

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA / ATENCIÓN HOSPITALARIA / HISTERECTOMÍA / DAÑO A MENOR DE EDAD / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / TRATAMIENTO MÉDICO DEL MENOR DE EDAD / EXAMEN MÉDICO LEGAL / CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE / DEFORMIDAD FÍSICA PERMANENTE / RESPONSABILIDAD DEL DISTRITO CAPITAL / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD POR ENTIDAD TERRITORIAL / AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / FUERO DE MATERNIDAD / ALCANCE DE LA ATENCIÓN EN SALUD / CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO MÉDICO

[P]ara la Sala es claro que en el Hospital Occidental de-Kennedy se tomó una decisión apresurada, como quiera que se resolvió adelantar una histerectomía, sin considerar que se trataba de una niña de solo 17 años y que el estado patológico de la paciente daba lugar a alternativas de diagnóstico y tratamiento diferente y menos traumático, apresuramiento que el informe de patología y el dictamen médico legal confirman. Es de anotar que la drástica medida adoptada por los médicos tratantes comporta, según los peritos, "[d]eformidad [f]ísica que afecta el cuerpo de carácter permanente (...) y pérdida del órgano de la fecundación" [...]. Responsabilidad que alcanza al Distrito Capital como quiera que la niña [paciente] acudió al servicio de salud de la entidad territorial en su condición de afiliada, aunado a que por tratarse de una persona en estado de debilidad manifiesta, dada su edad, su condición de gestante y su situación económica, demandaban una atención prioritaria y un seguimiento acorde con su situación.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prestación del servicio médico hospitalario, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 1 de octubre de 2008, rad. 27268; y auto del 19 de agosto de 2009, rad. 18364, C. P. Enrique Gil Botero.

CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / TRASLADO DEL DICTAMEN PERICIAL / APERTURA DE INVESTIGACIÓN PENAL / UNIDAD DE FISCALÍA DELEGADA / CONCEPTOS DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL / PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO / HOSPITAL SAN BLAS / ENFERMEDAD DEL PACIENTE / APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO / ENFERMEDAD GRAVE / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / EXAMEN MÉDICO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / AJUSTE DE LA LEX ARTIS / RUPTURA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / ABORTO ESPONTÁNEO

[E]n el dictamen pericial, trasladado a este proceso de la investigación adelantada por la Fiscalía 251 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, por solicitud de la parte actora y sobre el cual fundó su defensa la demandada, Medicina Legal se pronunció [...], en el sentido de dejar sentado que el servicio médico prestado a la paciente en el Hospital San Blas fue adecuado y oportuno, sumado a que la patología presentada después del legrado, probablemente, se debió a salpingitis [...]. Las pruebas en su conjunto muestran con meridiana claridad que no hubo ruptura del útero y que, la probable causa de la patología padecida por la niña, fue una enfermedad pélvica inflamatoria. [S]i bien el Hospital de Kennedy inicialmente diagnosticó perforación del útero, le cierto es que el examen patológico no revela evidencias en tal sentido, ello, aunado a las conclusiones de los expertos, resulta suficiente para determinar que la atención médica prestada por el Hospital San Blas se sujetó a las reglas de la *lex artis*, lo que rompe el nexo causal entre el daño causado y el legrado al que fue sometida la actora para atender el aborto incompleto sufrido.

RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / PACIENTE MENOR DE EDAD / RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD / DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER EMBARAZADA / CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD / COMPETENCIA DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / COMPETENCIA DEL DISTRITO CAPITAL

[L]as entidades territoriales no pueden pretender marginarse de lo acontecido en relación con la prestación del servicio a los menores pacientes del régimen subsidiado y mujeres en estado de embarazo, condiciones, que, como quedó visto, reunía la actora [...] y que le imponían adoptar, frente a la prestación en salud que la misma demandaba, medidas especiales de protección, razón por la cual, además, de asumir la cobertura de salud de la paciente, le correspondía determinar la empresa social del Estado encargada de la prestación, siendo esas razones suficientes para concluir que el Distrito Capital se encuentra legitimado para concurrir como demandado en la presente causa.

TRATAMIENTO DEL PACIENTE / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / PROCEDIMIENTO POST OPERATORIO / ACTIVIDAD MÉDICA / SUMINISTRO DEL MEDICAMENTO / PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO / CONDUCTA DEL MÉDICO / OMISIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / NEGLIGENCIA DEL PROFESIONAL DE LA SALUD / HISTERECTOMÍA / LESIONES POR TRATAMIENTO MÉDICO / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE

[E]s claro que a la paciente no le fue perforado el útero, sino que probablemente presentó una salpingitis, en el 18° día de evolución del pos legrado. Sobre la atención inicial de la salpingitis la literatura médica enseña que se realiza a través de la administración de antibióticos y, en su defecto, por drenaje quirúrgico. No obstante, observa la Sala que las conductas médicas previstas, ya fuere para la salpingitis o la endometritis, no fueron seguidas por el Hospital de Kennedy, que, en su lugar, optó por proceder, sin la diligencia suficiente, a una histerectomía abdominal total y salpingo-ouferectomía bilateral, con las consecuencias adversas sufridas por la actora. Lo anterior con fundamento en un diagnóstico que el estudio patológico descartó.

ACTO MÉDICO COMPLEJO / PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / TRATAMIENTO MÉDICO DEL MENOR DE EDAD / DISCRIMINACIÓN A LA MUJER EMBARAZADA / VIOLACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS / TRATO IGUALITARIO / PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AMPARO AL DERECHO A LA IGUALDAD

El caso puesto a consideración de la Sala supone un grado de complejidad mayor, pues estaba en juego la efectiva protección del derecho a la salud de una niña de 17 años y la ausencia de protección de su derecho fundamental a la salud aparejó un trato no igualitario -discriminatorio- prohibido por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por el Estado colombiano. Debe tenerse presente que el artículo 13 superior no sólo impone el trato igualitario y prohíbe la discriminación por motivos de "sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica" sino que ordena al Estado promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" y lo insta a adoptar "medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el derecho a recibir un trato igualitario, cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER / DERECHO A LA IGUALDAD DE GÉNERO / PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES / COMPETENCIA DE LA RAMA LEGISLATIVA / PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER / PROGRAMAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / ACCIÓN DEL ESTADO / CONOCIMIENTO DE LA NORMA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

