución, en todas las instituciones (...).**

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que en constantes ocasiones se quiere poner en evidencia que las condiciones de asepsia no permitían que el ritual se practique en la UCIN, lo cierto es que la misma entidad demandada sí permitió la práctica del primero de los tres rituales que eran requeridos por los demandantes, situación que da a entender que la práctica en las instalaciones del mismo centro médico sí era posible, de ahí que de existir disposición por parte de las directivas del Hospital, era factible articular la práctica del mismo en aras de respetar los derechos étnicos de los padres, situación que evidentemente no se ejecutó ya que es de conocimiento, debido al caudal probatorio que en una oportunidad se dispuso de una oficina cerca a la UCIN.

Sobre este último aspecto, se indica en el hecho treinta (30) de la demanda:

Este ritual de curación requería de un espacio adecuado diferente a las salas hospitalarias, no obstante, tal situación no fue posible, por lo cual el primer y único ritual fue llevado a cabo en el HOSPITAL

¹⁸ *Ibidem*, Min: 34:00.

INFANTIL LOS ÁNGELES, donde se permite que por fuera del área de neonatología se realice este ritual, pero el mismo no fue en forma espontánea, ni autónoma como se debió realizar, pues estuvo bajo la supervisión de la Subgerente Científica, un médico y una enfermera, es decir bajo la “intromisión” en un proceso netamente cultural y de la cosmovisión del pueblo AWA; esto el día 28 de agosto de 2014.

Ahora, de lo transcrito, también se afirmó que los médicos tradicionales tuvieron que utilizar sobre su vestimenta (la cual es indispensable para la práctica del ritual) batas quirúrgicas que cubrían las cuzmas y los collares tradicionales, generando un “bloqueo de energía” que impedía la buena práctica del ritual. No obstante, por ejemplo, puede afirmarse por parte de esta Sala que este trato encuentra su explicación en que, dentro del Hospital, y más aún en un área intermedia de UCIs, se hacían necesarias las condiciones de asepsia y antisepsia, y sobre este punto existe plena justificación, distinto ello a la dilación que existió sobre las solicitudes verbales que se realizaron por parte de los progenitores, pues entonces, si no se remitían por escrito, las mismas no podían ser atendidas, lo que evidentemente refleja una falta de empatía sobre el tema, como bien se explicó con antelación.

Además, analiza la Sala que ese trato que se ha venido abordando, se denota de las autoridades médicas, en el actuar de la *A quo*, y además, en el mismo apoderado del Hospital Infantil, quien, acudiendo a la ironía, realizó preguntas como las siguientes:

APODERADO HOSPITAL INFANTIL¹⁹: Con la medicina basada en la evidencia, que el paciente tenga un pronóstico malo y que eventualmente, casi que, milagrosamente hablando, pero retiro esa palabra, sino que eventualmente salga bien, desde el punto de vista estadístico ¿eso cambia el pronóstico o sigue dentro del rango del pronóstico malo? (...).

Se cuestiona entonces la Sala, si el apoderado pretendía “retirar” la palabra “milagrosamente” (en el entendido de que la medicina tradicional no cuenta con una base científica), ¿por qué usarla de manera despectiva?

Son varios los factores que permiten denotar tratos discriminatorios no solo hacia los padres del niño sino inclusive hacia los testigos traídos por

¹⁹ Min. 01:05:26. Archivo electrónico “43 Audiencia Inst y Juzgamiento Parte 1”, contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

los demandantes, aspecto que se hace evidente en el interrogatorio del MÉDICO TRADICIONAL INDÍGENA Y TAITA SABEDOR HERMÓGENES PIAGUAJE OCOGUAJE, quien después de exponer en qué consistía el manejo de sus tradiciones, fue indagado respecto de su trabajo, de la siguiente manera:

JUEZ²⁰: Señor Hermógenes, ¿estos tratamientos que usted manifiesta que realiza como médico tradicional tienen algún costo?

JUEZ²¹: Usted está manifestando en este momento que existe una unidad de médicos yageseros y que ese es su trabajo. Si usted no recibe nada a cambio ¿por qué lo califica como trabajo?

Sobre el anterior aspecto, coincide esta Sala con la apoderada apelante al momento de afirmar que *“cuando el A Quo, insinúa sobre el valor económico que éste “cobra por su trabajo” necesariamente se ventila para la Juzgadora como la característica sine qua non del trabajo humano, pues entre otras cosas, si no se cobra no es trabajo y que si se cobra deslegitimaría también el proceder social de los médicos ancestrales”²².*

De lo que hasta aquí se ha tratado, considera esta Judicatura importante traer a colación los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el cual ha recalcado lo siguiente:

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, **indígenas**, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales." El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola

²⁰ *Ibidem*, Min. 1:58:28.

²¹ *Ibidem*, Min. 1:59:00.

²² Fl. 3, pág. 4. Archivo electrónico “49 Sustentación recurso apelación sentencia.pdf”, contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

el derecho a la igualdad²³.

