

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012).

Expediente: 05001232500019942279 01

Radicación interna No.: 21.861

Actor: XX y otros

Demandado: Municipio de Rionegro

Proceso: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, municipio de Rionegro, contra la sentencia del 15 de mayo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

“SEGUNDO: No se declaran responsables al Departamento de Antioquia, los médicos Javier Darío Roldán Gómez, Diana Zapata, llamados en garantía, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

“TERCERO: Se declara al MUNICIPIO DE RIONEGRO, responsable de los perjuicios causados a la señora XX, YY, a los menores AA, BB, CC y DD por la deficiente prestación del servicio de salud, prestado a la señora XX en el Hospital Municipal Gilberto Mejía Mejía.

“CUARTO: En consecuencia de la anterior declaración, el MUNICIPIO DE RIONEGRO deberá reconocer y pagar por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos que certifique para la fecha de la ejecutoria de este fallo el Banco de la República, a XX mil (1.000) gramos de oro; al señor YY quinientos (500) gramos de oro; a AA, BB, CC y DD cien (100) gramos de oro, para cada uno de ellos.

“QUINTO: El MUNICIPIO DE RIONEGRO reconocerá y pagará por concepto de perjuicios materiales –daño emergente– al señor YY la suma de quinientos noventa mil quinientos noventa y nueve pesos (\$590.599,00).

“SEXTO: Se dará cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“SÉPTIMO: Se niegan las demás peticiones de la demanda. No hay costas.” (fls. 875 y 876 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En escrito presentado el 7 de octubre de 1994, los señores XX y YY, quienes obran en nombre propio y en representación de sus hijos menores: AA, BB, CC, y DD, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron que se declare al municipio de Rionegro – Hospital Gilberto Mejía Mejía, patrimonialmente responsable de los perjuicios que les fueron ocasionados con motivo de las lesiones sufridas por la primera (fls. 15 a 22 cdno. ppal.).

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la entidad demandada a pagar: i) el equivalente a 1.000 gramos de oro para YY e igual suma a la señora XX, así como 200 gramos de oro para cada uno de sus hijos, ii) a título de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, \$500.000,00, derivados de gastos médicos y hospitalarios, a favor del señor YY, y iii) el lucro cesante que se encuentre probado en el proceso a favor de YY, quien tuvo que dejar de lado sus actividades productivas durante tres meses para atender la salud de su esposa.

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 15 a 18 cdno. ppal.):

1.1.1. El 22 de noviembre de 1986, los señores XX y YY, contrajeron matrimonio; de esta unión nacieron AA, BB, CC y DD.

1.1.2. El parto de DD se produjo el 16 de julio de 1993. Como consecuencia de este alumbramiento, el médico y la enfermera que atendieron a la parturienta, como también la promotora rural, le sugirieron que adoptara medidas de planificación familiar, pues era una persona muy joven y ya tenía cuatro hijos.

1.1.3. La señora XX se interesó por comenzar la planificación y, bajo la orientación de los profesionales médicos, optó por el método del dispositivo intrauterino.

1.1.4. Luego de seguir todas las instrucciones médicas, el 22 de diciembre de 1993, en el Hospital Gilberto Mejía Mejía de Rionegro, sin ningún contratiempo, le fue ubicado el respectivo dispositivo y se le asignó como cita de chequeo el 19 de enero de 1994. De igual forma, se le advirtió que ante cualquier molestia o dolor acudiera de forma inmediata a consulta médica.

1.1.5. Las cosas transcurrieron normalmente hasta el 8 de enero de 1994, cuando en horas de la noche la señora XX presentó un fuerte dolor abdominal. Como transcurrió un tiempo y el malestar continuaba, pese a estar alejados de la zona urbana, su esposo decidió llevarla en busca de asistencia médica. A las tres de la mañana llegaron al Hospital Municipal Gilberto Mejía Mejía, donde fue atendida por el doctor Oscar Javier Roldán, quien tras un ligero y exiguo examen ordenó que le aplicaran suero, le formuló medicamentos para el dolor y la remitió para la casa.

La paciente insistía en el padecimiento y hacía referencia al dispositivo, sin embargo, el doctor Roldán reiteró en que el malestar le pasaría con los medicamentos y de no ser así volviera el martes siguiente ya que ni el domingo ni el lunes festivo atenderían consultas.

1.1.6. El domingo 9 de enero, la señora XX ante su indisposición acudió, de nuevo, al hospital Gilberto Mejía Mejía. En esta ocasión fue atendida por la médica Diana Zapata, quien la examinó y reiteró el diagnóstico y tratamiento del doctor Roldán, al considerar que el dolor abdominal obedecía a una infección intestinal que no se relacionaba con el dispositivo intrauterino "DIU".

1.1.7. Al lunes siguiente, 10 de enero, en vista de que la salud de XX no mejoraba sino que por el contrario empeoraba, su esposo optó por llevarla a una clínica particular, a pesar de sus escasos recursos económicos. A las cuatro de la tarde llegaron a la Clínica Somer de Rionegro; allí fue atendida por el doctor Gustavo Flores, quien luego de examinarla la reconvino por haber tardado tanto en buscar

asistencia médica –pues desconocía las diversas e infructuosas asistencias al hospital Gilberto Mejía Mejía– ya que para ese momento presentaba endometriosis complicada con signos de peritonitis, razón por la cual se debía intervenir quirúrgicamente de manera inmediata.

1.1.8. En razón del alto costo de la cirugía se logró que la paciente fuera remitida al Hospital Regional San Juan de Dios de Rionegro, donde fue practicado el procedimiento quirúrgico de extracción de todos los órganos que integran el aparato de la reproducción (anexohisterectomía), que habían sido comprometidos por la infección.

A causa del delicado estado de salud, la paciente debió ser trasladada al Hospital San Vicente de Paul de la ciudad de Medellín, para que fuera supervisada en la unidad de cuidados intensivos “UCI”.

1.1.9. La señora XX permaneció hospitalizada 17 días e incapacitada durante tres meses, tiempo durante el cual sus hijos y su esposo tuvieron que soportar angustias y vicisitudes en el hogar.

1.1.10. Como consecuencia del daño irrogado, se prevé un envejecimiento prematuro de la señora XX. Para contrarrestar esta situación ella debe consumir diariamente y de por vida algunos medicamentos cuya adquisición representa costos económicos para su esposo, única fuente de ingresos del hogar.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 18 de enero de 1995 (fls. 24 y 25 cdno. ppal.); el 29 de junio de 1995, se admitieron los llamamientos en garantía del Departamento de Antioquia y del médico Javier Darío Roldán, solicitados por el municipio demandado (fls. 40 y 41 cdno. ppal.); en proveído del 29 de febrero de 1996, se aceptó el llamamiento en garantía formulado por el Departamento de Antioquia a la doctora Diana Cristina Zapata López (fls. 105 y 106 cdno. ppal.); el 23 de agosto de 1996, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y los terceros vinculados (fls. 179 y 180 cdno.

ppal.) y, por último, en auto del 19 de noviembre de 1999, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 499 cdno. ppal.).

1.3. El municipio demandado y los llamados en garantía se opusieron a las súplicas del libelo demandatorio, en los siguientes términos:

1.3.1. Municipio de Rionegro – Hospital Gilberto Mejía Mejía: formuló las excepciones de: i) regularidad en la prestación del servicio, ya que debido a los datos suministrados por la paciente y los hallazgos generales detectados por los médicos, la conducta seguida fue la correcta, ii) culpa de la víctima, como quiera que la paciente omitió suministrar la información a los médicos sobre la instalación del dispositivo, razón por la cual fue la desatención a ese deber lo que originó el daño o permitió su agravación. En otros términos, la actitud de la paciente fue la causa adecuada del daño sufrido por ella, iii) el hecho de un tercero, ya que fue en otras instituciones hospitalarias donde se evaluó y decidió efectuar la anexohisterectomía a la paciente, y iv) desproporción en la petición de daños morales (fls. 30 a 35 cdno. ppal.).

1.3.2. Departamento de Antioquia – Servicio Seccional de Salud: fundamentó su disenso en la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que fue en el Hospital Gilberto Mejía Mejía del municipio de Rionegro donde se prestó el servicio médico - hospitalario. Además, invocó la excepción de inexistencia de la obligación alegada, en tanto resulta inadmisibile que se ordene a la entidad territorial a resarcir unos daños que no irrogó (fls. 99 a 104 cdno. ppal.).

1.3.3. Doctor Javier Darío Roldán: sostuvo que no hubo falla en la prestación de los servicios médicos suministrados a la señora XX, ya que se emplearon los medios adecuados con suma diligencia y cuidado, ajustados a los protocolos científicos que rigen la práctica de la medicina. La anexohisterectomía que fue necesario practicar en el Hospital San Juan de Dios no se debió a la atención recibida en el Hospital Gilberto Mejía Mejía, sino que era el resultado de las condiciones clínico - patológicas y de morbilidad ginecológica que en forma clara están consignadas en la historia clínica. Señaló que al margen de la extracción de su órgano

reproductivo, las zonas erógenas permanecen –y como la pareja no deseaba más hijos desde que inició la planificación– el comportamiento debe ser normal como el de cualquier otra mujer, solo que ya no podrá concebir más prole (fls. 51 a 78 cdno. ppal.).

1.3.4. Doctora Diana Zapata: precisó que la instalación del DIU a la señora XX el 22 de diciembre de 1993, en el Hospital Gilberto Mejía Mejía de Rionegro, no fue realizado en condiciones normales. En primer lugar, no se hizo el examen macroscópico de flujo vaginal, ni el examen en fresco y tinción de Gram, que es requisito para la colocación del DIU. La relevancia de este examen consiste en que permite observar la presencia de microorganismos productores de enfermedades infectocontagiosas del aparato reproductor femenino que no son evidenciables en la evaluación de citología oncológica. Segundo, en la señora XX se contraindicaba la implantación de un DIU, puesto que sufría de manera permanente de enfermedades de transmisión sexual y de forma repetitiva había presentado cambios inflamatorios (leucocitos) en sus exámenes de flujo vaginal compatibles con infección por chlamydia trachomatis, bacteria implicada en infección similar a la blenorragia, también de transmisión sexual. Por último, es preciso señalar que la señora XX en la consulta sólo se quejó por un dolor abdominal tipo cólico, sin que hubiera referenciado una molestia ginecológica, así como tampoco manifestó que se había colocado, recientemente, un dispositivo intrauterino de planificación familiar (fls. 107 a 134 cdno. ppal.).

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervinieron las partes y los terceros vinculados al proceso para reiterar los planteamientos contenidos en sus respectivos escritos de demanda y contestación (fls. 501 a 504, 520 a 527, 530 a 533 y 536 a 564 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 15 de mayo de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Se absolvió al Departamento de Antioquia y a los llamados en garantía, pero se condenó al Municipio de Rionegro – Hospital Gilberto Mejía Mejía al pago de los perjuicios causados.

Entre otros aspectos, el tribunal puntualizó:

"(...) Desde que a la señora XX le fue colocado el dispositivo intrauterino el día 22 de diciembre de 1993 en el Hospital Municipal Gilberto Mejía Mejía de Rionegro (Ant.) se presentaron irregularidades en la prestación del servicio, tal como consta a folios 251 a 255 del expediente, se observa que en la historia clínica No. 6591, no contiene mayor información y datos de la paciente, solo se le hizo un examen de prueba de embarazo, tampoco tiene firma del médico que la atendió, porque según las declaraciones de María Amparo Alzate y Diana Cristina Zapata, "el dispositivo lo puso un estudiante de medicina de la Universidad de Antioquia que en ese momento estaba rotando por el Hospital Gilberto Mejía Mejía en programas especiales sin la supervisión de un médico del hospital". Además, da cuenta el oficio del 25 de marzo de 1997 que obra a folio 251, remisario de la historia clínica No. 6591, de un hecho irregular que se relaciona con la desaparición de parte de la historia clínica de la paciente, no conocen en manos de quien quedó, cuando se inició la investigación del caso. Lo anterior nos demuestra la falta de cuidado y diligencia que en dicho centro asistencial tienen en el manejo de las historias clínicas que cualquier persona tiene acceso a ellas para hacerlas desaparecer.

"Igualmente, debieron haber tenido en cuenta en el Hospital las recomendaciones que trae en el experticio el perito médico doctor Castro Naranjo, que dice: "las infecciones que se relacionan con el DIU característicamente se presentan en el primer después de su inserción, lo cual se presentó en esta paciente. Al prescribir el uso del DIU se debió ordenar un directo y gram de flujo como lo contemplan las normas técnicas y administrativas sobre enfermedades de transmisión sexual del S.S.A."

"Según el dictamen pericial la pelviperitonitis generalizada que presentó la paciente tiene relación directa con la aplicación de un dispositivo intrauterino 20 días antes del procedimiento quirúrgico realizado en el hospital de Rionegro (anexohisterectomía). Con las consecuencias que de una menopausia quirúrgica que produce mayor sintomatología que la menopausia natural, lo que hizo indispensable una terapia de sustitución hormonal que ha de ser de por vida para prevenir temibles complicaciones: envejecimiento prematuro, osteoporosis, aumento del riesgo cardiovascular, vaginitis atrófica, cambios emocionales, pérdida de la libido, entre otras.

"9.2. El día 8 de enero de 1994 la señora XX buscó asistencia médica en el hospital Gilberto Mejía Mejía, porque se sentía muy enferma siendo atendida por el doctor Oscar Javier Roldán, quien según su impresión diagnóstica interpretó como una dismenorrea, es decir, el dolor que acompaña a la menstruación o periodo menstrual, porque, dice, ella estaba con la menstruación cuando consultó con él. Al día siguiente como se sentía muy enferma consultó nuevamente al Hospital mencionado y fue atendida por la doctora Diana Zapata, quien procedió al examen físico y diagnóstico de enfermedad diarreica aguda.

"El dictamen pericial rendido por el doctor Luis Javier Castro Naranjo, especialista en Obstetricia y Ginecología, experticio que para la Sala merece

entera credibilidad, manifestó en su concepto sobre la oportunidad del diagnóstico que lamentablemente no se hizo diagnóstico oportuno de la severa infección pélvica que presentaba la paciente, agrega, que no se tiene la historia clínica del hospital Gilberto Mejía Mejía porque se extravió, pero en la nota de remisión de SOMER y en la hospitalización en el Hospital Regional de Rionegro hay constancia de que la paciente presentaba tres días de evolución de fiebre, escalofrío, dolor hipogástrico, seguidos de diarrea y vómito lo que sumado a la inserción de un DIU días antes llevan fácilmente al diagnóstico de una enfermedad pélvica inflamatoria aguda.

"Y afirma que se hizo un diagnóstico erróneo de una infección intestinal, cuando en realidad la paciente presentaba una infección pélvica grave.

"(...) En este caso se debe tener en cuenta que se trata de médicos generales que prestaban sus servicios en urgencias del Hospital y que el error de diagnóstico por sí solo no basta para generar responsabilidad si no existe culpa o negligencia del médico.

"Por lo anterior la Sala en vista de que no se probó culpa grave o dolo de los llamados en garantía doctores Javier Darío Roldán Gómez y Diana Zapata no los condenará al pago de los perjuicios. Así mismo, al Departamento de Antioquia.

"(...)" (fls. 841 a 876 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación y trámite procesal en la segunda instancia

Inconforme con la decisión, el municipio de Rionegro la recurrió en apelación (fls. 878 a 880 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 12 de septiembre de 2001, fue concedido el recurso por el *a quo* y admitido por esta Corporación en auto del 6 de diciembre de 2001 (fl. 885 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento:

3.1.1. El Tribunal obra con un criterio de mínima exigencia para encontrar probada la falla del servicio pero, a renglón seguido, lo troca en la exigencia máxima para determinar si hubo o no culpa de los médicos tratantes, contradicción que no es admisible en el razonamiento jurídico.

3.1.3. El dictamen pericial, prueba en la que se soporta en su integridad la sentencia impugnada, habla de infección severa con una evolución de tres días, lo que sumado a la instalación del DIU, llevaban fácilmente al diagnóstico de una

enfermedad pélvica inflamatoria. En consecuencia, si el cuadro era severo y los síntomas llevaban fácilmente al diagnóstico adecuado, resulta necio negar la responsabilidad del Estado, pero así mismo ha debido declararse la de los médicos tratantes.

3.1.4. Ahora bien, si fue un simple error de diagnóstico, inducido por la existencia de una epidemia de diarrea en el área y, de otra parte, por la conducta omisiva de la paciente al ocultar la información en relación con la colocación del DIU, como se deja entrever en la sentencia, es conforme a la lógica deducir que no haya existido culpa grave, pero ello impone también negar la existencia de la falla del servicio.

3.1.5. El equivalente a mil gramos de oro es la indemnización que se considera justa para un dolor tan grande como la pérdida de un ser querido; es el techo para el *pretium doloris*.