[L]a discriminación por motivos de género suele presentarse de muy variadas maneras y, en muchos casos, de forma velada, implícita e incluso simbólica. La mayoría de las veces lo cierto tiene que ver con que se cree que bastan las conquistas en el terreno constitucional y, resultan suficientes los desarrollos legislativos, para evitar la discriminación. No obstante, la ausencia de políticas de género --medidas afirmativas o de protección y/o medidas de trato diferencial-- encaminadas a orientar la acción estatal en los diversos campos de la vida social, económica, política y cultural termina por convertir los avances normativos en letra muerta. Esto en el terreno de la salud no constituye la excepción sino la regla.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / CAMPAÑAS DEL PREVENCIÓN / CALIDAD DE LA EDUCACIÓN / DERECHO A LA INFORMACIÓN / PSICOLOGÍA SOCIAL / PRUEBAS MÉDICAS / PRINCIPIO DE EFICACIA / PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / POLÍTICA DE ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD / ENFERMEDAD DEL PACIENTE

[C]obraba especial importancia la realización del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, respecto del cual ha distinguido la Corte Constitucional dos facetas. Por un lado, la integralidad del concepto mismo de salud, para cuya concretización se requiere cumplir, entre otras, con un conjunto de presupuestos de orden "preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional [y] social". Por el otro, la integralidad referida a la eficacia en la protección de este derecho fundamental de suerte que "todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo, esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un [...] paciente.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de integralidad del sistema de seguridad social en salud, cita: Corte Constitucional, sentencia T-576 del 5 de junio de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; y sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / CAMBIO DE DOCTRINA / PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / DERECHOS DE LA COMUNIDAD LGBTI / DERECHOS DE LAS MINORÍAS / PROTECCIÓN AL ADULTO MAYOR / FUERO EXCLUYENTE / DIVULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / PREVALENCIA DE LA

NORMA / DEBER DE OBSERVAR OBLIGACIONES NORMATIVAS / TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

El cambio de paradigma ocurrido con la vigencia de la Constitución de 1991 trajo consigo variaciones en relación con esta manera paternalista de mirar las cosas en las que el rasgo más notorio solía ser el modelo patriarcal dispuesto a hacer concesiones si y solo si las personas consideradas "débiles", "necesitadas de protección", por lo general, las mujeres, las niñas y niños, las personas LGTBI, las minorías étnicas y/o raciales y las personas adultas mayores permanecían en su lugar sin derecho a integrarse social, económica, política y culturalmente ni a participar activamente en la elección y configuración de sus propias vidas. [A]ntes de la Constitución de 1991 ya se habían dado pasos para derrotar el modelo enclave machista y la dominación masculina excluyente que de él se derivaba, la verdad es que apenas con la entrada en vigencia de la nueva Carta Política sobrevino en el terreno normativo una profunda transformación que, de hacerse realmente efectiva, en la práctica impone modificaciones en todos los sectores de la vida y exige un cambio de actitud.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA

SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO CAPITAL / COMPETENCIA DEL DISTRITO CAPITAL / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / DEMANDA CONTRA ENTIDAD PÚBLICA / PERSONERÍA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / CONSTITUCIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE / AUTONOMÍA DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD / PRESTACIÓN EFICIENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS / POSICIÓN DE GARANTE / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

El Distrito Capital-Secretaría de Salud funda la falta de legitimación en la causa por pasiva y la ineptitud sustantiva de la demanda, en que la institución hospitalaria demandada, en cuanto prestó el servicio y cuenta con personería jurídica, debe responder directamente por sus actuaciones. En tal sentido, es preciso llamar la atención sobre la condición de garante del Estado y así mismo de las entidades territoriales en la prestación del servicio de salud. El artículo 49 de la constitución política define éste como un servicio público, razón por la cual, en los términos del artículo 365 del mismo ordenamiento, se impone asegurar la atención, protección y prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De manera que así no corresponda a dichas entidades la prestación directa del servicio, la condición estatal de garante de la prestación, permanece toda vez que corresponde al Estado y por ende a las entidades territoriales, organizar, dirigir, reglamentar la prestación del servicio de salud.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con salvamento de voto del consejero Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DELO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25002-23-26-000-2004 02113-01(36725)

Actor: J. S. V.Y OTROS

Demandado: HOSPITAL SAN BLAS II NIVE E.S.E. Y DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE SALUD¹

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 30 de octubre de 2008 -sometida a prelación mediante auto del 23 de febrero de 2011—², proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección Tercera, Subsección A, mediante la cual resolvió -fl. 140 rev. y 141, c. ppal 2-:

PRIMERO: Declárese administrativamente responsable a EL HOSPITAL SAN BLAS II Nivel E.S.P., con ocasión de los, perjuicios sufridos por la demandante por la perforación del útero que conllevó a la extracción de este órgano así como de la matriz y que causó graves perjuicios materiales y morales a J. S. V., el día trece (13) de marzo de 2003.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, condenase AL HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL E.S.P.³, a indemnizar a la demandante por los perjuicios causados así:

a) Por concepto de daño emergente consolidado a favor de les demandantes la suma de un millón cuatrocientos nueve mil seiscientos veintiséis pesos con veinticuatro centavos (\$1.409.626.24).

b) Por concepto de daños morales, a favor de:

- J. S. V., en su calidad de perjudicada directa, se reconocerá el equivalente a cien (100)

¹ Es preciso indicar que si bien en la demanda se vinculó al Distrito Capital-Secretaría de Salud, lo cierto es que el a quo decidió admitir sólo respecto del Hospital San Blas II Nivel (fls. 15 a 17, c. 2).

² En dicha oportunidad se dijo: "(...) La Sala encuentra necesario la pronta elaboración del proyecto de sentencia según lo previsto en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, toda vez que la situación que afronta la demandante comporta una grave violación de los derecho humanos" (fl. 218, c. ppal. 2).

³ Este numeral fue corregido mediante auto del 4 de diciembre de 2008 (fl. 147, c. ppal 2), por cuanto se condenó originalmente a CODENSA S.A. E.S.P.

salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- *^JAVIER AUGUSTO BELTRÁN GÍRALDO en su calidad de compañero permanente de la directa afectada a quien se le reconocerán cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

c) *Por concepto de daño a la vida en relación, a favor de J. S. V., en su calidad de perjudicada directa, se reconocerá el equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

TERCERO: Se niegan las demás pretensiones. CUARTO: Sin

condena en costas (...).

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

Ei 7 de octubre de 2004 -fl. 12, c. ppal-, la señora J. S. V. y su compañero permanente el señor Javier Augusto Beltrán Giraldo, presentaron demanda en contra del Hospital San Blas Nivel II E.S.E. y Distrito Capital-Secretaría de Salud -fls. 1 a 12, c. ppal-.

1.1.1. Los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que, por su importancia, se transcribe en extenso a continuación -fls. 5 a 9, c. ppal-:

1. El 7 de marzo de 2003, mi poderdante, quien para la fecha estos hechos era una menor de edad, acudió al Laboratorio Clínico Centro Médico Santa Clara, para hacerse el examen de gravidez, el cual dio como resultado positivo, con un embarazo de más o menos 5 ó 6 semanas.