Aunado a lo anterior, en pronunciamiento más reciente se recopiló:

Ahora bien, de la mano con lo expuesto en el Convenio 169, la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 ha sido reconocida como referente que expresa la “opinión jurídica global” de protección y reconocimiento de la diferencia étnica y su existencia como elemento positivo y fundamental en una democracia. La Corte Constitucional, por su parte, ha considerado que de dicha declaración se desprenden, como elementos centrales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, “(i) **el principio de no discriminación**, de acuerdo con el cual (i.1) las personas indígenas gozan de iguales derechos al resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos; (ii) el derecho a la autodeterminación, principio fundacional de los derechos de los pueblos indígenas; (iii) la relevancia del principio de no asimilación, considerado como derecho fundamental de las comunidades; y (iv) la participación, la consulta previa y el consentimiento libre e informado frente a las medidas que los afecten”²⁴. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, a modo de corolario, es dable manifestar que los reproches analizados en este punto se encuentran fundados conforme a lo expuesto.

b) Sobre el argumento denominado “afectación procesal por eventual vulneración al principio de imparcialidad judicial”.

Manifestó la parte alzadista que el proceder de la juzgadora de primera instancia se delimitó a su conocimiento privado y al margen de su jurisdicción.

De ello resulta importante manifestar que no se puede negar que fue posible denotar una actitud llamativa sobre el tema objeto de controversia por parte de la juzgadora y que su trabajo se limitó a estudiar los elementos de una responsabilidad médica, no obstante, ello no puede ser traducido como un sinónimo de parcialidad por parte de la *A quo*, como procede a explicarse.

²³ Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión. Sentencia T-371 del 29 de marzo del 2000. Ref. Exp. Ref. Exp. P.E.010. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-372 del 27 de octubre de 2021. Ref. Exp. T-8.203.921. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Es conveniente traer a colación los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia²⁵, la cual ha brindado una clara definición a tener en cuenta en cuanto al principio de imparcialidad, veamos:

Esta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.

(...)

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. (Subrayado fuera de texto original).

Ahora bien, en el mismo pronunciamiento se han explicado las dos nociones que le pueden ser atribuidas a este principio:

(i) subjetiva, esto es, relacionada con “la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”; y (ii) una dimensión objetiva, “esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, “de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”. No se pone con ella en duda la “rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción” sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue” (CC, sentencia C-496 de 2016). (Subrayado fuera de texto original).

Así las cosas, del estudio minucioso que esta Sala realizó sobre el asunto, no es posible concluir que la funcionaria judicial haya estado inclinada a favorecer a la contraparte del asunto, pues de ello inclusive no reposa queja o manifestación alguna.

Ahora, sobre las particularidades presentadas en el desarrollo procesal, como lo manifestado por los alzadistas respecto de la etapa de conciliación, facetas de los interrogatorios e intervenciones dentro del trámite, sí resulta

²⁵ Rema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Auto ATC 255 del 03 de marzo de 2020. Ref. T 1100102030002019-03728-00. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

evidente una actitud reacia a las pretensiones de los demandantes; no obstante, ello no es, per se, un sinónimo de parcialidad, dirigida a la parte demandada, por ello no se puede esgrimir que dicho principio se haya visto transgredido.

c) Sobre el argumento denominado “error de hecho como modalidad de violación indirecta a la ley sustancial”.

Finamente la parte alzadista fue insistente en alegar que para el *sub examine* se valoró únicamente una falla médica y no el desconocimiento de la etnoculturalidad y cosmovisión de los demandantes.

Al respecto, considera esta Sala redundante volver a abordar el tema toda vez que se ha manifestado que, en efecto, la juez abordó el asunto en cuestión solamente a la luz de la responsabilidad civil extracontractual en materia médica cuando de entrada esta Corporación indicó que el tipo de responsabilidad que se debía estudiar en el presente caso era totalmente distinto al estudiado, razón por la cual no se profundizara más en este aspecto.

Visto lo anterior, bien es cierto que no se puede hablar de falla en el servicio médico porque no existe caudal probatorio que así permita definirlo, menos aun cuando es evidente que la atención brindada al niño fue oportuna y precisa y que **la demanda no se dirige a ese tema en específico** como mal lo interpretó la juez y el Hospital demandado. Lo que sí resulta claro del análisis del expediente es que existen elementos que permiten acreditar el daño en el sentido de conceder de manera favorable solamente las pretensiones que aluden el perjuicio autónomo del desconocimiento de los derechos convencionales y constitucionales de la parte actora, motivo por el cual se procede entonces a desglosar los elementos que se requieren para endilgar responsabilidad civil extracontractual y, en consecuencia, conceder las pretensiones.

De conformidad con pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC, 16 sep. 2011, rad. N° 2005-00058-01, en lo pertinente, reiterados en Sentencia SC 12063 de 2017, se

han indicado cuatro (04) elementos a tener en cuenta, estos son:

- i) un daño o perjuicio.
- ii) una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica, traducida en el hecho dañoso.
- iii) un nexo causal.
- iv) un actuar culposo.

En vista de lo anterior, téngase en cuenta que existió un daño, el cual se encuentra debidamente acreditado en relación con la discriminación que vivieron los padres del niño respecto de las prácticas del ritual solicitado, ello como consecuencia de una conducta de carácter negativo por parte del Hospital demandado.