Pero en el caso concreto estamos frente a una señora que tiene cuatro hijos – cantidad que está sin lugar a dudas en el extremo máximo de hijos según las costumbres actuales– y que había tomado la determinación voluntaria de no tener más.

En esas circunstancias, parece desmesurado reconocer la máxima condena por concepto de perjuicios morales, razón por la cual deberían ser reliquidados.

4. Trámite y Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En providencia del 15 de febrero de 2002 (fls. 887 cdno. ppal. 2ª instancia) se corrió a las partes y al Agente del Ministerio Público traslado para alegar de conclusión, etapa en la que intervino únicamente la señora Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación para solicitar la ratificación de la sentencia de primera instancia. En apoyo de esa petición, señaló lo siguiente:

4.1. El análisis jurídico y fáctico realizado por el *a quo* para concluir la falla del servicio del ente demandado se ajusta a lo probado en el *sub lite*, toda vez que la lectura del dictamen pericial realizado evidencia, *prima facie*, que el diagnóstico de la severa infección pélvica que presentaba la demandante fue inoportuno y tardío, lo que permitió que la sepsis avanzara al punto tal de infectar varios órganos los cuales debieron ser extraídos.

4.2. Ahora bien, en relación con la inconformidad expresada por el recurrente respecto de la exoneración de los médicos Javier Darío Roldán y Diana Cristina Zapata, llamados en garantía, quienes en su criterio no debieron ser absueltos por cuanto la condena impuesta a cargo de la entidad demandada se originó en su conducta equivocada, es importante precisar que en la responsabilidad administrativa el centro de imputación se deslinda de la culpa personal del agente, pues es perfectamente viable que a pesar de haberse causado un daño a consecuencia de la prestación de un servicio, en su producción no haya mediado la conducta dolosa o gravemente culposa del agente, o que a pesar de la diligencia y cuidado del personal médico o paramédico, se cause al paciente un daño antijurídico que no se hallaba en la obligación de soportar, es decir, que es diferente la responsabilidad del Estado de la de sus agentes, por cuanto éste debe responder patrimonialmente siempre que aquél le sea imputable, independientemente de que exista o no responsabilidad personal de uno de sus funcionarios.

4.4. Entonces, si bien los profesionales médicos llamados en garantía obraron con descuido en el cumplimiento de las obligaciones que estaban a su cargo, como que el diagnóstico que hicieron de los síntomas que presentaba la señora XX fue desafortunadamente equivocado, también es cierto que dentro del proceso no se demostró que los galenos hubieran obrado con culpa grave o dolo, requisito esencial para que pueda atribírseles responsabilidad.

4.5. Por último, en lo atinente a la tasación de la indemnización por concepto de daño moral que el impugnante considera excesiva, tal valoración depende del libre arbitrio del juzgador, y que por vía jurisprudencial se ha establecido en el

equivalente en pesos a 1000 gramos de oro que se reconoce por la muerte de un ser querido, es lo cierto que la no detección del mal que aquejaba a la señora XX produjo en ella un estado séptico grave que condujo a la extracción de su aparato reproductor, lo que generó en ella un gran cambio en su organismo que, sin lugar a dudas debe ocasionar en ella permanentes sentimientos de dolor y tristeza (fls. 889 a 901 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones, 4) reliquidación de perjuicios, 5) medidas de justicia restaurativa, 6) medida de protección del derecho fundamental a la intimidad de los demandantes y 7) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, como quiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$11.146.700,00)¹, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1994 tuviera esa vocación, esto es, \$9.610.000,00.

2. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

2.1. Experticia rendida por el doctor Javier Castro Naranjo, médico especialista en obstetricia y ginecología, en la cual se especificó:

¹ Suma que corresponde a la deprecada a título de daño moral por la señora XX.

"(...) B. EXAMEN FÍSICO.

"Señora en buenas condiciones generales, orientada en tiempo, espacio y personal. Responde con facilidad el interrogatorio.

"(...) Tacto vaginal: vagina amplia, normotérmina, elástica, cúpula sana. Ausencia quirúrgica de útero, no se palpan anexos ni otras masas.

"(...) C. CONCEPTOS.

"Teniendo en cuenta las historias clínicas y la documentación científica arrimada al proceso:

"1. Salud previa de la señora XX:

"Se trata de una señora con buena salud, preocupada por su cuidado, quien en cada uno de sus cuatro embarazos realizó control prenatal. Tuvo cuatro partos en vértice espontáneo sin ninguna complicación, el 23 de agosto de 1987, el 25 de octubre de 1989, el 19 de agosto de 1991 y el último el 16 de julio de 1993 todos ellos en el HRR como consta en la historia clínica. Asistió cumplidamente a los controles prenatales y se realizó los exámenes pertinentes: serología, hemoclasificación, directo y gram de flujo vaginal, todos ellos ordenados según los protocolos de consulta prenatal.

"En uno de los embarazos se documentó un soplo fisiológico del embarazo que ahora no presenta la paciente. Ha tenido enfermedades leves como sinusitis, absceso mamario y moniliasis.

"Actualmente se encuentra en buen estado de salud recibiendo tratamiento de sustitución hormonal por menopausia quirúrgica.

"2. Uso el dispositivo intrauterino y su relación con las infecciones pélvicas.

"Aunque el dispositivo intrauterino se colocó en forma correcta, cumpliendo con las condiciones de asepsia adecuadas, tiene relación directa con las infecciones pélvicas presentadas por la paciente. La literatura científica señala el dispositivo intrauterino como una causa clara de enfermedad pélvica inflamatoria y existe consenso al respecto.

"Siempre se encuentra infección bacteriana después de la inserción del dispositivo intrauterino, pero el útero aparece de nuevo estéril durante el ciclo siguiente. Solo en raras ocasiones la infección uterina clínica complica la inserción.

"En 1968 WRIGHT demostró un aumento de 7 veces en la frecuencia de enfermedad pélvica inflamatoria (EPI) en usuarias de DIU, en comparación con aquellas mujeres que utilizaban otro método de anticoncepción..."

"Las infecciones que se relacionan con el DIU característicamente se presentan en el primer mes después de su inserción, lo cual se presentó en esta paciente. Al prescribir el uso del DIU se debió ordenar un directo y gram de flujo como lo contemplan las normas técnicas y administrativas sobre enfermedades de transmisión sexual del S.S.A.

"3. Enfermedades de transmisión sexual

"En la señora XX, a pesar de que se tienen múltiples resultados de bacteriólogos de flujo vaginal, nunca se documentó una infección de tipo gonocócica o por clamidia. Para el diagnóstico de estas infecciones se requiere de pruebas específicas como el cultivo de Thayer Martín y la inmunofluorescencia directa para clamidia.

"En ninguno de los exámenes de flujo se informaron diplococos gram negativos intracelulares que sugieran la infección por gonococo.

"En resumen con los datos de la historia clínica no se puede afirmar que la paciente haya tenido o no este tipo de infecciones.

"La EPI, puede ser provocada por muchos otros gérmenes diferentes a los anteriores que proceden de la microflora vaginal de las pacientes la cual tiene bacterias aeróbicas y anaeróbicas muy diversas.

"4. Oportunidad en el diagnóstico.

"Lamentablemente no se hizo un diagnóstico oportuno de la severa infección pélvica que presentaba la paciente, no se tiene la historia clínica del Hospital Gilberto Mejía Mejía porque se extravió, pero en la nota de remisión de SOMER y en la hospitalización en el Hospital Regional de Rionegro hay constancia de que la paciente presentaba tres días de evolución de fiebre, escalofrío, dolor hipogástrico, seguidos de diarrea y vómito lo que sumado a la inserción de un DIU días antes llevan fácilmente al diagnóstico de una enfermedad pélvica inflamatoria aguda.

"Se hizo un diagnóstico erróneo de una infección intestinal, cuando en realidad la paciente presentaba una infección pélvica grave.

"5. Hallazgos hematológicos

"La leucopenia y neutropenia severas presentadas por la paciente, son consecuencia y no la causa de la severa infección pélvica de la paciente.

"Prueba fehaciente de ello es la rápida recuperación después de la anexohisterectomía practicada a la paciente y el tratamiento antibiótico asociado a las demás medidas como la deshidratación.

"Dice en el libro de complicaciones quirúrgicas en obstetricia y ginecología que un signo grave de mal pronóstico es: "la caída de leucocitos de 25 mil – 30 mil a 0 – 10 mil con desaparición de casi todos los granulocitos. Por otro lado, una caída de la leucocitosis con mantenimiento de los granulocitos es un signo de que la paciente está superando el proceso séptico." La paciente se presentó al Hospital Regional de Rionegro con un estado séptico grave, se encontraron mil centímetros cúbicos de pus en cavidad abdominal y abscesos tubo-ováricos bilaterales que hicieron absolutamente indispensable la anexohisterectomía para salvar la vida de la paciente.

"6. Menopausia quirúrgica.

“Se dice que la menopausia quirúrgica produce mayor sintomatología que la menopausia natural, lo que hace indispensable una terapia de sustitución hormonal que ha de ser de por vida para prevenir temibles complicaciones: envejecimiento prematuro, osteoporosis, aumento del riesgo cardiovascular, vaginitis atrófica, cambios emocionales, pérdida de la libido entre otras.

“II. PRUEBA PERICIAL.

“Sírvanse señores magistrados nombrar médicos y psicólogos para que dictaminen sobre las consecuencias que la extirpación del aparato reproductor ocasiona u ocasionará en la salud orgánica y psicológica de la señora XX y en la estabilidad emocional de los esposos, en su relación de pareja y en la relación de ésta para con los hijos.

“Como ya se ha dicho se hace absolutamente indispensable una terapia de sustitución hormonal en forma permanente para tratar de disminuir el impacto que sobre la salud orgánica y psicológica de la señora XX tiene la anexo histerectomía practicada como consecuencia de la severa infección pélvica desencadenada por el uso del dispositivo intrauterino.

“El estado psicológico actual queda expresado en documento aparte elaborado por el doctor Nelson Mora Gil, perito nombrado y posesionado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y que comparto en todo su contenido.

“Con el doctor Mora Gil interrogué a la paciente el día 3 de diciembre y nos reunimos nuevamente el día 15 de diciembre para puntualizar sobre las apreciaciones diagnósticas, producto de la evaluación.

“De esta manera queda rendido el dictamen pericial, estamos a disposición del Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia y de las partes para aclararlo o ampliarlo si es necesario.” (fls. 262 a 268 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.2. Dictamen pericial realizado por el señor Nelson Mora Gil, psicólogo clínico de la Universidad de Antioquia, en el que se lee:

“(…) Es una paciente con completa lucidez y claridad conceptual que ha adquirido a través de este proceso algún conocimiento sobre su estado clínico.

“Fundamentalmente evidencia un deterioro en la estructuración de su AUTOIMAGEN y por ende su AUTOESTIMA. Hay una concepción muy marcada de pérdida, ocasionada por la extirpación de su aparato reproductor. Esta ha dado pie para concebir su esquema corporal como algo fragmentado. A partir del evento traumático tiene la idea de ser alguien sin valor, vacía, sin argumentos suficientes para ser igual a las demás personas e incapaz de satisfacer las expectativas y necesidades de su esposo en la RELACIÓN SEXOGENITAL. El hecho fisiológico, pero en lo

imaginario queda un bache que bien puede pensarse como una marca en el cuerpo. La configuración esquemática de su cuerpo no está dentro de los parámetros normales. A razón de lo anterior denota una gran inseguridad, que acompañada con sentimientos culposos y de impotencia, la llevan a desarrollar unos comportamientos celotípicos, por temor a la promiscuidad de su esposo.

"Manifiesta que el temor a quedar embarazada hacía placentera la relación sexogenital, hecho que ahora aduce para explicar la pérdida del interés por las relaciones sexuales. Igualmente, manifiesta que las relaciones sexuales están acompañadas de una anorgasmia parcial y una escasa lubricación vaginal, y que se dan solo como el cumplimiento de una obligación marital.

"En la citada fragmentación de la configuración esquemática de su cuerpo, cabe señalar que se hace importante la idea de ser una persona de mucha edad, con todas las implicaciones imaginarias que produce la menopausia; a partir de esto bien puede estar somatizando algunas dolencias como crisis nerviosas esporádicas, dolor en los huesos y dolores de cabeza.

"La afección en términos comportamentales derivada del acontecimiento, se exterioriza en el mal genio, en las fluctuaciones anímicas, en la pérdida de una visión futurista en su proyecto de vida, con algunas alcances llevados a la relación con sus hijos y esposo..." (fls. 270 y 271 cdno. ppal.).

2.3. Ampliación y aclaración a la experticia médica realizada, según la solicitud y el cuestionario formulado por el apoderado judicial de los llamados en garantía (fls. 306 a 316 cdno. ppal.), documento en el que se señaló:

"[Pregunta 1. Qué conducta médica puede asumirse frente a una paciente de 29 años, múltipara, como la del caso sub análisis, XX; que sólo se quejaba de dolor abdominal tipo cólico, sin ningún otro síntoma y que al examen físico no se obtuvo ningún signo patológico?]

"AL NUMERAL 1.

"No consta en ninguna de las historias clínicas que este hubiese sido el motivo de la consulta de la paciente. En la historia clínica del Hospital Gilberto Mejía Mejía No. 6591 correspondiente a XX no hay una sola nota al respecto. En el folio 251 del expediente hay una nota que dice "lamentamos informarle que parte de la historia clínica desapareció no conociendo en manos de quien quedó, cuando se inició la investigación de dicho caso."

"En la historia clínica de SOMER por el contrario figura claramente:

"El 22 de diciembre de 1993 se colocó DIU. Hace tres días comenzó a presentar fiebre alta, escalofrío, dolor pélvico, leucorrea y últimamente vómito y deposiciones diarreicas.

"Encuentro a la paciente séptica, pálida..."

"Por todo lo anterior, como auxiliar de la justicia no puedo atreverme a realizar un diagnóstico con unos síntomas que no corresponden a lo consignado en las historias clínicas.

[Pregunta 2. Si la misma paciente consulta 24 horas más tarde por presentar vómito y diarrea y quejándose del dolor de tipo cólico, sin otra sintomatología; y al examen físico solo se encuentra deshidratada grado I y dolor a la palpación en el marco cólico; qué conducta debería seguirse frente a este cuadro clínico?]

"AL NUMERAL 2.

"Tiene la misma respuesta del numeral anterior.

"[Pregunta 3. Revisando la historia clínica de XX, se encuentra que dentro de los exámenes laboratorios se envió un hemograma que reportó 600 LEUCOCITOS/mm³ con solo 10% de NEUTROFILOS; cuando lo normal de LEUCOCITOS es de 2.500 a 11.000/mm³ y un porcentaje del 60 al 65% de NEUTROLOFITOS, situación que nos indica que la paciente se encontraba en una LEUCOPENIA CON NEUTROPENIA, es decir, estaba INMUNOSUPRIMIDA, lo que indica que la paciente no tenía defensas adecuadas en su organismo; no tenía los mecanismo para que su organismo se defendiera del ataque de gérmenes... y pudiera desarrollar cualquier infección sin poder ser detectada por falta de reacción adecuada del organismo a estas agresiones... También se hizo GRAM DE ENDOCERVIX en junio 8 de 1993; se halló reacción leucocitaria y leucocitos en examen directo o en frasco; y así sucesivamente, en cada consulta en que se tomaba muestra del flujo vaginal se encontraban bacterias y reacción leucocitaria, además de sus condilomas, encontrándose en varias oportunidades PRUEBA POSITIVA AL ÁCIDO ACÉTICO EN GENITALES EXTERNOS... Y así encontramos unos 40 exámenes positivos desde 1987 hasta 1993 y 1994, últimos controles que se observan en la historia clínica...]

"a. ¿Con estas condiciones y situaciones de la paciente, podrá decirse o no que son indicativos de procesos a repetición con una frecuencia preocupante, constitutivos de enfermedades venéreas o de transmisión mediante relaciones sexuales?

"b. ¿Estas enfermedades venéreas son o no causales o producen Enfermedad Inflamatoria Pélvica Crónica o Recurrente, aguda o subaguda de los oviductos y los ovarios e inflamación con infección de los tejidos adyacentes; todo lo cual puede desencadenar Salpinguitis, Piosalpinx, Hidrosalpinx, Salpingo-oforitis, Absceso Pélvico, Absceso Tuboovárico, etc.?

"c. ¿Es cierto o no que la ruptura de un Piosalpinx, de un Hidrosalpinx... produce un abdomen agudo por peritonitis generalizada, que fue lo que ocurrió en esta paciente...?

"d. ¿Puede decirse o no que esta paciente no presentó manifestaciones tempranas de peritonitis por cuanto no tenía defensas para que el organismo reaccionara frente a la injuria infecciosa... y no podría defenderse de los gérmenes invasores?]