2. Ei 12 de marzo ante un sangrado inesperado, mi cliente se dirigió al Hospital Usme, propiedad del Distrito, y ante la falta de documentos que le permitiesen tener acceso al servicio, le sugirieron sacarse algunas ecografías, las cuales debía llevarlas al día siguiente para mirar qué podían hacer por ella.

3. Ese mismo día, el 12 de marzo de 2003, mi cliente se dirigió al Centro de Especialidad Diagnóstico y Tratamiento CEDIR LTDA, le hicieron el estudio solicitado, en el cual se puede apreciar que el útero se encontraba sin lesiones miométricas evidentes y sus ovarios eran normales en cuanto a tamaño y características y en el punto relacionado con la opinión del centro se lee “estudio compatible con aborto incompleto”, o sea que mi poderdante se encontraba en el proceso natural de aborto.

4. Nuevamente se dirigió mi poderdante al Hospital del Distrito de Usme, sección de urgencia con diagnóstico de aborto incompleto, donde la Trabajadora Social del Hospital de Usme le expide un certificado de usuarios vinculados S.D.S, siendo remitida por el médico general del hospital de Usme al Hospital San Blas, nivel II, empresa Social del

Estado, lugar donde fue remitida por carecer de los medios económicos para solventar su situación de urgencia, entidad donde debió ser atendida por médicos especialistas en la materia de ginecología y obstetricia, acorde con lo que se lee al reverso del formato del sistema integral de Referencia y Contrarreferencia, tramitado por el médico general.

5. Mi cliente fue admitida en el Hospital San Blas, Nivel II E.S.E, con brazalete en el cual figura que su historia clínica es la 400525, siendo sometida al procedimiento de un legrado obstétrico el 13 de marzo de 2003, a las 21 horas, con el conocimiento y consentimiento tanto de mi poderdante como de su compañero permanente.

6. Mi cliente fue sometida al procedimiento de legrado, obteniendo restos ovulares no fétidos. Según el informe, mi poderdante evolucionó favorablemente y el sangrado era escaso, no fétido. Por lo que se le da salida y le hacen entrega de una tarjeta de citas en la que se le ordenaba un control a efectuarse el 14 de abril de 2003.

7. Es importante destacar que mi poderdante cuando fue dada de alta, desconocía que no solamente le habían hecho un legrado, sino que le habían perforado el útero.

8. Ante el deterioro de su salud y constante dolor de estómago, mi cliente tuvo que presentarse de urgencia al hospital Occidente de Kennedy el día 31 de marzo de 2003, donde después de una serie de exámenes y valoraciones, concluyeron que mi poderdante había ingresado: a. Por histerectomía abdominal total y salpingo oforectomía bilateral 2. Día B) Sepsis ginecológica secundaria A 3. C) Miometritis por legrado obstétrico + perforación uterina.

9. Luego de permanecer en el hospital Occidente de Kennedy hasta el 11 de abril de 2003, se le realiza laparatomía exploratoria encontrando perforación posterior y lateral izquierda con signo de miometritis con trompas y anexos congestivos y salida de material purulento que compromete ovarios, se realizó histerectomía abdominal total con salpingo oforectomía bilateral, con evolución tórpida presentado tendencia a la hipotensión, taquicardia y dolor abdominal por lo que se interconsulta a la Unidad de cuidados intensivos, en la que permanece en observación durante tres días, con un diagnóstico de egreso: a) Histerectomía abdominal total más salpingoforectomía bilateral 4 Día. B) Sepsis origen pélvico resuelto, c) Miometritis secundaria a perforación uterina. Post legrado uterino 20 día.

10. Ante estos hechos y ante su nueva situación fisiológica, a mi poderdante desde sus 17 años le han formulado medicamentos que son necesarios de ingerir para toda mujer que cuando pasados los 50 años, inician un proceso natural de menopausia, por lo que mi joven poderdante se verá de por vida sometida a ingerir drogas que reemplacen las hormonas que su joven organismo ya no podrá producir, tales como estrógenos equinos conjugados 0.625, carbonato de calcio x 600 mg. Y sulfato ferroso x 300 mgs, gracias al daño hecho por los profesionales del Hospital San Blas (...).

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó l siguientes pretensiones -fls. t a 4, c. ppal-:

1.1. Que se declare que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. -SECRETARÍA DE

SALUD y el HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, son responsables de los daños antijurídicos causados a la señora JACKELINE SÁNCHEZ VELÁZQUEZ en la prestación del servicio público de salud a cargo del Estado, debido al daño fisiológico por la perforación del útero y la posterior extracción de la matriz, la cual la dejó de por vida estéril, bajo el suministro permanente de hormonas por presentar estado de envejecimiento precoz a sus dieciocho años, por cercenarle sus derechos fundamentales constitucionales a la reproducción y a la familia, hechos sucedidos el 13 de marzo de 2003, en el hospital indicado.

1.2. Que se declare, que la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. -SECRETARÍA DE SALUD y el HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, deben indemnizar los perjuicios materiales, morales y a la vida de relación causados a la señora J. S. V. y a su compañero permanente JAVIER AUGUSTO BELTRÁN GIRALDO.

1.3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a (sic) ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. -SECRETARÍA DE SALUD y el HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-, a indemnizar los perjuicios materiales, morales y a la vida de relación causados a J. S. V. y a su compañero JAVIER AUGUSTO BELTRÁN GIRALDO, los cuales se determinan a continuación

1.3.1. PERJUICIOS MATERIALES DE J. S. V. y su compañero JAVIER AUGUSTO BELTRÁN GIRALDO.

1.3.1.1. DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO

1. La suma de UN MILLÓN CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (1.049.428) M/CTE, suma que resulta de los pagos efectuado directamente por los demandantes por hospitalización, consultas de urgencia, adquisición de medicamentos y pago de honorarios, la cual se discrimina a continuación: (Se relacionan facturas y su valor literales a) - o))

p. La suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$395.723) M/CTE, por concepto de los pagos efectuados por hospitalización, cirugía, tratamiento, medicinas y pago de honorarios en el Hospital Occidente de Kennedy E.S.E. el 10 de abril de 2003. RECIBO DE CAJA No. 462938.

q. La suma de SETENTA (sic) Y UN MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$61.140) M/CTE, por concepto de los pagos efectuados para la Adquisición de medicinas en el Hospital Occidente de Kennedy E.S.E., el 10 de abril de 2003. RECIBO DE CAJA No. 462937.

r. La suma de DOS MIL CIENTO OCHENTA PESOS (\$2.180) M/CTE, por concepto de los pagos efectuados para consulta de urgencia en el Hospital Occidente de Kennedy E.S.E., el 21 de abril de 2003. RECIBO DE CAJA No. 464927. '

s. La suma de CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS (\$4.360) M/CTE, por concepto consulta de urgencia en el Hospital del Sur E.S.E., el 31 de marzo de 2003. FACTURA DE VENTA No. 1200373.