Entonces:

i) En cuanto al elemento del daño, entendido como el detrimento que afectó los intereses de las víctimas que, en este caso, únicamente deseaban que su hijo fuera tratado a través de la medicina tradicional **antes** de ser intervenido quirúrgicamente, quebrantando los bienes de su personalidad, su esfera espiritual y afectiva, se encuentra configurado a partir de lo establecido en la sentencia T-920 del 7 de diciembre de 2011 citada en los albores de este acápite considerativo, en la cual se precisa que las comunidades indígenas tienen derecho a “producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas” y a “organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control”, ambos, conforme a sus “propias convicciones y creencias”, de ahí que el elemento axiológico bajo análisis, se estructura por cuanto se tiene probado que los padres del niño ahora fallecido, quienes actúan en calidad de demandantes, se consideran y así lo acreditan, indígenas, y como tales, se les han reconocido constitucionalmente unos derechos en materia de salud, los cuales conforme al tratamiento brindado por el Hospital Infantil Los Ángeles, impidió el real y material ejercicio de esos derechos, que conforme lo establece la jurisprudencia, se ejercían bajo su propia responsabilidad, es decir, la de los actores.

ii) Luego, en cuanto se refiere a la conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica, traducida en el hecho dañoso, se constituye en la ausencia de autorización para la práctica de los rituales médicos tradicionales que los padres demandantes y los miembros de su comunidad pretendieron otorgarle a su hijo, las cuales se tradujeron no solamente en conductas omisivas, puesto que si bien se permitió la práctica de una ceremonia, respecto de las demás se impusieron exigencias como la presentación de la solicitud escrita, para ser resuelta varios días después, entorpeciendo e impidiendo la materialización de sus prerrogativas legal y jurisprudencialmente reconocidas.

Dichas acciones y omisiones se precisan antijurídicas, en atención a que, aquellos derechos de los que son titulares los padres demandantes y su hijo fallecido, no solamente están referidos y consagrados jurisprudencialmente, sino también en la legislación positiva, pues tal como se comentó en estadio anterior, la Ley 1751 de 2015, estableció como principio básico en materia de salud, el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, exigiendo un esfuerzo integrador de tales diferencias en los servicios galénicos “a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global”, nótese que los padres del niño, ahora demandantes, jamás exigieron que de manera exclusiva se le diera a su hijo enfermo el tratamiento que su medicina tradicional y ceremonial determinaba, sino precisamente la integración de las dos medicinas, tradicional y occidental, puesto que antes de la realización, o incluso de manera simultánea, los dos tratamientos, a lo cual el Hospital demandado no dio lugar, es decir, no respetó ni permitió la materialización de los derechos de los que los demandantes eran titulares, prerrogativas que no están debilitadas de manera intangible, sino que están positivamente reconocidos con su respectivo desarrollo jurisprudencial, siendo deber del Estado a través de su institución jurisdiccional velar por su garantía, y en caso de menoscabo, garantizar su resarcimiento de conformidad con el principio de reparación integral, pues todo aquel que sufra un detrimento antijurídico, tiene la prerrogativa de exigir su resarcimiento, y en caso de satisfacerse las exigencias legales, obtener su correspondiente indemnización ante la

especialidad civil.

Nótese que el derecho que en este caso ha sido menoscabado, incluso ha sido objeto de análisis por parte de la H. Corte Constitucional, de conformidad con la observación No. 14 realizada por el Comité de Derechos Económicos y Culturales, indicando que existe el deber de los servicios de salud, **de ser apropiados desde el punto de vista cultural, exigiendo tener en cuenta especialmente, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.**

iii) Respecto del nexo causal, a obvias luces se desprende del actuar del personal médico reflejado en la producción del daño, traducido esto como el actuar culposos que ocasiona un error en la conducta del demandado; lo que, finalmente conlleva a la atribución de la responsabilidad alegada, puesto que existe una relación directa de causa-efecto, entre la conducta activa y omisiva de la entidad hospitalaria, antes descrita, con el menoscabo y desconocimiento de los derechos de los que son titulares los demandantes, cuestión que se encuentra acreditada a través de la declaración del médico George Eladio Osorio Marea, extractados en sus apartes más relevantes líneas atrás.

iv) Finalmente, en cuanto al actuar culposos de la entidad demandada, encontramos que, cómo se analizó anteriormente, no existe una justificación válida que permita excusar las omisiones y acciones en que incurrió la entidad demandada, puesto que bien se encontró demostrada la autorización y práctica de una de las ceremonias requeridas conforme a las solicitudes de los demandantes, pero lo cierto es que respecto de las demás, el hospital se mostró reacio a su realización, desarrollando acciones que entorpecieron la materialidad de los derechos radicados en la parte actora.

Ahora, debe destacarse que en manera alguna se está diciendo en la presente providencia que, de permitirse la práctica de la medicina tradicional, el niño hijo de los demandantes se habría curado o hubiera alcanzado la sanación de sus males, **NO**, no es esto lo expuesto. De lo que se trata aquí, es del reconocimiento que legal y jurisprudencialmente,

tanto en el ordenamiento interno como en el internacional vinculante, de un derecho particular respecto de las tradiciones medicinales de los actores y su real práctica y materialización conforme a la cosmovisión de los demandantes en su calidad de indígenas, exigencia que si bien se realizó tanto de manera verbal como escrita, la respuesta que se obtuvo por parte de la entidad demandada una respuesta satisfactoria, lo cual a la luz de las normas y pronunciamientos jurisprudenciales reseñados desde el principio de este acápite considerativo se constituye en una práctica totalmente discriminatoria que no puede ser apoyada o consentida por el sistema judicial, cuando se acude a él a efectos de solicitar su respectivo reconocimiento y para el caso, su reparación por no haberse reconocido y concretado en la realidad material.