"AL NUMERAL 3.

"En el peritaje previo se demostró como los múltiples exámenes que tiene la paciente en su historia clínica, corresponden a controles normales que se realizan en el control prenatal, el programa de planificación familiar y el programa de enfermedades de transmisión sexual. No es cierto según las historias clínicas que la paciente fuera consultadora (sic) crónica por flujos vaginales.

"No es cierto que en las historias clínicas que reposan en el expediente existan más de 40 exámenes. En ellas se encuentran 5 resultados de citología, uno solo de los cuales informa cambios coitocíticos, siendo las cuatro restantes negativas para papiloma virus.

"El resultado de serología para sífilis siempre es negativo. Los resultados del bacteriológico de flujo NUNCA hacen diagnóstico de enfermedades venéreas como el gonococo y la clamidia, pues no se informan diplococos gram negativos intra y extra celulares. Tampoco hay una prueba específica para el diagnóstico de la clamidia.

"Los exámenes contemplados en la historia clínica del Hospital Regional de Rionegro solo llegan a 12 en su número.

"LITERAL a.

"Solo se puede afirmar con cierto grado de certeza que la paciente tuvo una infección por papiloma virus. Llama la atención que por un papiloma en el pezón izquierdo la vincularon al programa de enfermedades venéreas. La historia clínica del Hospital de Rionegro (HRR) casi siempre se refiere a dicho papiloma de la mama izquierda y sólo en una ocasión se reportaron condilomas en genitales externos. Hay que resaltar que el estudio del esposo fue negativo para el condiloma.

"LITERAL b.

"La infección por papiloma virus humano no es causante de enfermedad inflamatoria pélvica y las demás infecciones venéreas NUNCA fueron comprobadas a través de los exámenes de laboratorio.

"LITERAL c.

"Es cierto que la ruptura de piosalpinx, de un absceso pélvico o tubo ovárico puede producir una peritonitis generalizada.

"LITERAL d.

"Como ya se demostró en el peritazgo inicial la leucopenia y neutropenia severas presentadas por la paciente, son la consecuencia y no la causa de la severa infección pélvica de la paciente. Prueba fehaciente de ello es la rápida recuperación después de la anexohisterectomía practicada a la paciente.

"En la historia clínica del hospital San Vicente de Paul de Medellín No. 1623410 correspondiente a XX el hematólogo fija su posición al responder

una interconsulta en los siguientes términos: "El hemoleucograma del 12 de enero de 1994 con Couter reporta leuco: 3700, granulocitos 2960, linfocitos 629, hemoglobina 9.9, plaquetas 113.000, sedimentación 83.

"Interpretado como leucopenia con linfopenia relativa, anemia normo-normo compatible con cuadro infeccioso agudo. Sugerimos control en laboratorio clínico con Couter (tiene mejor especificidad y disminuye el porcentaje del error manual)."

"En el manual de hematología de Williams en la página 241 se dice textualmente: "En infecciones graves por bacterias gram negativas, la neutropenia tal vez se deba a una mayor adherencia al endotelio y a una mayor utilización en el sitio de la infección."

"En el libro principios de medicina interna de Harrison en la página 362 dice "Como severa bacteremia gram negativa o raramente en infecciones por gram positivos, la neutropenia es probablemente debida al incremento en la marginación y al incremento de la utilización en los sitios de infección."

"En el texto fundamento de medicina, página 153 dice textualmente: "En la fase alterna o de agotamiento que se presenta en infecciones severas, la porción mieloide medular se hiperplasia, se agotan las reservas de granulocitos y puede verse neutropenia la cual es mal pronóstico clínico.

"En los folios 215 y 216 del expediente hay clara constancia de las malas condiciones de la paciente previas a la cirugía y después de esta es asombrosa la mejoría de la paciente con el tratamiento. Lo que demuestra que definitivamente no se trata de una mujer con inmunodeficiencia, sino que los hallazgos hematológicos son consecuencia directa de la grave infección padecida.

"[Pregunta 4. Los hallazgos del estudio anatomopatológico e histopatológico del espécimen obtenido en la anexohisterectomía, nunca indican la presencia de una endometritis como foco primario de la PELVIPERITONITIS GENERALIZADA encontrada en la paciente...

"Se enviaron a estudiar el útero, las trompas y los ovarios; y el siguiente fue el resultado anatomopatológico e histopatológico: "DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA: útero con anexos que miden 9 cms de altura...

"DIAGNÓSTICO: ANEXOHIISTERECTOMÍA, CERVICITIS CRÓNICA, ENDOMETRITIS CRÓNICA, SALPINGITIS AGUDA BILATERAL".

"a. ¿Con este estudio anatomopatológico e histopatológico, en donde se reporta la colección de pus en las trompas principalmente en la trompa derecha, con paredes congestivas, edema e infiltrado inflamatorio de predominio de PMN (polimorfo nucleares); o sea que la paciente tenía Piosalpinx en trompa derecha y con los diagnósticos... se podrá hablar o decir que la paciente... hizo pelviperitonitis generalizada a partir de una endometritis aguda?

"b. ¿Se podrá decir que existió una ENDOMETRITIS AGUDA CAUSADA POR EL DISPOSITIVO INTRAUTERINO (DIU), consistente en la T de cobre que encontraron en la cavidad endometrial al estudio anatomopatológico?

"c. ¿Con los hallazgos anatomopatológicos e histopatológicos, puede decirse que ocurrió la ruptura de un absceso pélvico, de un piosalpinx o un absceso tuboovárico?

"d. ¿Puede decirse que con el estudio y diagnóstico anatomopatológico e histopatológico, queda entonces una claridad meridiana y la certeza de que XX no sufría endometritis aguda y mucho menos causada por la T de cobre o dispositivo intrauterino?

"e. ¿Podrá decirse que la pelviperitonitis generalizada no se originó en el endometrio; sino en una salpingitis aguda bilateral con piosalpinx derecho, que fueron encontrados en anatomía patológica y cuya más probable etiología es una enfermedad venérea, tipo gonorrea o blenorragia; dado el historial de enfermedades inflamatorias genitales; manifestadas con flujo casi continuo y respaldada esta situación con más de 40 exámenes de laboratorio clínico, y pruebas diagnósticas que reposan en la historia clínica y que dan cuenta que han sido realizadas desde enero 27 de 1987 hasta febrero 24 de 1994?

"f. Podrá decirse que XX sufrió una peritonitis generalizada a partir de una endometritis aguda causada por una T de cobre encontrada en su endometrio, cuando anatomía patológica reporta una ENDOMETRITIS CRÓNICA?]

"AL NUMERAL 4.

"LITERAL a.

"La inserción del dispositivo intrauterino produce un efecto mecánico de barrido sobre la microflora vaginal, facilitando la colonización de sitios normalmente sin gérmenes. La vagina normalmente es un sitio muy contaminado y alberga gram positivos, gram negativos, aerobios y anaerobios, cualquiera de ellos podría ser el causante de la pelviperitonitis generalizada que presentó la paciente.

"LITERAL b.

"De acuerdo con el resultado de anatomía patológica se reportó una endometritis crónica, no aguda. Es difícil explicar esta endometritis crónica por la mera presencia del dispositivo.

"LITERAL c.

"En cirugía se encontró suficiente evidencia de una pelviperitonitis con 1000 centímetros cúbicos de pus en cavidad abdominal. Ni el cirujano ni el patólogo hablan de ruptura de un absceso tuboovárico, pélvico o piosalpinx.

"LITERAL d.

"Según el reporte de anatomía patológica no hay diagnóstico de endometritis aguda.

"LITERAL e.

"La pelviperitonitis generalizada que presentó la paciente tiene relación directa con la aplicación de un dispositivo intrauterino 20 días antes del procedimiento quirúrgico realizado en el hospital de Rionegro (anexohisterectomía).

"Como se dijo en el peritazgo inicial las infecciones que se relacionan con el DIU característicamente se presentan en el primer mes después de su inserción, lo cual se presentó en esta paciente.

"En forma mecánica los gérmenes pueden pasar de un sitio contaminado a uno que normalmente es estéril como la trompa.

"En la historia clínica del Hospital Regional de Rionegro se informa sobre el resultado del cultivo de la pus de la cavidad abdominal y se dice textualmente: "No se obtuvo crecimiento de gérmenes aerobios." El resultado del gram informa "Reacción leucocitaria abundante. Bacilos gram negativos escasos." Estos resultados que figuran en el folio 224 del expediente son propios de una infección por gérmenes anaerobios, aparecen las bacterias en el gram pero no se obtiene crecimiento de gérmenes en el cultivo.

"LITERAL f.

"Ya se respondió.

"[Pregunta 5. ¿Por qué el perito ginecólogo no menciona la citología de la paciente en la cual se reportan cambios coilocíticos?]

"AL NUMERAL 5.

"Los cambios coilocíticos reportados en la citología son SUGESTIVOS de infección por papiloma virus. La conducta a seguir es practicar una colposcopia para aclarar el diagnóstico y en caso necesario realizar una biopsia.

"[Pregunta 6. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo que los CAMBIOS COILOCÍTICOS corresponden a infección por PVH (virus del papiloma humano)?]

"AL NUMERAL 6.

"Ya se aclaró en el numeral anterior.

"[Pregunta 7. ¿Por qué no menciona el perito ginecólogo que el PVH es de transmisión sexual?]

"AL NUMERAL 7.

"La principal forma de transmisión del PVH es por relaciones sexuales, pero existen otras formas de transmisión por fómites. La paciente presentaba papiloma viral en el pezón de la mama izquierda. En la actualidad han sido

descritos más de 70 serotipos de papiloma y no todos se transmiten sexualmente.

"[Pregunta 8. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo que la ausencia de reporte en el examen bacteriológico de gonococo y clamidia no descartan su presencia?]

"AL NUMERAL 8.

"Para el diagnóstico de gonococo por gram se requiere la presencia de diplococos gram negativos intracelulares con características morfológicas de neiseria gonorrhoeae (folio 284). En esta paciente NUNCA se reportaron dichos diplococos y nunca se realizó un cultivo Thayer Martin. Nunca en la historia clínica se refiere la presencia de endocervicitis, de una cervicitis purulenta y nunca se realizó una inmunofluorescencia para clamidia.

"[Pregunta 9. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo en qué consisten los conceptos sensibilidad, especificidad, control de calidad y su aplicación a pruebas de laboratorio?]

"AL NUMERAL 9.

"Cuando se realizan exámenes pruebas o procedimientos, se plantean inmediatamente dos preguntas: ¿cuál es la probabilidad de que el procedimiento resulte positivo si la enfermedad está presente? Y, ¿cuál es la probabilidad de que el procedimiento arroje un resultado negativo si la enfermedad está ausente?

"La contestación a la primera pregunta determina la sensibilidad y de la segunda la especificidad.

"Debido a la variedad de flora que se encuentra en los sitios donde el gonococo produce infección, el diagnóstico requiere siempre de cultivo con identificación de la bacteria. Está demostrado que el directo solo tiene una sensibilidad del 50-60%...

"El control de calidad de los laboratorios clínicos del S.S.S.A., se realiza teniendo en cuenta los laboratorios de referencia y tiene toda una infraestructura y un organigrama que responde por la calidad de los resultados.

"[Pregunta 10. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo en qué consiste la medicina clínica?]

"AL NUMERAL 10.

"La medicina clínica se basa en un excelente interrogatorio y anamnesis junto con un adecuado examen clínico para llegar a un buen diagnóstico. En muchas ocasiones hay que recurrir a los paraclínicos para establecer con seguridad el diagnóstico.

"[Pregunta 11. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo la presencia constante, permanente y recidivante de los leucocitos en el cérvix de la señora...?]

"AL NUMERAL 11.

"La vagina es uno de los sitios del organismo que más gérmenes alberga. Hablamos entonces de una rica microflora vaginal que contiene un gran número de bacterias patógenas y no patógenas, pero cuando se alteran por algún motivo las condiciones de dicho ecosistema se puede presentar la enfermedad. Por todo lo anterior es muy común que se reporten normalmente leucocitos en los exámenes de flujos, sin que sean indicativos de enfermedad.

"[Pregunta 12. ¿Cómo explica el perito ginecólogo la presencia permanente de dichos leucocitos?]

"AL NUMERAL 12.

"Cuando una paciente sostiene relaciones sexuales se reporta con frecuencia la presencia de leucocitos. Durante el embarazo también cambia el ambiente vaginal y son comunes los flujos, la presencia de hongos y lógicamente la presencia de leucocitos. Desde 1987 hasta 1993 la paciente tuvo el control de 4 embarazos HRR.

"[Pregunta 13. ¿Cómo explica el perito ginecólogo la presencia de COILOCITOS?]

"AL NUMERAL 13.

"La presencia de coilocitos puede indicar una infección por papiloma virus.

"[Pregunta 14. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo cómo se elabora un diagnóstico clínico?]

"El diagnóstico clínico se fundamenta en la elaboración de una excelente historia clínica y en muchos casos se requiere del uso de algunas ayudas diagnósticas.

"[Pregunta 15. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo que los diagnósticos se elaboran con base a los síntomas y signos que presenta el paciente en el momento de hacer su consulta?]

"AL NUMERAL 15.

"Ya se respondió anteriormente.

"[Pregunta 16. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo los síntomas y los signos de una infección intestinal?]

"AL NUMERAL 16.

"Cuando un paciente presenta una infección intestinal se pueden presentar síntomas como fiebre, vómito, diarrea, dolor abdominal, y al examen físico signos de deshidratación y dolor a la palpación abdominal.

"Esto nada tiene que ver con lo consignado en la historia clínica de SOMER y del HRR, donde se consigna claramente que la enfermedad de la paciente había iniciado 3 días antes con el cotejo sintomático que figura en los folios 215 y 216.

"[Pregunta 17. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo en qué consiste una inflamación, una infección, una enfermedad pélvica inflamatoria y una infección intestinal?]

"AL NUMERAL 17.

"En una inflamación la característica más importante es la presencia de edema en los tejidos afectados y esto se acompaña generalmente de cambios locales en cuanto al número y tipo de leucocitos presentes, dependiendo de si la inflamación es aguda o crónica. No necesariamente indica enfermedad. En la infección se requiere la presencia de agentes infecciosos (gérmenes) y tampoco necesariamente indica enfermedad. Así por ejemplo la mayoría de las personas tenemos el bacilo de la tuberculosis pero no padecemos la enfermedad.

"En la enfermedad inflamatoria pélvica se presentan una serie de síntomas y de signos que están suficientemente documentados en la bibliografía médico científica anexada al proceso. Uno de los hallazgos más importantes al examen pélvico es el dolor a la movilización del cuello y se podrían detectar masas anexiales dependiendo la gravedad del proceso.

"Las infecciones intestinales son producidas por diferentes virus, bacterias y ya nos hemos referido al diagnóstico clínico.

"[Pregunta 18. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo los diferentes manejos quirúrgicos de la Enfermedad Pélvica Inflamatoria (EPI)?]

"AL NUMERAL 18.

"Como especialista en ginecología y obstetricia puedo dar fe que la mayoría de los informes de anatomía patológica reportan cervicitis crónica en el útero. Además en el tratado de ginecología y obstetricia de Danforth páginas 1040 y 1041 se lee textualmente: "La inflamación de cérvix, o cervicitis, es tan frecuente que se requiere búsqueda intensiva y prolongada para identificar un espécimen, sin ningún signo de inflamación activa o crónica. El cérvix está expuesto frecuentemente a traumatismos durante la vida, por ejemplo, con los partos o el coito.

"En numerosas mujeres, la cervicitis es un signo microscópico sin consecuencias clínicas; además, solo en contadas pacientes es sintomática y requiere tratamiento." "En 90 a 95% de las mujeres con partos hay algún signo de cervicitis crónica, si bien suele ser mínima, asintomática y ni siquiera evidente."

"[Pregunta 19. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo en qué consiste una inflamación crónica?]

"AL NUMERAL 19.

"Una inflamación crónica es aquella de larga evolución. Se requiere para su mejor diagnóstico la presencia de linfocitos y en el caso que nos ocupa es mejor definida desde el punto de vista anatomopatológico.

"[Pregunta 20. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo los diferentes manejos quirúrgicos de la Enfermedad Pélvica Inflamatoria (EPI)?]

"AL NUMERAL 20.

"La enfermedad pélvica se puede tratar médicamente sin necesidad de cirugía, pero se requiere para ello de un diagnóstico temprano. En el caso de XX, su enfermedad era de tal gravedad, con signos de mal pronóstico como la severa leucopenia con neutropenia que la anexohisterectomía era el tratamiento indicado.

"Recordemos que había un proceso de pelviperitonitis con 1000 centímetros cúbicos de pus en cavidad abdominal.