1.3.1.2. DAÑO EMERGENTE FUTURO

a. Que se condene a las demandadas a pagar por concepto del daño emergente futuro ocasionado a J. S. V., el valor que resulte de liquidar desde el mes de julio de 2004 hasta su

vida probable, por los precios en el mercado de los medicamentos: estrógeno, vitacebrina, calcio y animedox, los cuales son vitales para el tratamiento de la menopausia precoz, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, los cuales serán incrementados con el índice de precios al consumidor I.P.C. certificado por el DAÑE, hasta su vida probable.

b. Que se condene a las demandadas, por concepto de daño emergente futuro, pagar a J. S. V., la suma que resulte de liquidar desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta su vida probable, los valores de las consultas médicas para el control mensual que exige su actual estado físico y menopausia precoz, para rehabilitación o tratamiento siquiátrico o sicológico y de los medicamentos que vaya requiriendo el avance de la enfermedad o su estado físico, teniendo en cuenta los precios del mercado para la fecha de la ejecutoria de la sentencia, los cuales serán incrementados con el índice de Precios al Consumidor I.P.C. certificado por el DAME, hasta su vida probable.

1.3.2. PERJUICIOS MORALES

Que se condene a las demandadas, al pago de la suma de MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES, vigentes para la fecha de la ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los demandantes.

1.3.3. PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACIÓN POR EL DAÑO FISIOLÓGICO CAUSADO A J. S. V.

Que se condene a las demandadas al pago de la suma de MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES, vigentes para la fecha de la ejecutoria de la sentencia, por concepto de los daños fisiológicos y sicológico, entendiéndose como tales la afectación profunda que le ha producido la menopausia precoz provocada por la extracción de la matriz, la alteración de sus condiciones de vicia personales por la depresión que le produce la misma menopausia a sus dieciocho (18) años, por la baja de la autoestima por considerar que ha perdido su valor cano mujer, por la alteración en su relación marital, por la imposibilidad de realizar sus derechos fundamentales constitucionales al desarrollo libre de la personalidad, a su propia descendencia y al amor de los hijos.

1.4. Que se condene a las demandadas, al pago de las actualizaciones y de los intereses que se causen sobre el valor de los perjuicios materiales indicados en el título de daño emergente consolidado, desde las fechas de cada egreso hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia, con base en las tasas previstas en el artículo 884 del Código de Comercio, debidamente certificadas por la Superintendencia Sanearía.

1.5. Que se condene a las demandadas, al pago de los intereses previstos en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria de la sentencia hasta cuando efectivamente se produzca el pago.

1.6. Que se condene en costa a las demandadas.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Hospital San Blas II Nivel E.S.P. -fls. 24 a 29, c. ppal- consideró **que** la paciente

fue atendida por varias instituciones hospitalarias, entre ellas, los hospitales de Usme y Kennedy III Nivel, respecto de los cuales es preciso determinar su responsabilidad en los hechos. Igualmente, sostuvo que la vaga formulación de 1a demanda y las pruebas allegadas no permiten establecer la responsabilidad que se le imputa.

1.3. LOS ALEGATOS

La demandada sostuvo que (i) las pruebas periciales obrantes en el proceso son contestes en afirmar que la prestación del servicio fue diligente y oportuna y que la perforación del útero sufrida por la actora se presentó como consecuencia de la salpingifis, enfermedad desarrollada por la misma después del legrado y (ii) las declaraciones extrajuicio, allegadas por la parte actora para demostrar la unión marital de hecho, son insuficientes para tales efectos, en tanto no fueron ratificadas como lo ordena el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil -fls. 76 a 82, c. ppal.

La parte actora consideró que las pruebas allegadas confirman la responsabilidad de la demandada, razón por la cual solicitó declararla de conformidad con las pretensiones -fls. 86 a 91, c. ppal-.

El Ministerio Público afirmó que la prueba pericial es contundente en señalar que el perjuicio ocasionado a la paciente fue consecuencia de la enfermedad pélvica padecida después del legrado y no de éste procedimiento -fls. 112 a 115, c. ppal-,

II. EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

2.1. LA SENTENCIA

El Tribunal *a quo*, mediante sentencia del 30 de octubre de 2008 -fls. 48 a 162, c. ppal 2-, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo:

"Con las pruebas antes mencionadas se evidencia que el tratamiento para el aborto incompleto que presentaba la joven J. S. V., era el legrado, el cual fue practicado de manera oportuna por el Hospital San Blas II Nivel.

Sin embargo, durante el período post operatorio esto es 18 días después, la paciente se presenta en el Hospital Occidente de Kennedy, en donde realizan la valoración del estado de la misma descartando la enfermedad pélvica inflamatoria y confirmando la perforación del útero comprometiendo otros órganos tales como los ovarios, tal corno se evidencia en el informe quirúrgico visible a folio 45: "HALLAZGO: PERFORACION UTERINA".

Debe la Sala precisar, que ante la aparente contradicción que se observa entre lo diagnosticado por el Hospital Kennedy (perforación del útero) y lo manifestado en el dictamen pericial (lo más probable es que hubiera presentado una enfermedad pélvica inflamatoria en su 18avo día da postlegrado), no existe ningún fundamento médico, que demuestre la apreciación consagrada en el dictamen y tenga la fuerza probatoria de desvirtuar el diagnóstico médico del hospital de Kennedy; en efecto como quedó demostrado con anterioridad, esa institución se planteó las ríes alternativas y con base en los hallazgos dictaminó la exigencia de una perforación del Útero y desestimó la denominada inflamación pélvica (...)

Así las cosas, y dado que el diagnóstico presentado por el Hospital de Kennedy no fue motivo de controversia dentro del plenario, para la Sala es claro que la paciente J. S. V. presentó al ingresar el día 31 de marzo de 2003 al Hospital de Kennedy una perforación del útero que comprometió gravemente otros órganos y como consecuencia de ello se extrajeron el útero y la matriz de la joven (...).

Así es claro tal como se demostró anteriormente que la perforación del útero de J. S. V., fue ocasionada al interior o durante el procedimiento quirúrgico de legrado llevado a cabo en el Hospital San Blas II Nivel E.S.P." -fls. 136 y rev. y 137 rev., c. ppal 2TM.