Debe destacarse que conforme al testimonio del médico occidental George Eladio Osorio Marea, se pudo determinar que sí es posible atender y cumplir con el deber de garantizar el derecho radicado en las personas pertenecientes a una comunidad indígena, la prestación de un servicio de salud armónico entre medicina alopática y tradicional, de ahí que no exista justificación alguna para que el Hospital Infantil no haya garantizado los derechos que ahora se pretenden reparar, una vez conculcados.

Es por todo lo expuesto que esta Sala destaca que han quedado demostrados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, como bien se estudió con anterioridad.

Ahora, esta Judicatura no puede aceptar, como errónea y ligeramente lo consideró el *A quo*, que había lugar a la negación de las pretensiones, porque en últimas, si bien los servicios médicos fueron brindados de manera correcta y oportuna, es claro que existe una responsabilidad que debe ser reconocida por cuanto nos encontramos frente a personas que, además de haber atravesado la muerte de su hijo, fueron discriminados por sus creencias y cosmovisión, sin que ello encuentre justificaciones como la salud de los niños que allí se encontraban, puesto que el hospital debía disponer de un espacio adecuado que no ponga en riesgo el bienestar de los pacientes internos y que, además, debía otorgar las garantías suficientes para que los demandantes, de acuerdo con su

cultura, pudieran practicar su medicina, como en diferentes ocasiones lo ha reconocido la Corte Constitucional, análisis que se realizó iniciando las consideraciones, **insistiéndose que en el caso particular bajo análisis, la práctica que los demandantes pretendieron se lleve a cabo respecto de su hijo, no afectaba en manera alguna su integridad física, de ahí que no pueda formularse como justificación la prevalencia del derecho de los niños respecto del de los demás, en atención a que dicha confrontación en el sub examine jamás existió.**

Finalmente, habrá de considerarse una situación que debe quedar de manifiesto y clara, si no se garantiza la indemnización en este caso, se daría como resultado que el reconocimiento de los derechos a los que aquí se ha hecho referencia, se constituya como simple letra muerta, y que su materialización es imposible.

Así las cosas, verificado el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, deviene el estudio de las excepciones propuestas por el Hospital demandado y la llamada en garantía.

En relación a ello, en primer lugar, se encuentra que los demandados coincidieron en las siguientes excepciones, las cuales en su totalidad abordan una falla en el servicio médico, estas son:

- Por parte del hospital infantil, las tituladas *“inexistencia de falla en la prestación del servicio médico; inexistencia de conducta dañosa en el actuar del hospital infantil los ángeles; culpa de un tercero y/o culpa de la víctima; caso fortuito; y, la innominada”*.
- Por parte de Allianz Seguros, las denominadas *“inexistencia de responsabilidad civil médica por ausencia de sus elementos estructurales - no hay incumplimiento culposo en el servicio de salud brindado al menor L.S.P.G. por los médicos designados por el hospital infantil los ángeles / no hay error en el tratamiento implementado ni actos lesivos de garantías fundamentales de los señores ...; el régimen de responsabilidad aplicable a este particular es el de la culpa probada -reiteración de la jurisprudencia de la corte*

suprema de justicia y de la corte constitucional; inexistencia de daño a los derechos constitucional y convencionalmente protegidos del señor ... y de la señora ...; y, la genérica o innominada”.

Así las cosas, al respecto es pertinente indicar que las excepciones anteriormente enunciadas no serán objeto de pronunciamiento por cuanto **las mismas indican una eventual falla médica**, de la cual se manifestó su inexistencia por no encontrarse acreditada y por no ser objeto de controversia por cuanto lo alegado en este asunto corresponde al desconocimiento de derechos convencional y constitucionalmente reconocidos a los pueblos indígenas. Por ello, las excepciones en lista no se encuentran llamadas a prosperar.

Por otra parte, Allianz Seguros S.A. también agregó las siguientes:

- *“Ausencia de medios probatorios que logren acreditar el nexo causal necesario para endilgar responsabilidad a hospital infantil los ángeles / orfandad probatoria por abandono de carga probatoria de los demandantes”.*

Sobre este tema, se resalta que en el asunto no se discute una responsabilidad médica; no obstante, lo que llama la atención de la Sala es que dentro de esta excepción se encuentra un acápite denominado “tampoco se prueba, ni existe nexo causal entre la no realización de las dos sesiones restantes del rito de sanación de los taitas sabedores del pueblo Inkal Awa y la muerte del menor L.S.P.G”.

Se insiste, jamás se ha indicado en el presente caso que la responsabilidad que aquí se endilga se derive de la hipótesis según la cual, de haberse proporcionado el tratamiento tradicional al hijo de los demandantes, éste habría alcanzado la curación.