"En casos particulares donde hay solo compromiso de un anexo se puede hacer una anexectomía del lado comprometido. Incluso se pueden practicar drenajes por vía vaginal en pacientes muy seleccionadas.

"[Pregunta 21. ¿Por qué no explica el perito ginecólogo que hay manejos quirúrgicos en la EPI, en los cuales se maneja el paciente con malla y si bien se realiza histerectomía, los ovarios pueden dejarse total o parcialmente, y según la evolución de la paciente tomar luego una conducta definitiva?]

"AL NUMERAL 21.

"Dada la gravedad de la paciente demostrada en los folios 215 y 216 del expediente y en los hallazgos quirúrgicos del Hospital de Rionegro el tratamiento realizado está plenamente justificado y un manejo conservador pudiera haber terminado en la muerte de la paciente.

"La conservación de los ovarios está indicada en algunos casos, pero en ningún momento en pacientes severamente comprometidas como XX.

"(...)" (fls. 346 a 353 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.4. Ampliación y aclaración a la experticia psicológica practicada, según la solicitud y el cuestionario formulado por el apoderado judicial de los llamados en garantía (fls. 306 a 316 cdno. ppal.), documento en el que se señaló:

"(...) [Pregunta 22. ¿Por qué no explica el perito psicólogo clínico en qué consiste la psicología general y la psicología clínica?]

"22. La psicología general es una disciplina de las ciencias humanas que busca explicar los comportamientos, fundamentos, implicaciones y

proyecciones, sin fraccionar las diferentes facetas que pueden ser objeto de análisis en el sujeto como objeto de estudio.

"La psicología clínica no hace referencia a una rama específica sino a una forma de asumir el trabajo en dicha disciplina. Es, podríamos decirlo, el ejercicio mismo de la profesión desde la atención en consulta particular a los pacientes con fines evaluativos – terapéuticos o profilácticos.

"[Pregunta 23. ¿Por qué no explica el perito psicólogo en qué consiste la psiquiatría, su campo de acción y sus diferencias con la psicología?]

"23. La psiquiatría es una ciencia médica que comparte con la psicología al sujeto como objeto de estudio, pero lo asume con una explicación más orgánica para las afecciones que lo aquejan y actúa sobre éstas con medicamentos que buscan la corrección de anomalías endocrinas, con implicaciones sobre lo orgánico y lo psicológico y con acción directa en muchos de los casos sobre los fenómenos psicosomáticos.

"[Pregunta 24. ¿Por qué no explica el perito psicólogo clínico los conceptos de promiscuidad; celotipia y sentimientos culposos?]

"24. Promiscuidad: es un rango comportamental que se exterioriza en la búsqueda indiscriminada de diferentes objetos amorosos para la satisfacción de sus deseos.

"Celotipia: afección psicopatológica caracterizada por celos exagerados. Hay temor a la pérdida del objeto amoroso, bien sea por motivos reales o imaginarios y que puede terminar en un cuadro paranoico. En este desajuste emocional existe la creencia básica de un rival.

"Sentimientos culposos: pueden definirse como la sensación de responsabilidad por los comportamientos del otro. En términos generales puede decirse que causan gran angustia por asumir en forma patológica el destino ominoso del otro en referencia.

"[Pregunta. 25. ¿Por qué no explica el perito psicólogo clínico cuáles son las causas psicológicas y de otra índole para tener **"temor a la promiscuidad de su esposo."**?]

"25. Pueden considerarse como elementos a tener en cuenta los siguientes:

"- La concepción imaginaria o real de no poseer una respuesta sexual satisfactoria que colme las expectativas y demandas de su esposo.

"- La sensación de haber quedado hueca y no hacer placentera una relación sexogenital.

"- El complejo de inferioridad, producto del evento traumático por la referenciada extirpación.

"- La cultura muestra en torno a la sexualidad en referencia a la oferta para tal demanda.

"- El fenómeno machista que invade nuestro hacer cotidiano, en donde prevalece nuestro comportamiento sexogenital.

"- La "impotencia" imaginaria o real frente a la "completud" de su esposo, aun desde lo puramente orgánico.

"- "La falta de estimulación de su esposo a causa de la consabida respuesta.

"[Pregunta 26. ¿Por qué no explica el perito psicólogo clínico, si cuando una paciente decide terminar su ciclo reproductivo, ya tiene definido el número de hijos?]

"26. El hecho de tener un proyecto de vida con suficiente claridad puede dar como resultado la planeación del número de hijos, no siendo ese el caso, cuando aparecen varios eventos fortuitos que obligan a cambiar dicho proyecto de vida y a terminar forzosamente su ciclo reproductivo.

"[Pregunta 27. ¿Por qué no nos indica el perito psicólogo clínico, de qué manera objetiva se puede demostrar la anorgasmia de la paciente del caso sub análisis y explicar cuáles pueden ser las múltiples causas de anorgasmia aún en mujeres con útero y ovarios?]

"27. La anorgasmia bien puede presentarse por causas puramente psicológicas como resultado de eventos traumáticos sustentados en el temor a una carencia de respuesta o por pérdida de interés en la relación sexual a causa del displacer, situación acompañada de la idea de asumir comportamientos sexuales con carácter de obligatoriedad marital. La respuesta sexual siendo un hecho natural, está condicionada por las vivencias directas e indirectas que acompañaron su proceso de formación.

"La demostración objetiva se limita a las consecuencias de displacer que produce en una relación de pareja su vida sexogenital por considerarse como un medio de comunicación por excelencia, siendo el lenguaje del cuerpo su principal instrumento y evidenciado en los rasgos comportamentales llevados a la vida cotidiana.

"La condición anímica y la predisposición imaginaria, pueden considerarse como elementos de peso para la respuesta sexual.

"[Pregunta 28. ¿Por qué no explica el perito psicólogo clínico si la configuración esquemática es un concepto aceptado universalmente?]

"28. Desde la perspectiva psicológica, la configuración esquemática del cuerpo no hace referencia solo a lo fisiológico, sino que también hacen parte las formaciones conceptuales de carácter simbólico e imaginario que formalizan una completud o no que trasciende lo orgánico. Solo así podemos hablar de autoimagen y autoestima.

"Aun siendo el fenómeno cultural algo que hace parte de dichas formaciones, esa configuración es de carácter universal.

"[Pregunta 29. ¿Por qué no explica el perito psicólogo clínico cuál es la razón para que no se haya examinado la salud mental de la paciente en compañía de un médico psiquiatra?]

"29. No conozco las razones para que el Honorable Tribunal haya determinado el peritazgo en las condiciones realizadas. No tengo competencia para decidir con quién realizo mi trabajo.

"[Pregunta 30. Que el perito psicólogo clínico explique las múltiples causas del mal genio, fluctuaciones anímicas, menopausia precoz; aún en las pacientes con útero y ovarios.]

"30. Los seres humanos adoptamos diversos comportamientos como respuesta a los estímulos del medio, entre las que pueden estar el mal genio y las fluctuaciones anímicas. Las causas bien pueden ser por afecciones de tipo orgánico o trastornos de personalidad si se trata de algo estructural o bien como respuesta primaria solo de manera momentánea y ocasional. Si se tratase de algo patológico estructural siempre habrá de por medio un antecedente.

"En cuanto a la menopausia precoz, puede obedecer a desajustes hormonales como parte de una afección orgánica o bien puede presentarse como respuesta a una afección psicológica teniendo manifestaciones en lo real del cuerpo.

"Para ampliar el informe del peritazgo fue necesario reunirme en dos ocasiones con el doctor Luis Javier Castro, perito ginecólogo con el propósito de hacer las precisiones pertinentes." (fls. 355 a 358 cdno. ppal. – negrillas del original).

2.5. Oficio suscrito por el Jefe de Atención del Hospital Gilberto Mejía Mejía, calendado el 25 de marzo de 1997, en el cual se lee:

"Como respuesta a la solicitud presentada a este hospital, por el proceso No. (...) y por el exhorto No. 356-8, le remitimos copia auténtica de la historia clínica No. 6591 de la paciente XX.

"Investigando con funcionarios que conocieron a la paciente en la institución, lamentamos informarle que parte de la historia clínica desapareció no conociendo en manos de quién quedó, cuando se inició la investigación de dicho caso.

"Por lo tanto sólo se envía copia de lo que hay en el archivo clínico." (fl. 251 cdno. ppal.).

2.6. Copia íntegra y auténtica de la historia clínica de la paciente XX, de la Clínica Somer, de la cual se destaca:

"Paciente de 25 años...

"El 22-12-93 se le colocó DIU – Hace 3 días comenzó a presentar fiebre alta, escalofrío, dolor pélvico, leucorrea, y últimamente vómito y deposiciones diarreicas.

"Encuentro paciente séptica...

"Abdomen doloroso

"(...) Dx. Endometritis – Pelvisperitonitis" (fl. 215 cdno. ppal.).

2.7. Copia íntegra y auténtica de la historia clínica de la paciente XX, del Hospital San Juan de Dios de Rionegro, en la cual se consignó:

"(...) 10-01-94. Pelviperitonitis y absceso pélvico.

"(...) Anexo histerectomía.

"Anestesia: general.

"1) Pelviperitonitis generalizada (1000 c.c. de pus).

"2) Abcesos tuboováricos bilaterales y en útero...

"3) Útero de más o menos 11 cms, [ilegible], edematoso.

"4) Ovarios con pus en toda su extensión.

"(...) Inmunosuprimida.

"Patología - 24 de febrero de 1994.

"Útero con anexos que mide 9 cm de altura por 5.5x3.5 cm en el fondo, cuello transversal de 0.7 cm por donde protruye hilos de DIU; al corte se encuentra T de cobre en la cavidad endometrial; trompa uterina derecha de 9 cm de longitud por 7 cm de diámetro, ovario derecho de 6x4 cm con superficie muy congestiva y al corte edematoso, con numerosas cavidades quísticas hacia la corteza y la mayor en el centro de 2.5 cm; trompa izquierda de 7.5 cm por 0.8 cm de diámetro y ovario izquierdo de 5.5x1.7 cm con superficie también muy congestiva; al corte con múltiples quistes hasta de 0.6 cm.

"DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA:

"CÉRVIX: epitelios escamoso y glandular maduros, y en el corión leve infiltrado, inflamatorio.

"ENDOMETRIO: glándulas débilmente proliferadas y en el estroma linfocitos dispersos y escasos plasmocitos.

"MIOMETRIO: edema, congestión y trombosis en algunos vasos.

"TROMPAS: en la luz colección de pus, y en las paredes congestión, edema, e infiltrado inflamatorio de predominio PMN.

"OVARIOS: ambos edematosos, con hemorragias corticales y folículos de diversos diámetros, sin evidencias de proceso inflamatorio.

"DIAGNÓSTICO:

"ANEXOHISTERECTOMÍA

"CERVICITIS CRÓNICA

"ENDOMETRITIS

"SALPINGITIS AGUDA BILATERAL

"OVARIO: EDEMA Y HEMORRAGIAS." (fls. 173 a 247 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.9. De folio 2 a 7 obran registros civiles de: i) matrimonio celebrado entre YY y XX, y ii) nacimiento de AA, BB, CC y DD.

3. Valoración probatoria y conclusiones

Analizados los medios probatorios, la Sala modificará la sentencia apelada para, de un lado, confirmar la declaratoria de responsabilidad así como la condena ordenada por el *a quo*, pero, en segundo lugar, reconocer la grave afectación al derecho fundamental a la salud en su dimensión subjetiva –en cabeza de XX– y objetiva respecto de toda la población colombiana, razón por la cual se adoptaran medidas de reparación del daño, tendientes a que sucesos como los ocurridos no vuelvan a suceder.

De otro lado, la Sala mantendrá la decisión de absolver a los llamados en garantía, toda vez que no constituye un aspecto que se haya integrado al recurso de apelación, así como tampoco verificará la posibilidad de incrementar los perjuicios decretados en primera instancia, ya que al ser el municipio de Rionegro apelante único opera el principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, motivo por el

cual no se puede hacer más gravosa su condición impugnante, al menos en cuanto a la indemnización se refiere.

En efecto, si bien en el recurso de apelación se hizo referencia a la forma como se graduó la responsabilidad de los médicos llamados en garantía para efectos de su absolución, lo cierto es que en ninguna parte del mismo se solicitó expresamente que se revocara la decisión del *a quo* en ese sentido, lo que impide a la Sala desbordar el marco de la apelación. *A contrario sensu*, lo que se pretende con la alzada es hacer extensivo ese parámetro de valoración de la responsabilidad de los funcionarios –en este caso de los médicos– al municipio de Rionegro, es decir, definir la responsabilidad del Estado bajo la égida del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y los contenidos jurídicos correspondientes al dolo o la culpa grave, lo que, como se explicará, no resulta admisible.

Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que aquél no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima.

De allí que, la Sala no prohija interpretaciones ya superadas según las cuales era preciso que se acreditara una situación legítima², pues se trata de un carácter que en la actualidad no se predica del daño, puesto que el mismo sirvió de fundamento para negar perjuicios a situaciones que revistiendo la connotación de daños, eran censuradas moralmente (v.gr. los perjuicios reclamados por los entonces mal llamados concubinos o concubinas, los daños irrogados a trabajadoras sexuales, etc.)³. En otros términos, aspectos de esta estirpe o morales no pueden ser analizados desde la antijuricidad del daño, toda vez que este elemento se concentra en determinar si la persona estaba o no en la **obligación normativa** de soportarlo (v.gr. los impuestos, los daños que tienen su origen en conductas ilícitas, etc.)

Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de

² Una cosa es la legitimidad de una situación y otra diferente es la ilicitud de la conducta o antijuricidad subjetiva de la acción desencadenante de un daño.

³ "La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría." HENAO, Juan Carlos "El daño", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 95.

una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada⁴.

En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

En el caso *sub examine*, se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, ya que de las historias clínicas allegadas al proceso y de las experticias realizadas se colige la alteración a la integridad psicofísica que padeció la señora xx con la realización de la anexo histerectomía que le fue practicada; afectación que –para todos los demandantes– es personal, cierta y, de ser imputable a la entidad demandada, podría generar la obligación de reparar integralmente el daño irrogado.

Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación⁵.

⁴ Cf. DE CUPIS, Adriano "El Daño", Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

⁵ "Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

"En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el

En el asunto *sub lite*, la inconformidad de la entidad demandada gira en torno a que se ha debido analizar la responsabilidad del Estado con los mismos postulados de los llamados en garantía, pues, en su criterio, a la administración pública se le hizo aplicable el principio de máxima exigibilidad.

Frente a este aspecto de la impugnación la Sala acoge los planteamientos del Ministerio Público, como quiera que lo que plantea el municipio demandado sería tanto como desconocer los lineamientos de una norma de rango constitucional, sobre la cual encuentra apoyatura toda la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, el artículo 90 superior.

En efecto, el citado precepto dispone con suma claridad, lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Como se aprecia, la responsabilidad del Estado no está asociada a la valoración de la conducta como dolosa o gravemente culposa, requisitos éstos que sí son predicables a los agentes estatales en el evento de la acción de repetición o el llamamiento en garantía con esos fines.

De allí que, yerra el recurrente al considerar que la imputación del daño al municipio demandado ha debido efectuarse o realizarse bajo la égida de las

origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política...” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

nociones de dolo y culpa grave, puesto que las mismas sólo se aplican a la responsabilidad de los funcionarios o agentes del Estado, de conformidad con los lineamientos de la ley 678 de 2001⁶, y antes de la expedición de la mencionada normativa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del C.C.A.⁷

Aunado a lo anterior, respecto del Estado no es posible predicar las graduaciones o valoraciones del comportamiento referidas al dolo y culpa –esta última en sus diversos grados– ya que respecto de la administración pública se ha construido un andamiaje o sistema de responsabilidad basado en el concepto de daño antijurídico –previamente analizado– y la imputación o atribuibilidad del mismo, para lo cual es preciso estudiar dos niveles, el fáctico y el jurídico. En el primero, a través de instrumentos normativos y sociales (v.gr. la teoría de la imputación objetiva) se establece si la conducta de la administración –por acción o por omisión– fue determinante en la producción del resultado, mientras que en el segundo, el operador judicial verifica la existencia de un título jurídico que puede ser subjetivo (falla del servicio) o de naturaleza objetiva como el riesgo excepcional y el daño especial, este último estructurado sobre la noción del quebrantamiento de las cargas públicas.

En síntesis, la responsabilidad del Estado no ha encontrado fundamento en las nociones propias del derecho civil de dolo o culpa grave, contenidas principalmente en el artículo 63 del Código Civil, pero que tienen incidencia a lo largo de toda la mencionada codificación.

Así las cosas, fue el Constituyente quien definió los raseros con los que se gradúa y mide la responsabilidad de los funcionarios públicos, circunstancia por la que

⁶ “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.”