2.2. LOS ALEGATOS

El Ministerio Público advirtió que en el dictamen pericial, después de analizar el examen de patología, se concluye que como la perforación uterina no se evidenció, macro ni microscópicamente, la misma no ocurrió corno consecuencia del legrado -fls. 166 a 171 c. ppal 2-.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de abordar las cuestiones de fondo en el *sub lite* se impone determinar la competencia para conocer y, una vez establecido el problema jurídico, resolverlo acorde con los elementos probatorios allegados a la actuación.

4.1. COMPETENCIA

Esta Corporación es la competente para conocer el grado jurisdiccional de consulta de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos, en

los términos de los artículos 123 y 184 del Código Contencioso Administrativo.

4.2. PRELACIÓN

Mediante auto del 23 de febrero de 2011, la Sala dio prelación para fallo del presente asunto, en consideración a que la situación que afronta la demandante comporta una grave violación de los derechos humanos -fls. 218 y rev., c. ppal 2-.

4.3. VINCULACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL

En consideración a que, no obstante la demanda haberse dirigido en contra del Distrito Capital-Secretaría de Salud y del Hospital San Blas II Nivel, la entidad territorial no fue vinculada al proceso, se ordenó proceder en tal sentido mediante auto del 20 de junio de 2012, con el fin de que el Distrito, de considerarlo pertinente, alegara la nulidad del numeral 8 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -fl. 256 y rev., c. ppal 2-.

El Distrito Capital-Secretaría de Salud -fls. 261 a 262, c. ppal 2-, por su parte, se pronunció en el sentido de solicitar se tenga en cuenta que quien debe responder por los hechos es el Hospital San Blas II Nivel, toda vez que prestó el servicio médico en cuestión, razón por la cual consideró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva y la ineptitud sustantiva de la demanda, en cuanto no tenía que ser vinculado al proceso.

En auto del 11 de enero de 2013 se dio por saneada la nulidad y vinculado el Distrito Capital al presente proceso -fl. 309, c. ppal 2-.

4.4. EXCEPCIÓN

El Distrito Capital-Secretaría de Salud funda la falta de legitimación en la causa por pasiva y la ineptitud sustantiva de la demanda, en que la institución hospitalaria demandada, en cuanto prestó el servicio y cuenta con personería jurídica, debe responder directamente por sus actuaciones.

En tal sentido, es preciso llamar la atención sobre la condición de garante del Estado y así mismo de las entidades territoriales en la prestación del servicio de salud. El artículo 49 de la constitución política define éste como un servicio público, razón por la cual, en los

términos del artículo 365 del mismo ordenamiento, se impone asegurar la atención, protección y prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De manera que así no corresponda a dichas entidades la prestación directa del servicio⁴, la condición estatal de garante de la prestación, permanece toda vez que corresponde al Estado y por ende a las entidades territoriales, organizar, dirigir, reglamentar la prestación del servicio de salud, "conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación del servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señaladas en la ley"⁵.

La doctrina nacional, sobre la condición de garante del Estado frente al servicio de salud, ha sostenido⁶:

"El Estado se instituye como garante del servicio y por ello en sus hombros radica la responsabilidad de permitir el acceso de la población, lo cual consigue mediante obligaciones de hacer y de no hacer. En términos generales, las autoridades públicas y los operadores deben cumplir un deber genérico de abstención pues no pueden desplegar comportamientos que vulneren el derecho a la salud. De igual modo, también deben llevar a cabo actuaciones positivas, de tal forma que se compromete su responsabilidad si como consecuencia de una omisión se genere en una persona un daño injustificado. Algunas acciones positivas deben llevarse de forma inmediata porque no requieren una inversión significativa de recursos (obligaciones de información sobre los derechos de los pacientes, p. ej), o porque aun cuando impliquen un costo se está antes supuestos de urgencia y gravedad (la atención dispensada a los menores de un año p. ej); otras prestaciones son en cambio de cumplimiento progresivo y por tanto pueden estar condicionadas al cumplimiento de términos de permanencia en el sistema, a la existencia de disponibilidad presupuestal, etc. No obstante, el juez constitucional ha advertido que aunque la cobertura total de los servicios que puede demandar la sociedad se deba conseguir paulatinamente, le está prohibido constitucionalmente a las diferentes autoridades públicas (legislador y administración) la ausencia de adopción de las medidas que sean indispensables para alcanzar el máximo requerido".

⁴ En todo caso, cuando la Nación o las entidades territoriales decidan prestarlo directamente lo harán a través, principalmente, de las Empresas Sociales del Estado, entidades descentralizadas con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, artículo 194 de la Ley 100 de 1993, sobre las cuales deberán ejercer sus funciones de vigilancia y control.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-665 del 8 de junio de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ GIL BOTERO, Enrique. La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud, Universidad Externado de Colombia, 2012, Bogotá, p. 51.

Dicha calidad, frente a las entidades territoriales, se desprende de lo dispuesto en el literal p) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, así:

"CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

p) La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal.

En ese orden, el Sistema General de Seguridad Social en salud a nivel territorial, según el artículo 174 *eiusdem*, se organiza así:

"El Sistema General de Seguridad Social en Salud integra, en todos los niveles territoriales, las instituciones de dirección, las entidades de promoción y prestación de servicios de salud, así como el conjunto de acciones de salud y control de los factores de riesgo en su respectiva jurisdicción y ámbito de competencia.

De conformidad con las disposiciones legales vigentes, y en especial la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993, corresponde a los departamentos, distritos y municipios, funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública, y la oferta de servicios, de salud por Instituciones públicas, por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda.

Para el ejercicio de sus competencias, las entidades territoriales se sujetarán, a partir de la vigencia de esta Ley, al servicio público de salud aquí regulado, que precisa y desarrolla los términos, condiciones principios y reglas de operación de las competencias territoriales de que trata la Ley 60 de 1993 y la Ley 10 de 1990. En desarrollo de lo anterior, la estructura actual de los servicios de salud del subsector oficial en las entidades territoriales se adaptará e integrará progresivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud que crea esta Ley amplía (sic) la órbita de competencia de los sistemas de dirección en salud de los departamentos, distritos y municipios para garantizar la función social del estado en la adecuada prestación y ampliación de coberturas de los servicios de salud. Las direcciones de salud en la presente Ley, el sistema de subsidios a la población más pobre y vulnerable para la atención de los afiliados del sistema de salud con las entidades promotoras de salud que funcionen en su territorio y promoviendo la creación de empresas solidaria de salud, así mismo, apoyaran la creación de entidades públicas y la transformación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, de instituciones Prestadoras de Servicios con capacidad de ofrecer

servicios a las diferentes Entidades Promotoras de Salud.