Frente a este último aspecto, a lo largo de la providencia se reiteró que lo pretendido por los padres no era evitar que el niño sea intervenido médicamente sino “curarlo” (como en su cosmovisión se consideraba,

analizado esto desde el enfoque diferencial que se amerita) a través de sus conocimientos ancestrales, esto previo a la necesidad de intervenciones quirúrgicas, aspectos que se denotaron tanto en la solicitud del ritual como en la errónea interpretación que le dio el Hospital Infantil al momento de contestar el derecho de petición. El nexo causal para este asunto no puede ser analizado a la luz de la responsabilidad médica, sino de una forma distinta de responsabilidad civil extracontractual, la cual fue explicada iniciando las consideraciones del *sub examine*.

- *“Ausencia de prueba de la existencia de los perjuicios alegados por la parte actora – excesividad en las solicitudes indemnizatorias - ánimo injustificado de lucro”.*

Sobre el tema, sea lo primero indicar que, respecto de las pretensiones alusivas a daños materiales, el artículo 206 del Código General del Proceso estipula que:

“quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”.

Dicho esto, del estudio minucioso del expediente es posible evidenciar que el juramento estimatorio no fue objetado, y resultaría inane entonces realizar ese estudio en esta instancia procesal por cuanto no es la oportunidad para efectuarlo. Ahora, ello no quiere decir que entonces las pretensiones se concederán de manera estricta a como fueron pedidas, pues ello depende del estudio que debe realizar el juzgador de instancia conforme a lo que se haya pedido y probado, por ello, resulta necesario aclarar que, sobre los perjuicios inmateriales, el Juez se encuentra sujeto al análisis realizado y conforme al arbitrio judicial, entendido como *“un juicio valorativo y lógico que permite asignar, dependiendo de la gravedad del evento y el punto de desequilibrio en las víctimas, un valor*

aproximado”²⁶, se faculta al juzgador para valorar, según su juicio, la concesión de las pretensiones. Por lo expuesto, la presente excepción tampoco puede prosperar.

De igual manera, la aseguradora se pronunció frente al llamamiento en garantía, proponiendo las excepciones que fueron transcritas en el acápite correspondiente de esta providencia; sin embargo, considera la Sala necesario precisar lo siguiente:

Se ha reiterado a lo largo de la presente sentencia que lo alegado por los demandantes no atañe a los elementos de una responsabilidad médica sino una forma de responsabilidad civil extracontractual diferente, principalmente **porque se busca el reconocimiento de un daño autónomo.**

Ahora bien, el objeto de las pólizas N° 022110016/0 y N° 022291921/0 es claro en señalar que:

“Interés Asegurado

Indemnizar los perjuicios que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil profesional en que incurra con relación a terceros, de acuerdo con la ley a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestado dentro de los predios asegurados”²⁷. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Siendo consistentes con el objeto del contrato, resultaría contradictorio condenar a la aseguradora respecto de un daño que no se encuentra acreditado, por cuanto la esencia del proceso no tiene nada que ver con una responsabilidad profesional derivada de la atención médica, razón por la cual la Sala se releva de estudiar las excepciones propuestas, pues el llamamiento en garantía no tiene vocación de prosperidad.

Así las cosas y una vez estudiadas las excepciones, conviene señalar que, para el caso, la parte demandante se encuentra integrada por los padres

²⁶ Pinzón, C.E. (2013). Los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado. Medellín: Biblioteca Jurídica.

²⁷ Fls. 13 y 43, págs. 14 y 44 – Archivo electrónico “08 Llamamiento Gtia.H.Infantil a Allianz.pdf”. Contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

del neonato, siendo ellos..., grados de parentesco que en el plenario se encuentran acreditados a través del registro civil de nacimiento del niño²⁸.

Ahora, conforme a las pretensiones expuestas, en primera medida se reclaman perjuicios materiales relativos al daño emergente, estos por concepto de gastos pagados al taita Hermógenes Piaguaje Ocoquaje, por los tratamientos brindados al niño y, gastos fúnebres.

Sobre el tema, señálese lo siguiente:

“(...) La responsabilidad constituye una carga económica, un perjuicio para el patrimonio del responsable, que corresponde a la transferencia, efectuada por el ordenamiento jurídico, del daño experimentado por el perjudicado a la persona del responsable. El cual, por responder del daño, lo que hace, en definitiva, es soportar el daño mismo (...)”²⁹

Ahora bien, sobre el daño emergente³⁰ en específico, se tiene que el artículo 1614 del Código Civil, define los conceptos de daño emergente y lucro cesante, correspondiendo el primero a la pérdida o disminución efectivamente sufrida por el afectado en su patrimonio como consecuencia del hecho dañoso, mientras que el segundo está constituido por la ganancia o utilidad que esperaba percibir y que en un estado normal de cosas habría reportado de no presentarse la afección.

Dicho esto, debe recalcarse que el daño emergente alegado en la demanda se desprende como consecuencia de la muerte del niño y los tratamientos que en su estadía en el Hospital Infantil fueron necesarios a criterio de los padres; no obstante, ello encuentra una íntima relación con el ámbito de una responsabilidad médica, pues se deriva de la muerte del niño, lo que no ocurrió como consecuencia del desconocimiento de los derechos de sus

²⁸ Fl. 46, pág. 49 – Archivo electrónico “02 Demanda y Anexos.pdf”. Contenido en expediente digital 2021-00148 (606-23).