⁷ “ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

“ARTÍCULO 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”

deviene inadmisibile el argumento sostenido por el apoderado judicial de la entidad recurrente.

En consecuencia, en vez de pretender hacer extensivo un marco de responsabilidad que no es aplicable a la administración pública –como ya se precisó– la defensa se debió concentrar en analizar los elementos o presupuestos de la responsabilidad para determinar si existían formas de exoneración que tornaran inimputable el daño padecido por la señora XX y sus familiares.

No obstante lo anterior, la responsabilidad del municipio, en razón de la actuación del Hospital Gilberto Mejía Mejía es palmaria u ostensible por los argumentos que se exponen a continuación.

Es preciso tener en cuenta que la historia clínica de la señora XX, diligenciada en el Hospital Gilberto Mejía Mejía, fue allegada de manera incompleta al proceso, ya que no consta el procedimiento de inserción o anclaje del dispositivo de planificación intrauterino “DIU” realizado el 22 de diciembre de 1993, así como tampoco las atenciones recibidas en los días de enero de 1994, cuando fue atendida por los médicos llamados en garantía. Por tal circunstancia, la Sala reitera y amplía o desarrolla los razonamientos contenidos en las sentencias del 7 de julio de 2009, exp. 18092 y del 28 de marzo de 2012, exp. 22075⁸, en las cuales se efectuó un estudio sobre la naturaleza de la historia clínica, sus elementos integradores, así como los principios que gobiernan su elaboración y custodia.

La historia clínica es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como la “Relación de los datos con significación médica referentes a un enfermo, al tratamiento al que se le somete y a la evolución de su enfermedad.”⁹

La doctrina, en materia de derecho médico – sanitario, valora la historia clínica como algo más que una simple recopilación de datos del paciente, de hecho, otorga una importancia tal a ese instrumento, que lo considera no sólo una

⁸ Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.

⁹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, vigésimo segunda edición. España. Octubre de 2001. Pág. 826.

“biografía patológica de una persona”¹⁰, sino también como un “documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad”¹¹ Es así como este documento, en materia de responsabilidad médica, adquiere gran importancia en cuanto puede constituir un medio de prueba idóneo para determinar si las prestaciones médico asistenciales de que fue objeto el paciente se adecuaron a los procedimientos establecidos por la ciencia en ese campo.

En la legislación colombiana, la historia clínica es definida en el artículo 34 de la ley 23 de 1981¹² como:

“...el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley”

Posteriormente, el literal a) del artículo 1° de la resolución No. 1995 de 1999¹³, proferida por el Ministerio de Salud, al reglamentar lo referente al manejo de las historias clínicas introdujo una definición más precisa, al establecer que era un registro cronológico de las condiciones de salud del paciente, donde además de su estado de salud se deben consignar todos los actos médicos y procedimiento que se le realicen no solo por los galenos, sino también por el equipo de salud que intervenga en la prestación del servicio, al respecto la norma señala:

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

¹⁰ Galán Cortes, citado por Rosalía García de León. El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico – Sanitario, en Derecho Médico Sanitario- Actualidad, tendencias y retos. Colección de Textos de Jurisprudencia. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. julio de 2008. Pág. 267 y ss.

¹¹ Laín Enriago. ibídem

¹² “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.”

¹³ En la que se establecen normas para el manejo de la Historia clínica.

En este orden, se tiene que la historia clínica no es sólo una descripción del estado de salud de quien consulta o es atendido, sino que también es una secuencia de los procedimientos que se le realicen tanto por el médico tratante como por el equipo de salud (enfermeras y auxiliares) que lo asiste. De allí que, en la historia clínica se reflejen los actos médicos (diagnóstico y tratamiento), la evolución del paciente, la atención paramédica e inclusive los actos extra médicos.

En efecto, en sentencia del 19 de agosto de 2009, proferida por la Sección Tercera, se puntualizó¹⁴:

“Así las cosas, la obligación médico – hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos:

“(…) Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos:

“1. Actos puramente médicos.- que son los de profesión realizados por el facultativo;

“2.- Actos paramédicos.- que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral–, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

“3. Actos extramédicos.- están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.”¹⁵

“De todas formas, es bueno aclarar que la zona límite entre un acto médico y un acto paramédico constituye una *quaestio facti*, de donde la clasificación mencionada es de cierto modo elástica e indefinida. La palabra

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 17333, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ FERNÁNDEZ Hierro, Responsabilidad civil médico – sanitaria, Ed. Aranzandi, Pamplona, ps. 174 y 175.

para es un prefijo que significa "junto a", "al lado de" o "a un lado de", vale decir que lo paramédico concerniría a los servicios que se prestan junto a los médicos o al lado (o a un lado) de ellos. La latitud de la expresión paramédico podría depender en ciertos casos no sólo de los hechos sino también de las interpretaciones.

"Comoquiera que sea, nos parece que la clasificación tripartita de Fernández Hierro, más allá de cualquier dificultad –que, por lo demás, siempre va a presentar toda división de especies– es completa y entonces merece ser aceptada."¹⁶

El citado documento tiene una importancia tal, que la resolución mencionada establece que todo prestador de servicios de salud que atiende por primera vez a un paciente debe realizar el proceso de apertura de historia clínica¹⁷, y además, por disposición expresa, en ella deben constar todos los aspectos científicos técnicos y administrativos relativos a las diferentes fases de atención suministrada al usuario.¹⁸

Determina la misma resolución que la historia clínica debe ser diligenciada de forma clara, legible, no puede contener tachones, enmendaduras o intercalaciones, tampoco puede presentar espacios en blanco ni utilizar siglas. Además, cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma¹⁹.

Así mismo, el artículo 3 de la resolución en cita, dispone que la historia clínica tenga las siguientes características básicas:

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

"Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que

¹⁶ BUERES, Alberto J. "Responsabilidad de los Médicos", Ed. Hammurabi, Tomo I, pág. 424 y 425.

¹⁷ Artículo 6° resolución 1995 de 1999.

¹⁸ Se refiere específicamente a la característica de integralidad de la historia clínica, establecida en el artículo 3° de la resolución 1995 de 1999.

¹⁹ Artículo 5° resolución 1995 de 1999.

de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

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

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

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

Es decir, no basta con la sola existencia de un documento donde se consignen los datos personales y médicos del paciente, los mismos deben tener una secuencia temporal y ordenada, soportados en la ciencia médica, encontrarse disponibles y debidamente actualizados para permitir brindarle al paciente una atención integral, eficaz y oportuna. Todo lo anterior, en aras de garantizar la protección del derecho fundamental involucrado en la atención médico – sanitaria, esto es, la salud.

En relación con los principios que gobiernan la atención médica, la Corte Constitucional ha precisado²⁰:

“-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente²¹ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”²²

²⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis)

²¹ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

²² Sentencia T- 1059 de 2006(MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”²³

“-Debe ser oportuno:

“La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.²⁴ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.”

“Con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”, la Corte Constitucional precisó que “se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.”

De acuerdo con la resolución referida, la historia clínica se compone²⁵ de:

i) La identificación de usuario²⁶, la cual se conforma con los datos personales del paciente, esto es, individualización (nombres y apellidos, estado civil, documento de identidad), fecha de nacimiento, edad, sexo, ocupación, dirección del domicilio, lugar de residencia, teléfonos de ubicación, empresa prestadora de salud o aseguradora a la que se encuentre afiliado y tipo de vinculación. Además de la reseña anterior, la norma exige consignar el nombre, el teléfono y el parentesco de

²³ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Linett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

²⁵ Artículo 7° resolución 1995 de 1999

²⁶ Artículo 9 resolución 1995 de 1999

la persona responsable del usuario, según sea el caso (menores de edad, personas impedidas, etc.)

ii) El registro específico²⁷ el cual es definido con el documento en el que se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención. Es propiamente la descripción de la naturaleza del servicio prestado al paciente.

iii) Los anexos²⁸, esto es, los documentos que sustentan administrativa, técnica, científica y de manera legal los procedimientos y actuaciones realizadas al usuario. Por ejemplo: consentimientos informados, procedimientos, autorizaciones, exámenes paraclínicos²⁹, diagnósticos, de laboratorio, etc.

En la normativa colombiana que trata lo referente a la información contenida en las historias clínicas, se encuentra la resolución 2546 de 2 de julio de 1998, proferida por el Ministerio de Salud, que reglamentó los datos mínimos, las responsabilidades y los flujos de información de prestaciones de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La resolución indicada, define en su artículo 3° el denominado registro individual de atención como “el conjunto de datos relativos a la atención individual de consulta, procedimientos, hospitalización, atención de urgencias y acciones de promoción y prevención.” Y establece una obligación frente a los prestadores del servicio de salud en el sentido de que deben diligenciar los registros individuales de información “como soportes únicos de información de la atención, en forma sistemática y rutinaria de acuerdo con los contenidos mínimos de datos, para el pago de los servicios de salud por parte de las entidades administradoras de planes de beneficios.”

De conformidad con la resolución No. 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, la custodia de la historia clínica está a cargo del prestador de los servicios de salud y

²⁷ Artículo 10 resolución 1995 de 1999

²⁸ Artículo 11 resolución 1995 de 1999

²⁹ Éstos, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 11, pueden ser entregados al usuario, previa anotación del resultado en la historia clínica dentro del registro específico de exámenes paraclínicos.

debe ser conservada por un determinado período establecido en el ordenamiento jurídico. El mencionado reglamento, sobre el particular determina:

"ARTÍCULO 12.- OBLIGATORIEDAD DEL ARCHIVO.

"Todos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico, el cual será organizado y prestará los servicios pertinentes guardando los principios generales establecidos en el Acuerdo 07 de 1994, referente al Reglamento General de Archivos, expedido por el Archivo General de la Nación y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

"ARTÍCULO 13.- CUSTODIA DE LA HISTORIA CLÍNICA.

La custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes.

"PARÁGRAFO PRIMERO. Del traslado entre prestadores de servicios de salud de la historia clínica de un usuario, debe dejarse constancia en las actas de entrega o de devolución, suscritas por los funcionarios responsables de las entidades encargadas de su custodia.

"PARÁGRAFO SEGUNDO. En los eventos en que existan múltiples historias clínicas, el prestador que requiera información contenida en ellas, podrá solicitar copia al prestador a cargo de las mismas, previa autorización del usuario o su representante legal.

"(...)

"ARTÍCULO 14.- ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA.

"Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

- 1) El usuario.
- 2) El Equipo de Salud.
- 3) Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.
- 4) Las demás personas determinadas en la ley.

"PARAGRAFO. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.

"ARTÍCULO 15.- RETENCIÓN Y TIEMPO DE CONSERVACIÓN. **La historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha de la última atención. Mínimo cinco (5) años en el archivo de gestión del prestador de servicios de salud, y mínimo quince (15) años en el archivo central.**

"Una vez transcurrido el término de conservación, la historia clínica podrá destruirse."³⁰

ARTÍCULO 16.- SEGURIDAD DEL ARCHIVO DE HISTORIAS CLÍNICAS.

"El prestador de servicios de salud, debe archivar la historia clínica en un área restringida, con acceso limitado al personal de salud autorizado, conservando las historias clínicas en condiciones que garanticen la integridad física y técnica, sin adulteración o alteración de la información.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud y en general los prestadores encargados de la custodia de la historia clínica, deben velar por la conservación de la misma y responder por su adecuado cuidado.

ARTÍCULO 17.- CONDICIONES FÍSICAS DE CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.

"Los archivos de historias clínicas deben conservarse en condiciones locativas, procedimentales, medioambientales y materiales, propias para tal fin, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Archivo General de la Nación en los acuerdos 07 de 1994, 11 de 1996 y 05 de 1997, o las normas que los deroguen, modifiquen o adicionen.

ARTÍCULO 18.- DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE REGISTRO Y CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.

"Los Prestadores de Servicios de Salud pueden utilizar medios físicos o técnicos como computadoras y medios magneto-ópticos, cuando así lo consideren conveniente, atendiendo lo establecido en la circular 2 de 1997 expedida por el Archivo General de la Nación, o las normas que la modifiquen o adicionen.

"Los programas automatizados que se diseñen y utilicen para el manejo de las Historias Clínicas, así como sus equipos y soportes documentales, deben estar provistos de mecanismos de seguridad, que imposibiliten la incorporación de modificaciones a la Historia Clínica una vez se registren y guarden los datos.

"En todo caso debe protegerse la reserva de la historia clínica mediante mecanismos que impidan el acceso de personal no autorizado para conocerla y adoptar las medidas tendientes a evitar la destrucción de los registros en forma accidental o provocada.

"Los prestadores de servicios de salud deben permitir la identificación del personal responsable de los datos consignados, mediante códigos, indicadores u otros medios que reemplacen la firma y sello de las historias en medios físicos, de forma que se establezca con exactitud quien realizó los registros, la hora y fecha del registro."

³⁰ El presente artículo fue modificado por el artículo 2º del Decreto 1715 de 2005, proferido por el Ministro de Salud. La norma actualmente vigente establece: "Artículo 15. *Retención y tiempo de conservación.* La historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de diez (10) años, contados a partir de la fecha de la última atención. Mínimo tres (3) años en el archivo de gestión del prestador de servicios de salud, y mínimo siete (7) años en el archivo central.

"Una vez transcurrido el término de conservación, la historia clínica podrá destruirse".

Como se puede observar la historia clínica es un documento con características especiales que amerita un manejo determinado, no sólo por los que las elaboran y las archivan, sino también por quienes las interpretan. Se convierte pues, en un registro especial y particular que al margen de concentrar toda la información relacionada con la atención del paciente, sus diferentes síntomas, signos, las patologías diagnosticadas y los tratamientos ordenados, entra en conexidad de forma global con el derecho a la salud, y permite la verificación en relación con la atención brindada, así como el contenido y alcance en el cumplimiento de las obligaciones que se refieren tanto al médico como a los pacientes en torno a la relación científica y legal que representa la atención hospitalaria o sanitaria.

Por lo tanto, la historia clínica en un proceso gradual o escalonado, detalla: i) la anamnesis, es decir, la información básica sobre las razones por las cuales se consulta o se acude al servicio médico, ii) los síntomas y signos que reporte el paciente y que aprecie el galeno, iii) la interpretación de ese conjunto de signos y síntomas, en donde se especifique la metodología empleada para la valoración de esas expresiones, iv) la diagnosis o diagnóstico en donde el profesional emite el juicio con fundamento en la *lex artis ad hoc*, para lo cual se vale de la interpretación y de las ayudas diagnósticas que tenga a su alcance (v.gr. exámenes de laboratorio, rayos equis, toma de placas, resonancias, TAC´s, entre muchos otros), v) el tratamiento o procedimiento ordenado, en donde se haga constar el pronóstico, el consentimiento informado si es necesario, así como las indicaciones médicas o paramédicas que deben ser adoptadas para complementar y apoyar el acto médico, vi) la verificación de la evolución del paciente, la cual debe ser constante, y vii) las recomendaciones profilácticas, esto es, las indicaciones que se le suministran al paciente en el momento en que se le va a dar de alta.

Como medio de prueba la historia clínica cobra un gran valor en materia de responsabilidad médica sanitaria, pues allí se consigna el desarrollo clínico de los pacientes, por ello se constituye en un medio idóneo para determinar los hechos materia de juzgamiento. Al respecto, la doctrina ha manifestado:

“La historia clínica es el mejor y único elemento para demostrar todo lo buena que ha sido la atención médica. En la acreditación de medios señalada deben quedar demostrada la pericia, la prudencia, los cuidados, la vigilancia, la seguridad, el cumplimiento de los reglamentos y deberes a su cargo. Dejarán de ser escuetas reseñas de evolución de persona enferma. Relacionarán medios con resultados para acreditar que aquéllos, los medios, estaban destinados a obtener un resultado.”³¹

En igual sentido, el tratadista Carlos A. Gherzi. Sobre la importancia la eficacia probatoria de la historia clínica expresó:

“La historia clínica irregularmente confeccionada resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente a un cuadro general de graves, precisas y concordantes presunciones en el servicio de salud brindado por la entidad sanatoria demandada.”³²

Y no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo desde hace tiempo el valor probatorio de las historias clínicas, sobre el particular la Corporación puntualizó:

“esta historia clínica, **medio probatorio por excelencia para estos casos dado que contiene un recuento pormenorizado de todos los tratamientos a que ha sido sometido un paciente**, así como de la evolución que va presentado en su cuadro clínico, además de ser elaborada por los mismos médicos tratantes...”³³ (negrilla de la Sala)

En consecuencia, el incumplimiento a los deberes de conservación y custodia de la historia clínica generan un significativo y flagrante desconocimiento a la ley³⁴ y a los reglamentos que regulan la materia, lo que se traduce en un indicio de falla en contra de la entidad hospitalaria, sistema de aligeramiento probatorio que ha sido

³¹ ACHAVÁL, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. Ed. Abeledo Perrot. Segunda edición. Buenos Aires. 1992 pag. 231 y 232.