La oferta pública de servicios de salud organizada por niveles de complejidad y por niveles territoriales, contribuye a la realización de los propósitos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a su organización y a su adecuado funcionamiento.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud los recursos de destinación especial para la salud que arbitre cualquiera de los niveles de gobierno en los términos de la presente Ley, concurren a la financiación de los subsidios para la población más pobre y vulnerable de cada entidad territorial.

PARÁGRAFO. Durante el período de transición requerido para lograr la cobertura universal de seguridad social en salud, los hospitales públicos y aquellos privados con quienes exista contrato para ello continuarán prestando servicios a las personas pobres y vulnerables que no estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud" ~se destaca y subraya-Respecto de las funciones de las Direcciones Distritales del Sistema de Salud, el artículo 176 de la ley pluricitada, dispuso:

"Las Direcciones seccional, distrital y municipal de salud, además de las funciones previstas en las Leyes 10 de 1980 y 60 de 1993 tendrán las siguientes funciones (...):

2. Preparar para consideración del Consejo territorial de Seguridad Social en Salud los instrumentos y metodologías de focalización de los beneficiarios del régimen subsidiado en el área de su jurisdicción y orientar su puesta en marcha.

3. Administrar los recursos del subsidio para la población más pobre y vulnerable en los términos previstos en la presente ley, con los controles previstos en el numeral 7 del artículo 153.

4. La inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes".

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 10 de 1990, frente a otras funciones de la referidas Direcciones prescribió:

"Dirección Local del Sistema de Salud. En los municipios, el Distrito Especial de Bogotá, el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y las áreas metropolitanas, corresponde a la Dirección Local del Sistema de Salud, que autónomamente se organice:

a. Coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud en el correspondiente territorio local (...);

c. Contribuir a la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos del sector salud en su jurisdicción, en armonía con las políticas, planes y programas nacionales, o de la entidad territorial seccional, correspondiente, según el caso (...);

g. *Cumplir y hacer cumplir en su jurisdicción local, las políticas y normas trazadas por el Ministerio de Salud, de acuerdo con la adecuación hecha por la respectiva Dirección Seccional del Sistema de Salud;*

h. *Desarrollar planes de formación, adiestramiento y perfeccionamiento del personal del sector salud, en coordinación con las entidades especializadas del mismo sector, o con las del sector educativo, poniendo especial énfasis, en la integración docente-asistencial y en la administración y mantenimiento de las instituciones de salud, así, como identificar las necesidades de formación y perfeccionamiento del recurso humano para el sector;*

o. *Controlar, en coordinación con las entidades del sector o de otros sectores que incidan en la salud, los factores de riesgo referentes al estado de salud-enfermedad de la población (...);*

r. *Desarrollar labores de inspección, vigilancia y control de las instituciones que prestan servicios de salud, e informar a las autoridades competentes sobre la inobservancia de las normas de obligatorio cumplimiento (...).*

El artículo 4° de la Ley 60 de 1993⁷, frente a las competencias en materia de la prestación del servicio de salud de los distritos, dispuso:

"COMPETENCIAS DE LOS DISTRITOS. Corresponde a los distritos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas competentes, conforme a la Ley, a las normas técnicas nacionales y a los respectivos acuerdos (...):

2. *En el sector de la salud:*

- a) *Conforme al artículo 49 de la Constitución Política, dirigir el Sistema Distrital de Salud, ejercer las funciones establecidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 10 de 1990, financiar y realizar las acciones de fomento de la prevención de la enfermedad y garantizar la prestación de los servicios de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación correspondientes al primero, segundo y tercer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente, o a través de entidades descentralizadas, de conformidad con los artículos 4 y 6 de la Ley 10 de 1990, o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas, acorde con el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 10 de 1990 y demás normas relacionadas, y para el caso del Distrito Capital, conforme a la Ley 10 de 1992 (sic) y los acuerdos distritales respectivos. Registrar las entidades prestadoras de servicios de salud y definir su naturaleza jurídica según lo previsto en los artículos 34 y 35 de la presente ley y el reglamento que al efecto expida el Ministerio de Salud (...).*

⁷ Derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

d) *Garantizar la operación de la red de servicios y el sistema de referencia y contrarreferencia de pacientes entre todos los niveles de atención. La prestación de tales servicios, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará en forma autónoma por los distritos determinados por el Ministerio de Salud conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la presente ley, caso en el cual tanto la planta de personal como las instituciones, tendrán carácter distrital".*

De lo anterior se desprende, claramente, la obligación de garante del Estado y, particularmente, de las entidades descentralizadas, encaminada a lograr una cobertura universal del servicio público de salud, con el fin de que todo colombiano participe del Sistema General de Seguridad Social. En tal sentido, el artículo 157 de la citada Ley 100 de 1993, dispuso:

"A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

*Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán **particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia**, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, **los menores en situación irregular**, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás **personas sin capacidad de pago** -se destaca Las anteriores*

consideraciones, a juicio de la Sala, son suficientes para negar las excepciones propuestas por el Distrito Capital dirigidas a que se lo excluya de la decisión, porque, como ha quedado explicado, las entidades territoriales no pueden pretender marginarse de lo acontecido en relación con la prestación del servicio a los menores pacientes del régimen subsidiado⁷ y mujeres en estado de embarazo, condiciones, que, como quedó visto, reunía la actora el 23 de marzo de 2003⁸ y que le imponían adoptar, frente a la prestación en salud que la misma demandaba, medidas especiales de protección, razón por la cual, además, de asumir la cobertura de salud de la paciente, le correspondía determinar la empresa social del Estado encargada de la prestación, siendo esas razones suficientes para concluir que el Distrito Capital se encuentra legitimado para concurrir como demandado en la presente causa.

4.5. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico del presente asunto se contrae a determinar la responsabilidad extracontractual de la parte demandada, como consecuencia de la prestación del servicio médico gineco-obstétrico prestado a la niña J. S. V. el 7 de marzo de 2003.

4.6. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Con el fin de abordar integralmente la problemática, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que éste es el primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que, resuelto este primer punto, se entrará a estudiar la Imputación.

4.6.1. El daño

En el *sub lite*, el daño alegado por la parte accionante se concreta en la histerectomía total abdominal efectuada a la niña J. S. V.. Al respecto, con base en las pruebas legal y

⁷ Vinculada a la seguridad social como usuaria de la Secretaría de Salud, según el certificado expedido por dicha entidad (fl. 32, c. 1).