²⁹ De Cupis, Adriano. “Teoría General de la Responsabilidad Civil. 2da. Edición. Editorial Bosch, S.A. México, 1975, pág. 745.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 3 de octubre 2003; Exp. 7277. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

padres sino por sus patologías, motivo por el cual este daño no puede ser concedido.

Por otra parte, los actores reclaman una indemnización por concepto de daños inmateriales, divididos de la siguiente manera, con idéntica cantidad para cada uno de ellos:

1. “Perjuicios morales por muerte del menor ...”, tazados por un valor de sesenta millones de pesos (\$60.000.000,00) para cada uno de los padres.
2. “Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”, tazados por un valor noventa millones ochocientos cincuenta y dos mil seiscientos pesos (\$90.852.600,00) para cada uno de los padres.

En relación de lo anotado, varias veces se ha considerado que la fuente de la responsabilidad que aquí se endilga, no se relaciona con la muerte del niño ... puesto que la responsabilidad médica deprecada no se configuró, razón por la cual los perjuicios morales reclamados como producto de dicho fallecimiento, no pueden ser objeto de condena, conforme a todo lo que hasta aquí se ha esbozado, razones suficientes para denegar dichas pretensiones.

Ahora, en lo que se relaciona con la pretensión que párrafos atrás se ha enlistado con el número 2, en primer lugar, es necesario entender que el daño moral está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo³¹. En este sentido, no es posible establecer parámetros generales que puedan aplicarse mecánicamente para evaluar este tipo de daño, ya que cada caso individual presenta aspectos únicos que el juez debe considerar al realizar la evaluación.

Por ello, si bien es cierto en términos generales esta tipología del daño no debe ser probado, cuando se trata de daño moral, la Sala de Casación Civil

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 04 de agosto de 2021. de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación N° 23001-31-03-003-2014-00116-01, Ref. SC3255

ha venido utilizando lo que se llama “la presunción de carácter judicial” para otorgar la indemnización a la víctima y/o a los familiares más próximos de la víctima y así, será el juez quien bajo el principio del *arbitrio iuris* (estudiado con antelación), evalúe el monto del resarcimiento.

No obstante, para el caso que nos ocupa, no es posible acceder a la pretensión del daño moral, por cuanto la misma se encuentra fundamentada en la muerte del niño, la cual no fue ocasionada por el desconocimiento de los derechos alegados, sino como consecuencia de las enfermedades padecidas.

Lo que si es cierto es que se encuentra acreditada una vulneración a esos derechos, esto es, la protección de bienes y derechos convencional y constitucionalmente reconocidos y para efectuar su graduación, se hará necesario tomar como base los pronunciamientos relativos al daño moral, no sin antes aclarar en qué consisten estos derechos.

Así, para poder abordar el tema en discusión, resulta coherente guiarse con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia³², por medio de los cuales se ha emitido el siguiente concepto:

La dignidad del ser humano es una idea a la que apenas daban cierta importancia los sistemas de derecho civil decimonónicos. Sin embargo, con posterioridad a la segunda posguerra pasó a ocupar el centro del constitucionalismo occidental sobre el que se apoya la mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos y por el cual éstos últimos adquieren su razón de ser. La persona humana como fin en sí mismo significa ahora no sólo el bien máspreciado sino el único bien absoluto, por lo que no otra sino su defensa es el propósito primordial del derecho.

(...)

El constitucionalismo se convirtió de ese modo en el nuevo paradigma del orden jurídico, cuyo influjo ha repercutido en las demás áreas del derecho positivo, incluido el derecho civil, naturalmente, que además de la función que tradicionalmente ha cumplido como regulador de las relaciones privadas, asume ahora un carácter protector de los derechos inalienables.

La defensa de las garantías fundamentales, por tanto, no se agota en la jurisdicción constitucional ni se limita al ejercicio de las acciones constitucionales, sino que es el propósito de todo el establecimiento jurídico entendido como un sistema unitario

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297 del cinco de agosto de 2014. Radicación: 11001-31-03-003-2003-00660-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

sustentado en el respeto a la dignidad humana.

(...)

*De ahí que las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad en el campo del derecho civil, es decir que, si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces **tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados.***

Sólo en este contexto cobra significado la figura que se viene analizando, y con base en esta nueva concepción – más normativa que filosófica– es posible definir el daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales, como el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual.

Con todo, la defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

En vista de lo anterior, se pregunta entonces la Sala ¿Cuáles son esos requisitos? La respuesta puede ser encontrada en el mismo pronunciamiento, como se procede a estudiar:

*El juzgador deberá considerar, en primer lugar, que **no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral** en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, **porque el tipo de daño que se viene analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad**, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre.*

*Este daño, entonces, **debe ser de grave entidad o trascendencia**, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil. Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagradados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Continúa la Corporación:

*De igual manera **el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la***

personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación.

Así, por ejemplo, si el daño al buen nombre **coincide** con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar de aquél frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

En ese orden de ideas, es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño siempre que cada uno de ellos tenga su causa adecuada en una conducta distinta y no confluya en un único perjuicio.