³² GHERZI, Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial. [Cam. Civ. Y com. San Isidro Sala II, 4/5/90 “Acuña Yolanda C. Sanatorio San Lucas SA”JA Seminario del 25/9/81”

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 1996, expediente No.11272. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁴ “ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

“1. La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162 por parte de la Entidad Promotora de Salud respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de servicios adscritas.”

acogido por la Sección Tercera para el campo obstétrico³⁵, pero que puede ser extendido a otros escenarios como se ha sostenido de manera reiterada por esta Subsección.

Así las cosas, correspondía a la entidad demandada desvirtuar el indicio de falla – que se convierte en una presunción judicial o de hombre (*presumptio hominis*)³⁶– toda vez que la historia clínica constituye el eje central sobre el cual se estructura no sólo la atención integral médica y hospitalaria, sino que, en el derecho de daños por la actividad sanitaria se erige como el principal instrumento de convicción e

³⁵ “No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, **sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla...**” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶ “En las presunciones judiciales, el juez debe hacer el proceso de inducción, en la especie de reconstrucción.

“Al respecto sostiene Elí De Gortari:

“La inferencia por reconstrucción es lo que establece una relación ya desaparecida, con base en los documentos, registros testimonios, y otros indicios que subsistan, que son considerados como pruebas de la existencia de un hecho o, por lo menos, como huellas que hacen probable su existencia pasada. De esta manera, las consecuencias son los indicios que sirven como punto de partida, en tanto que lo inducido es el hecho reconstruido. En las inferencias que se establecen para reconstruir, se presentan muchas posibilidades de cometer equivocaciones y, por supuesto, con un solo error que se cometa puede quedar inválida la cadena entera de razonamientos. Además, aunque los testimonios sean numerosos, generalmente no son completos y, por tanto, es necesario suplir los datos que faltan por medio de conclusiones inferidas por analogía. La reconstrucción inductiva se utiliza principalmente en la historia, la arqueología, la geología, la paleontología, la cosmología, la jurisprudencia y las averiguaciones judiciales; y por ende, los elementos en que se basa una inducción por reconstrucción son de lo más variado. En todo caso, dichos elementos tienen que ser sometidos previamente a una crítica rigurosa, para determinar su origen, autenticidad, admisibilidad, su veracidad, su exactitud, su valor testimonial y su significado objetivo. Y solo después de haber sufrido ese examen, es que la interpretación lógica de esos elementos puede servir como fundamento para establecer las inferencias reconstructivas que permiten explicar y comprender los hechos pasados.”

“3.6. Actividad del Juez en las presunciones judiciales.

“a. Actividad volitiva. El juez debe querer tener como fijado el hecho presumido.

“b. La presunción es el resultado de la actividad de pensar. Los hechos son estáticos; el juez, al pensar y razonar sobre éstos, les da movimiento y deduce.

“c. En el pensar y razonar, el juez induce y deduce, sobre todo de las reglas de la experiencia.

“d. Emplea la lógica dialéctica para reflexionar, imaginar y deducir.” PARRA Quijano, Jairo “Manual de Derecho Probatorio”, Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., Decima séptima edición, 2009, pág. 668 y 669.

ilustración para el juez,³⁷ circunstancia por la cual su ausencia genera una presunción judicial –estructurada en las reglas de la experiencia, la sana crítica y la evidencia³⁸–.

La Sala en otrora oportunidad indicó:

“En casos en los cuales se alega una falla del servicio con ocasión de la actividad médica, se tiene, por regla general, en cuanto a la carga de la prueba, que al actor le incumbe demostrar la falla médica... En el presente caso, la carga probatoria radicaba en el deber del demandado de desvirtuar los argumentos antes expuestos que le ocasionaron la muerte de la

³⁷ “La historia clínica es un documento de vital importancia, en muchos sentidos. Si tuviéramos que escoger en cual sentido su importancia es mayor, siempre nos quedaríamos cortos, volaríamos de la asistencial, a la investigativa y docente; pero como veremos a lo largo de esta exposición, la importancia como instrumento probatorio llamado a formar parte vital del expediente en los procedimientos de medios alternativos para la solución de conflictos médico-paciente, conciliación, mediación, arbitraje, y como medio probatorio dentro de un proceso legal, ya que en ella se encuentran plasmados todos los actos realizados por el médico tratante y los especialistas del caso concreto; del mismo modo interviene el personal auxiliar para hacer constar el tratamiento que se le suministra al paciente durante su hospitalización en la institución médica, y/o consulta particular.” GARCÍA León, Rosalía “El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario” en: A.A.V.V. “Derecho Médico Sanitario” Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 268.

³⁸ “Es verdad que siendo la prueba la demostración de la verdad de un hecho, y siendo la demostración siempre un análisis, el proceso probatorio es, por su naturaleza analítico; pero una vez que el proceso probatorio se ha cumplido, a la mente del juez le es dado obtener su resultado, sin seguir en sus grados el proceso demostrativo; bajo tal aspecto la prueba, y de modo especial la prueba evidente, integra una síntesis, porque reúne en una medida mental los elementos probatorios singulares.

“(…) Así pues, donde la razón humana aprecia la evidencia, tiene un criterio suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro al alma, así la evidencia es el semblante de la verdad... Es deplorable tanto el comportamiento de aquel que, sin pruebas, cree en la existencia de un hecho, como el comportamiento de aquel que no encuentra nunca suficientes los elementos para afirmar la existencia del hecho mismo... La prueba es un instrumento para la búsqueda de la verdad que, como tal, no sólo debe ser apropiado al fin de alcanzar, sino que debe ser también manejado perfectamente por quien lo emplea, para que pueda cumplir, sin engaño, su obra. No es suficiente que el juez sepa enumerar los elementos singulares de prueba, que sepa pasarles revista, en forma más o menos ingeniosa; es necesario que lo sepa apreciar como convenientemente y, sobre todo, que sepa captar el nexo no exterior sino íntimo que los une. Los datos singulares deben, pues, ser valorados bajo un doble aspecto: por sí mismos y en relación a los otros elementos; lo que significa buscar la conexión con sus causas y con sus efectos; trabajo que es producto de la lógica de indagador. No sin razón afirmaba Gioberti que “el criterio de la verdad es su conexión lógica con el resto”; y que “la certeza plena nace del perfecto y recíproco enfrentamiento y comparación de los antecedentes y de los consecuentes.” La evidencia, más que de la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho de modo rápido y seguro, y casi dominarlo.

“(…) Es por esta razón por la que Galileo afirmaba que “una experiencia manifiesta basta para enervar mil razones, y mil razones no bastan para hacer una experiencia verdadera.”” BRICHETTI, Giovanni “La evidencia en el derecho procesal penal”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1973, pág. 10, 39, 40 y 129.

paciente, labor que no fue demostrada en el proceso por cuanto no allegó copia de la historia clínica en donde se pudiera observar las condiciones en que ingresó la paciente al hospital, por lo tanto, se configura la responsabilidad patrimonial aludida.”³⁹

El efecto mencionado ha sido avalado por la doctrina autorizada sobre la materia, en los siguientes términos:

“Importancia jurídica de la historia clínica:

“Desde el punto de vista clínico y científico su importancia radica en llevar la correlación de los datos relativos a la enfermedad del paciente, sin embargo una vez que surge el interrogante sobre la imputabilidad de un daño ocasionado por el médico en su ejercicio, la historia clínica se convierte en jurídicamente relevante, tanto en forma directa como en forma indirecta.

“En forma directa, porque queda plasmado todo lo realizado por el médico tratante, sus pensamientos, sus juicios y decisiones, tratamientos, diagnósticos, el día y la hora en la cual revisó el enfermo, las interconsultas solicitadas, las juntas médicas y todos aquellos datos que son de gran valor para un determinado juicio civil o penal.

“En forma indirecta ya que el juez a través de su observación y apreciación puede determinar la diligencia del médico en sus actuaciones. El médico que realiza una historia clínica incompleta, que presenta irregularidades como abreviaturas, garabatos u omisión de algún dato importante da a relucir que la elaboración de la historia clínica por ese médico profesional no puede ser considerada como diligente, porque muestra imprudencia en la realización de los juicios clínicos y en las conclusiones terapéuticas desarrolladas con el enfermo.

“Desde el punto de vista jurídico, consiste en la materialización del deber de informar al paciente de su pronóstico y el registro de los datos respecto a su diagnóstico y tratamiento.

*“Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplir con la carga de información necesaria que permitirá dilucidar en el proceso la actuación del médico derivada del deber secundario de su conducta. **Si ese deber procesal no es cumplido por el médico, se produce una inversión de la carga de la prueba sobre aquello que no conste en la historia clínica.** Estos registros poseen un gran valor probatorio, que en ellos se deja constancia de todas las circunstancias relativas a la atención médica que recibe el paciente.”⁴⁰ (Negrillas y cursivas del original – negrillas y subrayado sostenido adicionales).*

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, exp. 15261, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁰ GARCÍA León, Rosalía “El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario” en: A.A.V.V. “Derecho Médico Sanitario” Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 272 y 273.

En similar sentido, en el derecho español se habilita al Juez de lo Contencioso Administrativo a imponer sendas multas y a compulsar copias al Ministerio Fiscal, por cuenta del incumplimiento de la administración sanitaria de remitir con destino al proceso la historia clínica del paciente⁴¹.

Ahora bien, en relación con los requisitos para la elaboración de la historia clínica, la doctrina –aunados a los señalados en el artículo 3º del Decreto 1995 de 1999– ha sostenido:

“La historia clínica es un registro de datos médicos y como tal tiene que ser:

“- Descriptiva, porque debe describir el cuadro clínico con la información relevante, en especial el comienzo del tratamiento.

“- Cronológica y fiel, ya que se confecciona en el mismo momento en que el paciente toma contacto con el médico en cada consulta, dejando constancia paso a paso y temporalmente de los acontecimientos diagnósticos y terapéuticos, lo cual significa que debe ser actualizada diariamente.

“- Completa, ordenada y legible, pues de la correcta confección de la historia clínica va a depender el aspecto documental que tenga el juez, de la atención practicada por el médico al paciente; la insuficiencia de la misma en cambio acarreará dificultades al médico.”⁴²

Por consiguiente, a la parte actora en estos eventos le corresponde acreditar: i) el daño antijurídico, ii) la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, o los instrumentos propios de la teoría de la imputación objetiva, y iii) el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que la entidad hospitalaria incumplió –reconocido expresamente en el caso concreto por la entidad– el deber de conservación y custodia de la historia clínica.

⁴¹ Cf. CANTERO Rivas, Roberto “La historia clínica en el proceso: su aportación por los pacientes”, en A.A.V.V. “La historia clínica”, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 230 y 231.

⁴² GARCÍA León, Rosalía “El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario” en: A.A.V.V. “Derecho Médico Sanitario” Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 271.

Así las cosas, en el caso concreto la entidad no desvirtuó el indicio de falla por la no aportación completa de la historia clínica de la paciente XX, y de ello se sigue una consecuencia de orden probatorio.

En ese orden de ideas, en el caso concreto el daño no se derivó de un error en el acto médico de instalación del "DIU", sino de la posibilidad que existe –como lo pone de presente el perito especialista– de que a partir de la inserción de un dispositivo intrauterino con fines anticonceptivos se generara una enfermedad pélvica infecciosa (EPI), circunstancia que ha debido ser monitoreada y advertida por la institución hospitalaria, so pena de configurar una falla del servicio.

En efecto, resulta oportuno recordar lo precisado por el citado facultativo, perito, quien con apoyo en la doctrina científica manifestó:

"2. Uso el dispositivo intrauterino y su relación con las infecciones pélvicas.

"Aunque el dispositivo intrauterino se colocó en forma correcta, cumpliendo con las condiciones de asepsia adecuadas, tiene relación directa con las infecciones pélvicas presentadas por la paciente. La literatura científica señala el dispositivo intrauterino como una causa clara de enfermedad pélvica inflamatoria y existe consenso al respecto.

"Siempre se encuentra infección bacteriana después de la inserción del dispositivo intrauterino, pero el útero aparece de nuevo estéril durante el ciclo siguiente. Solo en raras ocasiones la infección uterina clínica complica la inserción.

"En 1968 WRIGHT demostró un aumento de 7 veces en la frecuencia de enfermedad pélvica inflamatoria (EPI) en usuarias de DIU, en comparación con aquellas mujeres que utilizaban otro método de anticoncepción..."

"Las infecciones que se relacionan con el DIU característicamente se presentan en el primer mes después de su inserción, lo cual se presentó en esta paciente. Al prescribir el uso del DIU se debió ordenar un directo y gram de flujo como lo contemplan las normas técnicas y administrativas sobre enfermedades de transmisión sexual del S.S.A." (Negrillas adicionales).

En relación con la enfermedad inflamatoria pélvica, el Manual Merck señala:

"La inflamación pélvica (salpingitis) es una inflamación de las trompas de Falopio, por lo general causada por una infección.

Las trompas de Falopio son unas estructuras tubulares que se extienden desde la parte superior del útero hasta cada ovario.

“La inflamación de las trompas de Falopio se produce sobre todo en mujeres sexualmente activas. Las que usan dispositivos intrauterinos (DIU) se encuentran especialmente expuestas. La inflamación es el resultado de una infección bacteriana, que suele iniciarse en la vagina y se extiende hacia el útero y las trompas. Estas infecciones rara vez aparecen antes de la primera menstruación (menarquia), después de la menopausia o durante el embarazo.

“(…) Síntomas

“Los síntomas empiezan poco después de la menstruación y se caracterizan por dolor en la parte inferior del abdomen cada vez más intenso, que puede acompañarse de náuseas y vómitos.

“(…) Por otro lado, también pueden desarrollarse abscesos (acumulaciones de pus) en las trompas, ovarios o pelvis. Si la administración de antibióticos no elimina los abscesos, se debe recurrir al drenaje (vaciado) quirúrgico. Si un absceso se rompe (se vierte pus dentro de la cavidad pélvica) el dolor de la parte inferior del abdomen se hace muy intenso y se acompaña de náuseas, vómitos y presión arterial muy baja (shock). Esta clase de infección puede alcanzar la circulación sanguínea (sepsis), situación que puede ser mortal. Un absceso perforado siempre requiere cirugía urgente.”⁴³ (Cursivas del original – negrillas fuera del texto).

La posibilidad de recurrir a la literatura médica por parte del funcionario judicial, ha sido avalada por el reconocido profesor y tratadista, Jairo Parra Quijano, quien con autoridad en la materia, ha sostenido:

“El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.

“Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario)”⁴⁴ (Se destaca).

Como se aprecia, el derecho procesal y probatorio moderno ha dejado de lado el legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para que, en los términos que en su momento formulara Montesquieu, aquél sólo fuera

⁴³ Manual Merk, Ed. Océano Grupo Editorial, Barcelona, pág. 1118 y 1119.

⁴⁴ PARRA Quijano, Jairo “Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

la boca de la ley. Avalar una posición contraria, conllevaría adoptar una visión reduccionista y limitada de la labor de administrar justicia, la cual ha sido superada por una más garantista que permite al juez recurrir a todos los elementos técnicos y científicos que tiene a su alcance, en aras de comprender y valorar con mayor precisión los instrumentos probatorios que integran el proceso.

Por lo tanto el juez puede valerse de literatura –impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico– no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa⁴⁵.

Como se advierte, en el caso concreto el título de imputación jurídica que desencadena la responsabilidad del municipio demandado encuentra apoyatura en el “indicio de falla”, al no haberse aportado de manera completa la historia clínica de la paciente XX, aunado al hecho de la acreditación de que los dispositivos intrauterinos incrementan considerablemente el riesgo de que la mujer presente un escenario de enfermedad pélvica infecciosa (EPI), circunstancia por la que su falta de control y seguimiento con fundamento en la historia clínica –la cual no reposa en el proceso– constituye una falla del servicio probada.

Es decir, en la atención de la paciente en el hospital Gilberto Mejía se debió advertir la circunstancia que presentaba la paciente, esto es, la instalación reciente de un dispositivo intrauterino de planificación, lo cual hubiera conducido al diagnóstico de una enfermedad pélvica infecciosa; por tal motivo, al no haber constatado esa circunstancia se presentó una falla del servicio médico –hospitalario.

⁴⁵ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

En síntesis, en el caso concreto concurrieron dos fallas del servicio: i) la derivada de la falta de aportación completa de la historia clínica de la paciente, la cual genera un indicio en contra de la entidad demanda, y ii) la indebida atención en la valoración médica, ante la falta de constatación de que a la paciente, de manera reciente, se le había insertado un dispositivo intrauterino "DIU".