⁸ Según el registro civil de nacimiento Jackeline Sánchez Velásquez nació el 26 de noviembre de 1985 (fi. 2, c. 1), es decir que el 13 de marzo de 2003, cuando requirió la atención médica (fl. 31, c. 1), dado su estado de gestación, tenía 17 años.

oportunamente allegadas, se tiene⁹:

4.6.1.1. Las declaraciones rendidas ante el Notario 53 de la ciudad de Bogotá -fls. 4 a 7, c. 1-, encaminadas a demostrar la calidad de compañeros permanentes de los actores¹⁰. Así mismo, la historia clínica -fls. 31 y 42, c. 1- y las facturas allegadas al expediente -fls. 54 a 76, c. 1-, dejan expresa constancia de que el señor Javier Augusto Beltrán Giraldo, además de acompañar y responsabilizarse ante las instituciones médicas de la paciente, asumió los gastos propios de la atención médica, según las facturas correspondientes -fls. 74 a 76, c. i-, de donde es clara su condición de damnificado por los hechos cuyo estudio ocupa la atención de la Sala.

¹⁰ HENAO, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

4.6.1.2. Por su parte, en el dictamen médico-laboral del 5 de octubre de 2006, caso BOG-2005-017743, realizado a la paciente por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Dirección Regional do Bogotá, se conceptuó:

"CONCLUSIÓN

La cirugía de histerectomía total, salpingo ooforectomía bilateral, permite fundamentar una incapacidad Médico Legal definitiva de CUARENTA Y CINCO (45) DÍAS.

*La cicatriz media abdominal infra umbilical descrita en el examen, permite fundamentar como secuela: Deformidad Física **que** afecta el cuerpo de carácter permanente.*

La cirugía de histerectomía total salpingo ooforectomía bilateral, permite fundamentar como

⁹ Las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas en copias auténticas y originales, razón por la cual tienen plenos efectos probatorios.

¹⁰ Recientemente, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-041 del 2 de febrero de 2012, expediente T-3157196, M.P. María Victoria Calle Correa, reiteró: "Al respecto, es pertinente reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en la que se señala que no existe una tarifa probatoria para acreditar la unión marital de hecho y que esta puede ser demostrada por medio de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento por testigos, sobre la convivencia de la pareja. //En efecto, en la sentencia 1-717 de 2011, la Sala Novena de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta por el compañero permanente de una persona que falleció, quien presentó demanda ante la jurisdicción ordinaria solicitando la declaración de la unión marital de hecho que sostuvo por cerca de treinta (30) años con su compañero, para lo cual aportó declaraciones rendidas por familiares del difunto que confirmaron la convivencia de la pareja. La juez de familia consideró que a pesar de que las declaraciones acreditaban la convivencia, el demandante no aportó una plena prueba de la unión marital, como una escritura pública o un acta de conciliación suscrita por los miembros de la pareja, tal como en su concepto, lo exigía la Ley 979 de 2005. La Corte Constitucional consideró que la interpretación hecha por la juez de familia de la norma legal era contraevidente y, por lo tanto, vulneraba el derecho al debido proceso del actor. Asimismo, la Corte sostuvo que la juez de conocimiento en su sentencia incurrió en un defecto táctico, porque no valoró las declaraciones aportadas por el compañero permanente supérstite, sin tener en cuenta que la unión marital de hecho se puede acreditar por cualquiera de los medios probatorios contenidos en el Código de Procedimiento Civil, tal como lo establece el artículo 4° de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005".

secuela: pérdida **del órgano de la fecundación**.

OBSERVACIONES

Muy respetuosamente me permito sugerirle que J. S. V. sea evaluada por psiquiatría forense (se destaca)" -fl. 101, c. 1-

En los anteriores términos, está plenamente demostrado el daño alegado por los demandantes.

4.6.2.. La imputación

4.6.2.1. Ahora, para efectos de establecer la responsabilidad resulta del caso referirse a la atención gineco-obstétrica prestada a la niña Sánchez Velásquez;

4.6.2.1.1. De acuerdo con lo consignado en la solicitud de servicios del Hospital de Usme -fl. 31, c. 1-, el 13 de marzo de 2003, a las 12:55 p.m., la paciente ingresó con cuadro clínico de un día de sangrado vaginal y dolor en hipogastrio, con **ecografía** particular del 12 del mismo mes y año en la cual se concluyó "*aborto incompleto*", siendo remitida al Hospital San Blas II Nivel E.S.E. -fls. 29 y 30, c. 1-.

4.6.2.1.2. En la misma fecha, a las 3:42 p.m., según la historia clínica 400525, la paciente fue atendida en la Institución antes relacionada habiéndose confirmado el diagnóstico de aborto incompleto, razón por la cual se le practicó un legrado. Al día siguiente, debido a la evolución favorable y al escaso sangrado "*no fétido*", se dispuso su salida, con recomendaciones de volver ante signos de alarma -fls. 35 a 38, c. 1-.

4.6.2.1.3. El 31 de marzo de 2003, según historia clínica 446498, la niña ingresó al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, por cuadro clínico de dolor abdominal continuo localizado en el hipocondrio derecho e hipogastrio, de moderada intensidad, con cuatro (4) días de evolución. Igualmente, se anotó:

"(...) es valoradla] por servicio de ginecología por posible abdomen agudo por perforación uterina secundario a legrado por aborto espontáneo hace 20 días, se realiza laparotomía exploratoria

encontrando perforación uterina posterior y lateral izquierda con signos de miometritis con trompas y anexos congestivos y salida de material purulento que compromete ovarios, se realizó histerectomía abdominal total con salpingo ooforectomía bilateral con evolución tórpida presentando tendencia a la hipoten[s]ión, taquicardia y dolor abdominal por lo que se interconsulta a UCI.

DIAGNÓSTICO DE INGRESO

1. POP HISTERECOTOMÍA ABDOMINAL TOTAL Y SALPINGO-OFORECTOMÍA BILATERAL 2 DÍA.
2. SEPSIS GINECOLOGICA SEGUNDARIA A3.
3. MIOMETRITIS POR LEGRADO OBSTÉTRICO + PERFORACIÓN

DIAGNÓSTICO DE EGRESO

1. POP HIS TERE C O TOMÍA ABDOMINAL TOTAL Y SALPINGO-OFORECTOMÍA BIL. 4 DÍA
2. SEPSIS ORIGEN PÉLVICO RESUELTO
3. MIOMETRITIS SECUNDARIA A PERFORACIÓN UTERINA

4. 4. POST LEGRADO UTERINO 20 DÍAS -lis. 49 a 51, c. 1-.

5.

6. 4.6.2.1.4. El estudio cíe patología, realizado después de la histerectomía, en el Hospital de Kennedy Occidente Nivel III, concluyó:

7.

8. "ESPECIMEN: ÚTERO

9.

10.(...) el miometrio presenta una coloración **blanquecina sin** lesión. El anexo derecho presenta una trompa dilatada violácea que mide 7x1.2 cms, al corte presenta marcado edema (...).

11.

12.DIAGNÓSTICO: UTERO-ANEXOS

13.

14.HIS TEROS AL PINGOOFEREC TOMÍA
BILATERAL: CERVICIT'S CRÓNICA ENDOMETRIO
PROLIFERA TIVO

15.ANEXO DERECHO: TROMPA UTERINA: SALPINGITIS AGUDA. OVARIO: QUISTE LUTEO HEMORRÁGICO.

16.ANEXO IZQUIERDO: TROMPA UTERINA SALPINGITIS AGUDA OVARIO: QUISTES FOLICULARES.

17.

18.Se adiciona el informe al hallazgo de inflamación aguda de la serosa evaluada en cortes C (2). Que corresponde a una Serositis Aguda -No se observa inflamación aguda en **miométrio**.

19.

20.En cuanto a los hallazgos macroscópicos, **no** se encontró ningún Upo do lesión **a pesar de la** evaluación **realizada al espécimen**. Es de anotar que una vez fijado el tejido en formol es difícil observar una solución de continuidad más aún si es pequeña, puesto que el tejido se compacta y endurece. Tampoco se observa hemorragia externamente"-fls.

46 y 47, c. 1-.

21.

22.4.4.S. 1.5. Las -pruebas técnicas califican de adecuada la asistencia prestada por la institución médica demandada, toda vez que, ante el aborto incompleto que presentaba la paciente se imponía realizar el legrado; además, se encontró probada una salpingitis, mas no una perforación del útero o una miometritis de acuerdo a los hallazgos patológicos, sin que las experticias permitan determinar cuál fue la causa generadora de ese cuadro infeccioso. En efecto, acorde con la experticia rendida por Medicina Legal, dentro del presente proceso, se tiene:

"Diagnóstico clínico y de patología realizado.

El no encontrar en el estudio de patología evidencia macroscópica ni microscópica de perforación uterina ni miometritis se traduce que esta no sucedió (...).

Con base en los folios de la historia clínica aportados el manejo brindado a Jaqueline Sánchez Velásquez en el Hospital de Usme y en el Hospital San Blas fue adecuado y oportuno para la patología que presentaba; un aborto incompleto. Consultó en el 18 día postlegrado al Hospital de Kennedy por dolor abdominal y fiebre no cuantificada. Se encontró afebril, normotensa, taquicardia y con frecuencia respiratoria en límites normales; al examen de ingreso se encontró con abdomen blando, con ruidos intestinales positivos y defensa abdominal voluntaria.

Al examen genital se encontró dolor a la movilización del cuello del útero. La radiografía de tórax no demostró neumotorax. Con estos hallazgos se llevó a laparotomía donde como hallazgo describe una perforación de 1 cm que comprometía toda la pared uterina; perforación que no se demostró en el estudio patológico al igual que una miometritis en la que tampoco se encontraron elementos de patología para comprobarla. Se demostró una salpingitis.

Con base en los hallazgos clínicos, paraclínicos y anatomía patológica del útero y anexos los más probable es que Jaqueline Sánchez Velásquez hubiera presentado una enfermedad pélvica inflamatoria en su 18avo día poslegrado" - fls. 50, 52 y 53, c. 1; se destaca-

Por su parte, en el dictamen pericial, trasladado a este proceso de la investigación adelantada por la Fiscalía 251 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá¹¹, por solicitud de la parte actora y sobre el cual fundó su defensa la demandada, Medicina Legal se pronunció en similares términos a los ya expuestos, es decir, en el sentido de dejar sentado que el servicio médico prestado a la paciente en el Hospital San Blas fue adecuado y oportuno, sumado a que la patología presentada después del legrado, probablemente, se debió a salpingitis -fls. 78 a 82, c. 1.

4.4.2.2. Las pruebas en su conjunto muestran con meridiana claridad que no hubo ruptura

¹¹ Es preciso referir que los dos dictámenes fueron realizados por dos expertos diferentes.

del útero y que, la probable causa de la patología padecida por la niña, fue una enfermedad pélvica inflamatoria. Ahora, valga decir que si bien el Hospital de Kennedy inicialmente diagnosticó perforación del útero, le cierto es que el examen patológico no revela evidencias en tal sentido, ello, aunado a las conclusiones de los expertos, resulta suficiente para determinar que la atención médica prestada por el Hospital San Blas se sujetó a las reglas de la /ex a/f/s, lo que rompe el nexo causal entre el daño causado y el legado al que fue sometida la actora para atender el aborto incompleto sufrido. Es decir que, por este aspecto, la sentencia será modificada, como quiera que, los lamentables perjuicios padecidos por la niña, no pueden ser atribuidos a la referida institución médica sin perjuicio de diferenciar la atención, como se indicará más adelante. Lo anterior dado que, acorde con el dictamen médico legal no objetado, debidamente fundamentado en el estudio de patología, es claro que a la paciente no le fue perforado el útero, sino que probablemente presentó una salpingitis, en el 18° día de evolución del pos legado.

Sobre la atención inicial de la salpingitis la literatura médica enseña que se realiza a través de la administración de antibióticos y, en su defecto, por drenaje quirúrgico. No obstante, observa la Sala que las conducias médicas previstas, ya fuere para la salpingitis o la endometritis, no fueron seguidas por el Hospital de Kennedy, que, en su lugar, optó por proceder, sin la diligencia suficiente, a una histerectomía abdominal total y salpingo-forectomía bilateral, con las consecuencias adversas sufridas por la actora. Lo anterior con fundamento en un diagnóstico que el estudio patológico descartó.

Ahora, en relación con la enfermedad inflamatoria pélvica, el Manual Merck señala¹²:

"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

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

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** -se destaca y subraya-.

Entorno al procedimiento de histerectomía, esta Corporación, en sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 20371¹³, 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.

Por su parte, la endometriosis corresponde a "un trastorno en la salud de las mujeres que ocurre cuando las células del revestimiento del útero (**matriz**) crecen en otras áreas del cuerpo. Esto puede llevar a que se presente dolor, sangrado irregular y problemas para quedar en embarazo"¹⁴.

En ese orden, siendo la histerectomía una cirugía mayor, "es posible que [la afección] se pueda tratar sin esta cirugía". Por esa razón, se recomienda dialogar "con el médico o el personal de enfermería acerca de todas las opciones de tratamiento", para que se

¹³ M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Cita original: 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/ai1icle/000915.htm>. Sentencia del 3 de mayo de 2007 Exp: 16098 M.P Enrique Gil Botero.

¹⁴ En: Consultada el 21 de septiembre de 2012.

intenten procedimientos menos invasivos, tales como: (i) la embolización de las arterias uterinas; (ii) laparoscopia pélvica; extirpación del endometrio y el uso de píldoras anticonceptivas y analgésicos¹