Dicho lo anterior, para el caso en cuestión, la Sala encuentra que:

- El interés que se pretende va más allá de cualquier interés personal por cuanto es evidente que la afectación a estos derechos tuvo trascendencia en la dignidad de los demandantes, a quienes se les negó el derecho de transmitir en su integridad su cosmovisión y creencias, viéndose transgredidos en su esencia étnica.
- Ahora bien, el resarcimiento solicitado no puede ser comparado, por ejemplo, con el daño moral o daño a la vida de relación³³, el cual está dotado de una entidad jurídica propia que no permitía confundirlo con otras clases de agravios con alcance y contenido disímil, ni verlo subsumido en ellos, pues el alegado se constituye en un daño autónomo que es sujeto de reconocimiento, más aún con tan importante carácter debido a su esencia.

Por lo anterior, para la Sala es claro que tal perjuicio se encuentra en una esfera independiente que permite que pueda ser estudiado de manera individual.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de enero de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Ref. Exp. 17001-3103-005-1993-00215-01

Así, para poder abordar su estudio, debido a que no se tiene base para su tasación, esta Sala procederá a estudiarlos conforme a lo analizado para casos en los que se busca el reconocimiento del daño moral, sin que ello implique una confusión entre los dos tipos de daños, pues ya se ha explicado que estos son disimiles.

Por ello, en consonancia con el *sub examine*, frente a los familiares de la víctima la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“(...) la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar este derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo...”, de donde se sigue que originándose el ameritado derecho en las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento por daños morales quedará legitimado en causa demostrando, con prueba idónea desde luego, la real existencia de tales relaciones³⁴. (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, la Corte ha señalado que resulta jurídicamente posible tazar las pretensiones, de acuerdo a los topes jurisprudencialmente establecidos:

“así fuese tomando la suma que como guía por entonces tenía la Corte establecida desde 2012 y que, frente a la indecible atrocidad de los eventos narrados y probados en este proceso ameritan –para este caso particular- una suma mayor a la que entonces tenía dispuesta (\$60,000,000.00) y que hoy reajusta a setenta y dos millones de pesos (\$72,000,000.00) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone”³⁵. (Subrayado fuera del texto original).

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de noviembre de 1992 Exp. 3382. MP. Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). M.P. Margarita Cabello Blanco. Ref. SC5686-2018. Radicación N° 05736 31 89 001 2004 00042 01.

En ese orden de ideas, si bien se trata de un daño que se presume, resulta necesario conocer de la intensidad del mismo. En palabras de la Corte,

La existencia e intensidad del daño puede ser demostrada con otros medios probatorios pues en esto no hay una prueba tasada, ni en teoría el daño moral se circunscribe a las relaciones de familia, en donde apenas se presume. De forma que medios de convicción idóneos o conducentes - que no necesarios - como el dictamen pericial pueden ser útiles para conocer el estado psicológico de la persona afectada, bien con repercusiones meramente internas o ya en la vida de relación, y pueden llegar a ofrecer elementos de juicio importantes a efecto de establecer la gravedad del perjuicio. Pero, como lo ha reiterado esta corporación, son por lo general las circunstancias fácticas que rodearon el hecho dañoso, las que ofrecen una aproximación de las dificultades y dolores padecidos por la víctima y por quien reclama en nombre de esta o en el suyo el daño moral.

Por los criterios expuestos, del examen del expediente se puede avizorar que, en efecto, transgredir de esa manera la esfera espiritual de los demandantes ocasionó un daño, lo que consecuentemente, debido a su acreditación, otorga un resarcimiento, pues de conformidad con lo expuesto en el *sub judice*, los padres fueron víctimas de un actuar discriminatorio y ello se denota no solo del estudio del expediente sino también de los interrogatorios de parte.

Por lo anterior y, a criterio de la Sala, si bien no existe una tarifa legal sobre el tema, la condena por los perjuicios incoados se hará conforme a los morales y sus respectivos montos reconocidos, a favor de ... en calidad de **padres** de la víctima de los hechos, por la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000,00) por concepto de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, para cada uno de ellos.

En este punto, debe ponerse de presente un aspecto que resulta de especial relevancia, el cual la Sala de Decisión considera de obligatorio pronunciamiento a pesar de no existir pretensión expuesta por alguna de las partes que así lo precise, lo cual obedece, por un lado, a la necesidad de evitar que eventualidades como la que ahora particularmente ocupan a esta Colegiatura vuelvan a presentarse, siendo ello potencialmente

vulnerador de las prerrogativas culturales que han servido de fundamento a este fallo, reconocidas constitucional y convencionalmente; y por otro, en tanto a juicio de este *Ad quem*, también hace parte y atiende el principio de reparación integral que rige en materia de la acción de responsabilidad civil, exigencia legal recogida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

En ese orden de ideas, se destaca que las conductas activas y omisivas que dieron lugar al desconocimiento de los derechos radicados en la parte actora, las cuales a la postre, una vez debidamente acreditadas, dieron lugar a la concreción de un daño que en virtud de la acción ejercida debe ser reparado, obedecieron a que, el Hospital Infantil Los Ángeles, como entidad demandada, no disponía, debiendo hacerlo, de una forma particular, organizada y específica para atender sus obligaciones, derivadas de la normatividad y pronunciamientos jurisprudenciales aquí invocados y que sirvieron de fundamento para este fallo.

Para el caso, tal como se mencionó, existe un deber radicado en las entidades prestadoras del servicio de salud en un Estado pluriétnico como el colombiano, de brindar la atención requerida, incorporando también un punto de vista cultural, exigiendo tener en cuenta especialmente, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, pues de lo que se trata, se insiste, es del reconocimiento que legal y jurisprudencialmente, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional vinculante, se ha hecho de un derecho particular de respeto y armonización de las tradiciones medicinales y su real práctica y materialización conforme a la cosmovisión de los indígenas.

Así, de lo que se trata es de la armonización de los conocimientos de la medicina occidental alopática, con aquellos saberes, usos y costumbres de la medicina tradicional indígena, lo cual debe estar caracterizado por el respeto recíproco, que, como bien lo explicaba el médico que al plenario compareció como testigo, George Eladio Osorio Marea, resulta plenamente posible, pero además, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, obligatorio, de ahí que, sea esta la oportunidad para que la presente Sala de Decisión ordene medidas afirmativas, que deben implementarse para la total satisfacción de lo ordenado en la Ley 1751 de 2015, lo considerado en

las sentencias T-235 del 31 de marzo de 2011, T-920 del 07 de diciembre de 2011, T-357 del 26 de mayo de 2017, proferidas por la H. Corte Constitucional, el numeral primero del artículo 24 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, y la observación No. 14 realizada por el Comité de Derechos Económicos y Culturales al Estado colombiano, entre otras, aplicables a la materia.

En consecuencia, se ordenará al Hospital Infantil Los Ángeles, como medida afirmativa, que, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, proceda a elaborar un protocolo de atención para pacientes indígenas, mediante el cual se determine de manera específica las acciones, medidas, espacios y procedimientos, que permitan integrar de manera armónica, las tradiciones medicinales, su práctica y materialización conforme a su cosmovisión, con la medicina tradicional, fundamentada principalmente en el respeto recíproco y en el derecho a la igualdad, conforme al ordenamiento jurídico vigente, para lo cual no podrá excederse el término de un año.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera favorable a la parte que lo interpuso, considera la Sala que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, es válido imponer condena en costas, por ello se condenará en expensas de ambas instancias a favor de los demandantes y a cargo del HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES.

Al momento de tasarlas, tener como agencias en derecho de primera instancia, la suma de CINCO SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES y de segunda instancia el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE según lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016.

II. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO. REVOCAR en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto y en su lugar se dispone:

1. **DECLARAR** al *HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES* civil y extracontractualmente responsable por la afectación relevante a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a los señores...

2. En consecuencia, **CONDENAR** al *HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES* a pagar a favor de los integrantes de la parte demandante, las siguientes sumas de dinero por concepto del daño inmaterial referenciado:

- Para..., en calidad de **padre** de la víctima de los hechos, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000,00).
- ..., en calidad de **madre** de la víctima de los hechos, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000,00).

3. **SIN LUGAR** a conceder las demás pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

4. **DECLARAR** la improcedencia de las excepciones previas propuestas por *ALLIANZ SEGUROS S.A.*, llamada en garantía, denominadas de la siguiente manera:

- *“prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra del hospital infantil los ángeles; modalidad de cobertura Claims Made de las pólizas de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022110016/0 y No. 022291921/0; ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022110016/0; inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Allianz Seguros S.A. por cuanto la parte actora no acreditó de manera fehaciente la responsabilidad que se pretende atribuir al asegurado; límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022291921/0, que enmarca las obligaciones de las partes; deducible pactado en la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022291921/0; causales de exclusión de cobertura de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 022110016/0 y no. 022291921/0; el contrato es ley para las partes – Pacta Sunt Servanda; la reparación del daño no puede ser fuente de enriquecimiento para la parte demandante; inexistencia de solidaridad entre mi mandante y los demás demandados – inexistencia de solidaridad en el marco del contrato de seguro; y, la genérica o innominada”.*

5. En consecuencia, **DECLARAR** la **IMPROCEDENCIA** del llamamiento de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, llamada por el **HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES**.

6. **ORDENAR** al Hospital Infantil Los Ángeles, como medida afirmativa, que, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, proceda a elaborar un protocolo de atención para pacientes indígenas, mediante el cual se determine de manera específica las acciones, medidas, espacios y procedimientos, que permitan integrar de manera armónica, las tradiciones medicinales, su práctica y materialización conforme a su cosmovisión, con la medicina tradicional, fundamentada principalmente en el respeto recíproco y en el derecho

a la igualdad, conforme al ordenamiento jurídico vigente, para lo cual no podrá exceder el término de un año.

7. CONDENAR en costas de primera instancia a favor de los demandantes y a cargo del HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES. Al momento de tasarlas, tener como agencias en derecho de primera instancia, la suma de CINCO SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a favor de los demandantes y a cargo del HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES. Al momento de tasarlas, tener como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

TERCERO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Gabriel Guillermo Ortiz Narvaez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pasto - Nariño

Marcela Adriana Castillo Silva
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pasto - Nariño

Paola Andrea Guerrero Osejo
Magistrado

Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Pasto - Nariño