De modo que, el municipio demandado sin ambages está compelido a la reparación integral del daño irrogado a la señora XX y sus familiares, ya que en un centro médico vinculado o perteneciente al mismo, se le instaló un dispositivo intrauterino a aquélla y ese objeto alojado en su organismo desarrolló –como era altamente probable– una enfermedad pélvica infecciosa, lo que terminó con la práctica de una anexo hysterectomía, esto es, el retiro total o completo del aparato reproductor femenino, es decir, corresponde a una intervención quirúrgica que consiste en extraer el útero o matriz, las trompas de Falopio y los ovarios de la mujer.

En efecto, la hysterectomía consiste en:

"Es la cirugía para extirpar el útero o la matriz de una mujer. El útero es el área donde el bebé crece cuando una mujer está en embarazo.

"Durante una hysterectomía, el médico puede extirpar todo el útero o sólo parte de éste. Las trompas de Falopio (conductos que conectan los ovarios al útero) y los ovarios pueden también extirparse.

"Tipos de hysterectomía:

Hysterectomía parcial (o supracervical): se extirpa sólo la parte superior del útero. El cuello uterino se deja en su lugar.

"Hysterectomía total: se extirpa todo el útero y el cuello uterino.

"Hysterectomía radical: se extirpa el útero, el tejido en ambos lados del cuello uterino y la parte superior de la vagina. Ésta se hace principalmente si se tiene cáncer.

"Hay muchas formas diferentes de llevar a cabo una hysterectomía y se puede hacer a través de una incisión quirúrgica ya sea en el abdomen o en la vagina.

"El médico la ayudará a decidir qué tipo de histerectomía es la mejor para usted. El procedimiento específico depende de su historia clínica y de la razón para la cirugía.

"Histerectomía abdominal: el cirujano hace una incisión quirúrgica de 5 a 7 pulgadas en la parte inferior de su abdomen. El corte puede ir ya de arriba a abajo o a través del abdomen, justo por encima del vello púbico. Éste se denomina corte tipo bikini.

"Histerectomía vaginal: el cirujano hace un corte en la vagina, a través del cual saca el útero. La herida se cierra con puntos de sutura.

"Histerectomía laparoscópica: un laparoscopio es un tubo angosto con una cámara diminuta en el extremo. El cirujano hará de 3 a 4 incisiones pequeñas en su abdomen e introducirá el laparoscopio y otros instrumentos quirúrgicos a través de dichas aberturas. Luego, corta el útero en pedazos pequeños que se puedan extraer a través de estas pequeñas aberturas.

"Histerectomía vaginal asistida por laparoscopio: el cirujano extirpará el útero a través de un corte en el interior de la vagina. Se utiliza un laparoscopio para guiar el procedimiento.

"Histerectomía robótica: este procedimiento es similar a la cirugía laparoscópica, pero se utiliza una máquina especial (robot). La cirugía robótica casi siempre se usa para llevar a cabo una histerectomía cuando una paciente tiene cáncer o sobrepeso y la cirugía vaginal no es segura."⁴⁶

En similar sentido, esta Subsección en sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 20371⁴⁷, con apoyo también en la literatura médica y científica sobre la materia, señaló:

"Debe tenerse en cuenta que el tratamiento prescrito como solución dada, esto es la histerectomía abdominal, la literatura científica la define como "la extirpación quirúrgica del útero que ocasiona la incapacidad para quedar en embarazo (esterilidad)" y es el procedimiento indicado por "endometriosis en los casos en los que el dolor es severo y no responde a otros tratamientos no quirúrgicos" para mujeres que la padecen "con enfermedad o síntomas severos que no tienen intenciones de quedar embarazadas en el futuro"¹⁰.

⁴⁶ <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002915.htm> Página web consultada el 27 de marzo de 2012.

⁴⁷ M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Cita del fallo. Medline Plus, Servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU. y los Institutos Nacionales de Salud, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm>. Sentencia del 3 de mayo de 2007 Exp: 16098 M.P Enrique Gil Botero

Respecto a las consecuencias que se producen a partir de la realización de la histerectomía, la Sección Tercera y, de manera reciente las diversas Subsecciones que la integran, se han pronunciado en múltiples ocasiones⁴⁸ para poner de presente las graves y complejas repercusiones que en la integridad psicofísica de la mujer genera este tipo de intervenciones, principalmente en cuanto tiene que ver con la imposibilidad de concebir, y las de tipo hormonal –que pueden desencadenar un envejecimiento prematuro– así como la disminución de la libido⁴⁹ y la falta de lubricación vaginal. Estas consecuencias, de índole física y psicológica trasuntan en el proceso a partir de las experticias médica y psicológica practicadas.

De igual forma, en la obra de la profesora Helene Deutsch, intitulada “La psicología de la mujer”, se hace una exaltación a la maternidad y el sentido que encuentra la mujer en esa experiencia única para su género:

“En la maternidad, la mujer encuentra la oportunidad maravillosa de experimentar directamente este sentido de inmortalidad. La función reproductora de la hembra no es simplemente un acto individual, único o repetido, en el plano biológico. Por el contrario, los acontecimientos biológicos como tales pueden ser concebidos como manifestaciones individuales de la fluctuación humana universal entre los dos polos de creación y destrucción, y como la victoria de la vida sobre la muerte. En tal sentido, esas manifestaciones biológicas son expresadas en sentimientos primitivos, en cultos religiosos y en el más avanzado pensamiento filosófico.”⁵⁰

Por su parte, en relación con las aciagas consecuencias que se derivan de la intervención quirúrgica que le fue practicada a XX, la doctrina autorizada ha señalado:

“(…) La histerectomía es la pérdida del aparato reproductor femenino, con una ostensible afectación del patrimonio biológico, que como se sabe, lo

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de mayo de 2007, exp. 16098, M.P. Enrique Gil Botero y del 23 de junio de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 20996, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 20371, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁹ “Deseo sexual, considerado por algunos autores como impulso y raíz de las más variadas manifestaciones de la actividad psíquica.” http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=libido Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Página web consultada el 27 de marzo de 2012.

⁵⁰ DEUTSCH, Helene “La psicología de la mujer”, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, segunda parte, tercera edición, 1960, pág. 9.

constituye cada uno de los órganos, aparatos y sistemas con sus respectivas funciones, por ello la histerectomía evidencia como manifestación del daño corporal, secuelas: a) anatómicas evidentes: pérdida de la matriz; b) funcionales: pérdida de la menstruación. Incapacidad para la concepción uterina; c) estéticas: cicatriz operatoria o laparatómica; d) síquicas: muy frecuentes e importantes. La pérdida del aparato reproductor femenino, bien de manera parcial –histerectomía-, o total, -anexohisterectomía-, que es el caso de la paciente, en cuanto a su función y significado suele motivar complejos de castración, inferioridad y masculinización. Depresiones. Neurosis, incluso psicosis exógenas; e) morales: derivadas de la hospitalización del riesgo quirúrgico de la secuela anatómica y funcional etc. **El perder la capacidad de gestación o maternidad produce un efecto frustrante de gran repercusión moral**⁵¹

Sobre la importancia, el júbilo y el regocijo que constituye esa actividad impar que es procrear, engendrar y, sobre todo, la asombrosa labor de la maternidad, el reconocido vate José Pedroni, en su poema titulado “maternidad”, en forma majestuosa y laudatoria, con su pluma plasmó los siguientes párrafos sublimes que aunado al hecho de ser un canto alegórico a la actividad de dar vida, sirven de apoyo para comprender –desde el punto de vista literario– los hechos que se estudian:

“Mujer: en un silencio que me sabrá a ternura// durante nueve lunas
crecerá tu cintura// y en el mes de la siega tendrás color de espiga //
vestirás simplemente y andarás con fatiga.

“El hueco de tu almohada tendrá un olor a nido // y a vino
derramado nuestro mantel tendido-// Si mi mano te toca // tu voz,
con vergüenza, se romperá en tu boca// lo mismo que una copa. //
El cielo de tus ojos será un cielo nublado.// Tu cuerpo todo entero,
como un vaso rajado// que pierde un agua limpia.// Tu mirada un
rocío.// Tu sonrisa la sombra de un pájaro en el río...

“Y un día, un dulce día, quizá un día de fiesta// para el hombre de
pala y la mujer de cesta;// el día que las madres y la recién
casadas// vienen por los caminos a las mismas cantadas;// el día que
la moza luce su cara fresca,// y el cargador no carga, y el pescador
no pesca...// tal vez el sol deslumbre; quizá la luna grata
tenga catorce noches y espolvoree plata// sobre la paz del monte; tal
vez el villaje llueva calladamente; quizá yo esté de viaje...

“Un día un dulce día con manso sufrimiento,// te romperás cargada
como una rama al viento,// y será el regocijo// de besarte las manos,

⁵¹ Cf. PÉREZ Pineda, Blanca y GARCÍA Blázquez Manuel, “Manual de valoración y baremación del daño corporal”, Editorial Comares, Granada, 1991.

y de hallar en el hijo// tu misma frente simple, tu boca, tu mirada,//
y un poco de mis ojos, un poco, casi nada..."

Visto lo anterior, resulta paradójico que el municipio demandado pretenda con el recurso de apelación que se reduzcan los perjuicios decretados en primera instancia. Se equivoca el recurrente al echar mano del criterio aritmético o numérico de que la paciente ya tenía cuatro hijos y que su voluntad era no procrear más.

El mencionado argumento sólo refleja una actitud ríspida que desconoce la realidad de los acontecimientos y la gravedad de los hechos. Sea el momento oportuno para recordar que una cosa es planificar voluntariamente con un método de anticoncepción reversible y, por lo tanto, que sea la pareja en consenso quienes decidan cuántos hijos desean traer al mundo, y otra muy disímil es que por cuenta de un episodio que configura un escenario de responsabilidad se cercene y limite de manera definitiva e irreversible la posibilidad de procrear; así mismo, se afecte la salud física y mental de la mujer –en el caso concreto de 25 años– al grado tal que nunca más volverá a experimentar su ciclo menstrual, su equilibrio endocrinológico requerirá del suministro de por vida de pastillas o píldoras con hormonas, lo que podrá generar un envejecimiento prematuro con las consecuencias que ello apareja (v.gr. osteopenia u osteoporosis), que se produzca, así mismo, la pérdida de la excitación sexual, como también las sensación de placer en las relaciones de pareja, entre otras.

La Sala en otrora oportunidad, con una argumentación que resulta, *mutatis mutandi*, pertinente a los hechos que se juzgan en esta oportunidad, con especial énfasis puntualizó⁵²:

"A la paciente Sra. Aracelly Valencia Salazar, y su esposo Sr. Rubén de Jesús Velásquez, los privó el médico ya citado de la POSIBILIDAD DE ELEGIR, con lo cual se les creó un vacío de existencias. So pretexto de evitar que ella corriera en el futuro con el grave riesgo de quedar nuevamente embarazada, con el argumento de que la futura criatura "iría a fallecer", con la tesis de que el grave deterioro de los tejidos abdominales de la enferma, impedía futuras intervenciones quirúrgicas de esos mismos

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1993, exp. 7795, M.P. Julio César Uribe Acosta.

tejidos, etc. etc., se violó al derecho a DECIDIR, que el hombre debe conservar y defender, en todo momento, ora para bien, ora para mal, pues sólo así podrá edificar, como lo recordaba algún escritor, el "MONUMENTO DE SU EXISTENCIA". "Al hombre se le puede arrebatar todo, salvo una cosa: la última de las libertades humanas la elección de la actitud personal ante un conjunto de circunstancias - para decidir su propio camino"(El hombre en busca de sentido. Víctor Frankl, pág. 69)

"El pesimismo sobre la suerte futura de la Sra., Aracelly Valencia y de sus nuevas criaturas, produjo el entuerto de acabar con los ratones quemando la casa. Por qué causa, motivo o razón el médico tenía que ocuparse, en el caso sub - exámine, de las decisiones futuras que tomara la paciente? Ella podía decidir, a su sola voluntad, si corría el riesgo de tener un nuevo hijo o de no tenerlo. Podía también aceptar, con resignación cristiana, el sufrimiento, aceptando inclusive la muerte. Con qué argumentos científicos serios se concluye que en el evento de un nuevo embarazo la criatura "NO HABRIA RESISTIDO"? Todos estos planteamientos llevan al sentenciador a recordar al siquiatra y escritor ya citado, cuando al relatar sus experiencias en un campo de concentración destaca cómo hay personas que olvidan muchas veces que una situación externa, excepcionalmente difícil, puede ser que le da al hombre la oportunidad de crecer espiritualmente más allá de sí mismo. Son las que no toman la vida en serio y la desdeñan como algo inconsecuente. Esta realidad lo lleva a recordar las palabras de Bismark: La vida es como visitar al dentista. Se piensa siempre que lo peor está por venir, cuando en realidad ya ha pasado". Parfraseando este pensamiento, podríamos decir -agrega- que muchos de los prisioneros del campo de concentración creyeron que la oportunidad de vivir les había pasado y sin embargo, la realidad es que representó una oportunidad y un desafío: que o bien se puede convertir la experiencia en victorias, la vida en un triunfo interno, o bien se puede ignorar el desafío y limitarse a vegetar como hicieron la mayoría de los prisioneros" (Obra ya citada, pág. 75).

"(...) E) La oportunidad se muestra propia para glosar dos planteamientos hechos por el distinguido profesional, apoderado de la parte demandada, cuando excusa la conducta del médico diciendo que "... en cierta forma estaba también protegiendo a la eventuales criaturas producto de un nuevo embarazo" y cuando afirma que: " ... si el médico no hubiese procedido como lo hizo, la paciente POSTERIORMENTE no habría podido soportar una nueva intervención quirúrgica para ligarle las trompas o para tener un nuevo parto por cesárea". Respecto a lo primero cabe concluir que es filosofía dañina, porque manejando esa forma de protección por la voluntad de terceros, en forma indiscriminada, puede ocurrir que seres sin Dios y sin ley pretendan justificar los internamientos en centros psiquiátricos, o en campos de concentración, métodos muy utilizados en el pasado por gobiernos totalitarios. No se puede proteger a "Las eventuales criaturas" eliminando de entrada toda posibilidad para su existencia."

Se advierte en la apelación una visión que deja de lado los lineamientos modernos del derecho de género, la individualidad de la mujer, su identidad, sus condiciones

particulares que lejos de situarla en una posición de desventaja frente a los hombres, debe ser entronizada o al menos estar en nivel de igualdad, son ellas las que, al fin de cuentas, nos dan la vida a todos, tanto a hombres y mujeres. Son ellas quienes con su esfuerzo y dedicación entregan sus hijos e hijas al mundo. Por esto, el daño que se le causa a la mujer cuando se le afecta su aparato reproductivo no se circunscribe al ámbito sexual, sino que comprende un conjunto de esferas que tocan las fibras más profundas de los campos biológico y psicológico de aquélla.

En consecuencia, el razonamiento de la impugnación desconoce el contenido y alcance de los principios constitucionales de dignidad humana y de libertad, que se ven afectados con el daño antijurídico que sufrió XX. En efecto, respecto del primero es evidente que la persona se entiende como un fin en sí mismo y no como un medio para los fines de los demás⁵³; de otra parte, la autonomía individual y personal, la decisión voluntaria de definir el número de hijos que se desea procrear, la libre determinación que le asiste a la mujer para decidir sobre su vida sexual y reproductiva, constituye un derecho fundamental sobre el cual una intromisión injustificada deviene inconstitucional y, por lo tanto, reprochable.

Al respecto, vale la pena extraer brevemente una parte de ese sobresaliente pensamiento:

“Ya en el mero nombre de “hombre” [entendido como ser humano] hay una dignidad. Y como esta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal...”⁵⁴

En consecuencia, la importancia de la dignidad entendida como aquel imperativo categórico –en términos Kantianos– que determina que cada ser humano –sin

⁵³ KANT, Emmanuel “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, trad. Manuel García Morentes. Libro virtual que se puede consultar en la siguiente dirección: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01362842104592728687891/index.htm>

⁵⁴ PUFENDORF, Samuel “*De jure naturae et gentium*”, citado por WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 145.

importar su sexo, raza, etnia, clase social, capacidad física y/o mental, capacidad económica, etc.– es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar los fines de otros, radica en que la misma constituye el sustrato de todos los derechos humanos, principalmente de los derechos fundamentales y, por ende, de la vida y la libertad garantías éstas sin las cuales la existencia y plenitud de la humanidad se vería amenazada.

Por las anteriores razones, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto se refiere a la declaratoria de responsabilidad y la condena decretada, para lo cual de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales, efectuará la respectiva conversión automática de gramos oro a salarios mínimos mensuales legales vigentes. Así mismo, se limitará a actualizar a valor presente la condena reconocida a título de daño emergente.

4. Reliquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios morales

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada⁵⁵ ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de víctima directa (lesionada), esposo e hijos de la misma.

Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁵⁶.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:

Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”⁵⁷ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser *“adecuada”* para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más *“benigna”* entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los

⁵⁷ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

derechos fundamentales las cuales deben *"compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad"*.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación⁵⁸, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁵⁹. El primero se explica así: *"cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"*⁶⁰. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen "per se" y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados⁶¹.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

"Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y

⁵⁸ La ponderación es el "procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto" Ibidem, pág. 575.

⁵⁹Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

⁶⁰Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

⁶¹Ibidem, p. 101 a 103.

principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

"Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige."⁶²

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁶³

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Y ello no es correcto, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades

⁶³ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”⁶⁴

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”⁶⁵

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe⁶⁶:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“(…) La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroable y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

“(…)

“5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* se remite a la valoración del juez.

⁶⁵ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

"(...) Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**

"(...) Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

"(...)".

En esa perspectiva, la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Este criterio se reafirmó de manera reciente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que con particular *sindéresis* se indicó:

"En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000) moneda legal colombiana.

"Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios

corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del *arbitrio iudicis*. ”⁶⁷

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquella no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto⁶⁸.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo⁶⁹.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

⁶⁸ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes. “Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

⁶⁹ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurió de la siguiente forma:

“(...) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una

fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...

“(…) Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”⁷⁰ (Se destaca).

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁷¹.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁷¹ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes como quiera obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de las lesiones padecidas por su esposa y madre, respectivamente, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁷² que las lesiones o afectaciones a la integridad psicofísica de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda⁷³.

⁷² Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: “La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**” (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

⁷³ Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en

En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hinestrosa, en la aclaración de voto realizada frente a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida en el proceso radicado con el número 1651, oportunidad en la que con particular *sindéresis* expresó:

"(...) Igualmente pienso que, no obstante el efecto práctico valioso de la tesis de actualizar la suma del código penal de 1936, por la vía de la conversión monetaria o de su conversión en oro o en el precio del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 de dicho código, las jurisdicciones contencioso administrativa y civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional o aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.

"(...)

Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta de la condena por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento –dolor– ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.

"(...)

"En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es

un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: "Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: "La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // "La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro".

siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional: en el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar próximo a los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones y conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como medida del monto de la indemnización del daño moral.

“Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo...”

En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro –de la condena de primera instancia– a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV.

Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁷⁴ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante lesiones padecidas por un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos.

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según los porcentajes avalados por la Sala, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a

⁷⁴ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.”

continuación, con respeto del principio de la *no reformatio in pejus* del apelante único, en este caso el municipio demandado:

XX (damnificada)	100 SMMLV
YY (esposo)	50 SMMLV
AA (hijo)	10 SMMLV
BB (hija)	10 SMMLV
CC (hijo)	10 SMMLV
DD (hija)	10 SMMLV

4.2. Perjuicios materiales – daño emergente

En este punto, la Sala se limitará a actualizar a valor presente el monto reconocido en primera instancia por concepto de daño emergente a favor del señor YY, y para ello empleará la fórmula de actualización de la renta, en la cual renta actualizada es igual a la multiplicación de la renta histórica por el resultado de la división del índice de precios al consumidor vigente a la fecha de este proveído (2012) y el IPC inicial, esto es, el correspondiente al momento en que se profirió la sentencia de primera instancia (mayo 2001).

En efecto, la actualización de la renta (indexación) se efectúa con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

$$Ra = \$ 590.599 \frac{110,62}{65,78}$$

Ra= \$993.190,00

5. Medidas de justicia restaurativa

Ahora bien, toda vez que el presente asunto se vulneró **gravemente** un derecho fundamental (salud), es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del mismo. En efecto, la Sala en ocasiones anteriores ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de no reformatio in pejus, en dos escenarios: i) la grave violación a derechos humanos por parte del Estado –acción u omisión– o por la actividad de terceros pero imputable al primero y ii) la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional.

En la segunda hipótesis la Sección Tercera ha decretado medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado. Ahora bien, esa vulneración puede estar referida al ámbito subjetivo u objetivo de la correspondiente garantía fundamental.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado⁷⁵:

“(…) la Corte puede pronunciarse y es competente para amparar la dimensión objetiva de los derechos conculcados así como para establecer las respectivas medidas de protección.

“(…) 6.- Como se desprende de los hechos relatados en los antecedentes de la presente sentencia, la muerte del niño se presentó cuando se tramitaba la primera instancia, razón por la cual *prima facie* la Corte tendría que confirmar el fallo revisado por carencia actual de objeto. No obstante, a partir de las pruebas y de las circunstancias que obran en el expediente puede deducirse que en el caso *sub judice* se produjo un desconocimiento, protuberante, de derechos constitucionales fundamentales. De una parte, se violaron los derechos del niño a la salud, a la vida, a la dignidad y a la integridad personal. La sentencia de instancia desconoció que en el asunto *sub judice* también se infringieron los derechos constitucionales de la madre y más concretamente sus derechos a (i) elegir la IPS que podía prestar un servicio de salud de mayor calidad y eficacia dados los

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

padecimientos sufridos por el niño y la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; (ii) optar por la maternidad, (iii) conformar una familia; (iv) recibir una protección especial del Estado al ser madre cabeza de familia, (v) a la integridad personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.” (Subrayado adicional).

En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión subjetiva u objetiva de un derecho fundamental, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral.

En efecto, sea oportuno recordar que el contenido y alcance del principio de reparación integral se encuentra delimitado por decisiones que pueden ser de contenido pecuniario o no pecuniario, y comprenden⁷⁶:

- a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.
- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

⁷⁶ Al respecto se pueden consultar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de octubre de 2007, exp. 29273, del sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero. De igual forma, la sentencia reciente –y la primera que contiene medidas de justicia restaurativa adoptadas por la nueva Sala Plena de la Sección Tercera– de unificación de jurisprudencia, del 4 de mayo de 2011, exp. 19355, M.P. Enrique Gil Botero.

- c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.
- d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.
- e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras.

En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales es el único contenido del principio de reparación integral que se encuentra amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado⁷⁷, esto es, la garantía de la congruencia y de la no *reformatio in pejus*, siempre que, se insiste, se trate de un escenario de grave vulneración a derechos humanos o medie la afectación significativa de un derecho fundamental constitucional. En los demás casos a los dos mencionados, las medidas de justicia restaurativa sólo serán procedentes si están deprecadas expresamente en la demanda.

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, M.P. Enrique Gil Botero.

evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado⁷⁸, resarcimiento que no sólo se circunscribe a la dimensión objetiva del derecho (general y abstracta), sino que puede estar vinculada con la persona (derecho subjetivo) en aras de garantizar la indemnidad del daño irrogado.

En consecuencia, al margen de que la persona sea la titular del derecho subjetivo –en estos escenarios del derecho fundamental gravemente conculcado– y, por lo tanto, sea ella quien depreque la respectiva forma de reparación del daño en la demanda (v.gr. indemnización, es decir, el pago de los perjuicios morales o materiales, o cualquier otra forma de reparación integral), es posible que el juez en estos supuestos en aras de la garantía y amparo del núcleo del derecho afectado proceda a decretar, de oficio, medidas de justicia restaurativa que garanticen la idónea y correcta aplicación del principio de reparación integral contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 (v.gr. pedir excusas por el daño causado, ordenar tratamientos psicológicos o psiquiátricos a favor de las víctimas, decretar obligaciones de dar, de hacer o no hacer, ordenar la apertura de investigaciones para esclarecer la verdad de los hechos, entre muchas otras órdenes)⁷⁹.

Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección se precisó⁸⁰:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el

⁷⁸ Al respecto, se puede consultar la sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 36912, M.P. Enrique Gil Botero.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*.

“ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición...

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”^{81#82}

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, como también con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, rehabilitación, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo esencial de un derecho

⁸¹ CIDH, caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222...

⁸² CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

fundamental (ámbito subjetivo) o la dimensión objetiva de ese derecho que ha sido afectado por una entidad estatal.

En el caso concreto, es evidente la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la historia clínica de la paciente XX, lo que impidió que el juez tuviera acceso a la información de la atención brindada a la misma, los parámetros con que fue evaluada, los signos y síntomas que reportó en el Hospital Gilberto Mejía Mejía, entre otros aspectos. Por tal motivo, el indicio de falla generado en virtud de la falta de entrega completa e íntegra de la historia clínica al proceso, genera una vulneración significativa y representativa del derecho a la salud de XX (ámbito subjetivo del derecho), así como en general de la dimensión objetiva del mismo, pues se trata de una conducta reprochable que no puede ser avalada desde ningún punto de vista y menos por el juez de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de las siguientes medidas de justicia restaurativa:

5.1. Rehabilitación:

El municipio de Rionegro a través del Hospital Gilberto Mejía Mejía suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora XX, y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias de la práctica de la anexo histerectomía, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso.

Por lo tanto, la entidad territorial y el hospital Gilberto Mejía Mejía, o quien haga sus veces, no se podrán negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud –incluidos los de ayuda psicológica– a favor de XX, así como brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que se requieran para

mejorar su condición producto del procedimiento quirúrgico que le fue practicado (anexo histerectomía).

5.2. Satisfacción:

El director del hospital ofrecerá excusas públicas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, a la señora XX, así como a su esposo e hijos, por los hechos ocurridos en enero de 1994, y que terminaron en la lastimosa práctica de una anexo histerectomía para salvar la vida de la paciente debido al grave estado de pelvipерitonitis generalizada que padecía.

Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber desconocido el deber de custodia y conservación de la historia clínica de la paciente y, por consiguiente, la grave vulneración al derecho a la salud de la misma.

5.3. Garantías de no repetición

5.3.1. Se ordenará a costa y cargo del municipio de Rionegro, dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, realizar la publicación de esta sentencia en un medio masivo impreso a nivel departamental en un folleto anexo al mismo.

5.3.2. El municipio de Rionegro, en su página web⁸³, establecerá un *link* con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web.

⁸³ <http://www.rionegro.gov.co/>

5.3.3. Así mismo, se compulsarán copias a la Procuraduría Regional de Antioquia para que investigue los hechos ocurridos en el Hospital Gilberto Mejía Mejía, y que terminaron con el extravío parcial de la historia clínica de la paciente XX.

De todas las medidas de justicia restaurativa se hará llegar una constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia, quien se encargará de verificar el cumplimiento de las mismas.

6. Medida de protección del derecho fundamental a la intimidad

La Sala advierte que debido a las medidas de justicia restaurativa, cuyo objetivo es la materialización del principio de reparación integral y la protección al derecho a la salud en sus órbitas subjetiva y objetiva, es posible que, se desencadene una lesión a otro derecho fundamental cuya titularidad ostentan los demandantes, esto es, la intimidad.

Por tal motivo, en la publicación de la sentencia en el medio masivo de comunicación (garantía de no repetición), en la versión magnética que se suba a la página web de la entidad territorial recurrente y en la Relatoría de esta Corporación, se omitirán los nombres de los demandantes, en aras de no lesionar el derecho a la intimidad de los mismos, ya que en el proceso se ventilaron aspectos que se restringen a la esfera individual de la paciente y su núcleo familiar cercano, aunado a las drásticas consecuencias expuestas por los peritos y las dificultades físicas, psicológicas y sexuales que se derivan para la paciente en este tipo de escenarios.

En otros términos, se preservará la identidad de la paciente – demandante, así como la de sus familiares, ya que si bien, por cuenta del principio de reparación integral se estaría restableciendo el núcleo esencial y la dimensión objetiva del derecho fundamental a la salud, con las medidas de no repetición se podría lesionar el citado derecho a la intimidad.

La Corte Constitucional, sobre el particular ha precisado:

“Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones.

“La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión. Por tal razón, la parte resolutive ordena también copiar todas las pruebas científicas relevantes del proceso, siempre y cuando éstas no permitan identificar a la peticionaria. Estos documentos serán reunidos en un expediente que podrá ser consultado en la Corte Constitucional por cualquier persona interesada en el tema. De esa manera, la Corte protege la intimidad de la peticionaria, ya que no será posible su identificación, sin afectar la publicidad del proceso y el papel de esta Corporación en la unificación de la doctrina constitucional. Así, la publicación de la sentencia permite a los jueces conocer los criterios de la Corte en la materia, y las pruebas relevantes quedan a disposición de los interesados.”⁸⁴ (Se destaca).

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Así las cosas, el derecho a la intimidad se protegerá de la siguiente forma: i) la publicación de esta sentencia quedará circunscrita al tomo copiator de la Corporación, ii) la Relatoría de la Corporación, en la versión magnética que se entregue a esa dependencia, se encargará de sustituir todos los nombres de los demandantes a lo largo del fallo por siglas (v.gr. XX, YY, NN, JJ, PP, etc), con lo cual se garantizará la no identificación o identidad de los demandantes, iii) la publicación que se haga en la página web del municipio de Rionegro se efectuará omitiendo todos los nombres de los demandantes, para lo cual obtendrá el respectivo archivo magnético de la Relatoría de esta Corporación, iv) la publicación de la sentencia en el medio masivo de comunicación impreso a nivel departamental se deberá efectuar con las mismas consideraciones, es decir, protegiendo la identidad de los demandantes, y v) la audiencia o ceremonia de excusas a cargo del Director del Hospital Gilberto Mejía Mejía, se hará de manera privada, sin que exista acceso al público, ni una convocatoria pública.

7. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Primero. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 15 de mayo de 2001, por el Tribunal Administrativo Antioquia, la cual quedará así:

“Primero. Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

“Segundo. Absuélvase al Departamento de Antioquia, y a los médicos Javier Darío Roldán Gómez, Diana Zapata, llamados en garantía, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

“Tercero. Declárase al municipio de Rionegro, responsable de los perjuicios causados a la señora XX, YY, y a sus hijos AA, BB, CC y DD con ocasión de la prestación del servicio de salud brindado a la primera en el Hospital Municipal Gilberto Mejía Mejía.

“Cuarto. Como consecuencia de la declaración anterior, **condénase** al municipio de Rionegro, a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

XX (lesionada directa)	100 SMMLV
YY (esposo)	50 SMMLV
AA (hijo)	10 SMMLV
BB (hija)	10 SMMLV
CC (hijo)	10 SMMLV
DD (hija)	10 SMMLV

“Quinto. Por concepto de perjuicios materiales, **condénase** al municipio de Rionegro a pagar la suma de novecientos noventa y tres mil pesos pesos m/cte (\$993.190,00), a favor del señor YY.

“Séptimo. A título de medidas de justicia restaurativa, **condénase** al municipio de Rionegro, al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

“1) El municipio de Rionegro a través del Hospital Gilberto Mejía Mejía suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora XX, y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias de la práctica de la anexo histerectomía, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso.

“Por lo tanto, la entidad territorial y el hospital Gilberto Mejía Mejía, o quien haga sus veces, no se podrán negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud –incluidos los de ayuda psicológica– a favor de XX, así como brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que se requieran para mejorar su condición producto del procedimiento quirúrgico que le fue practicado (anexo histerectomía).

“2) El director del hospital Gilberto Mejía Mejía de Rionegro ofrecerá excusas públicas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro

de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, a la señora XX, así como a su esposo e hijos, por los hechos ocurridos en enero de 1994, y que terminaron en la lastimosa práctica de una anexo hysterectomía para salvar la vida de la paciente debido al grave estado de pelviperitonitis generalizada que padecía.

“Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber desconocido el deber de custodia y conservación de la historia clínica de la paciente y, por consiguiente, la grave vulneración al derecho a la salud de la misma.

“3) A costa y cargo del municipio de Rionegro, dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, se efectuará la publicación de esta sentencia en un medio masivo impreso a nivel departamental, en un folleto anexo al mismo.

“El municipio de Rionegro, en su página web, establecerá un *link* con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web.

“Por la Secretaría de esta Sección, **compúlsense** copias de esta sentencia a la Procuraduría Regional de Antioquia para que investigue los hechos ocurridos en el Hospital Gilberto Mejía Mejía, y que terminaron con el extravío parcial de la historia clínica de la paciente XX.

“**Octavo.** De todas las medidas de justicia restaurativa se hará llegar una constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia, quien se encargará de verificar el cumplimiento de las mismas, y el Tribunal por su parte remitirá un informe de las mismas a esta Corporación.

“**Noveno. Ordénase** al municipio de Rionegro y a la Relatoría del Consejo de Estado el cumplimiento de las medidas de protección a la intimidad que están relacionadas y descritas en el acápite sexto (6) de la parte de consideraciones de esta providencia. Por consiguiente, se deberá garantizar en todo momento la protección a la identidad de los demandantes en los archivos magnéticos y las copias que se entreguen de esta providencia para acceso al público, así como para el cumplimiento de las medidas de justicia restaurativa.

“**Deniéganse** las demás súplicas de la demanda.

Segundo. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA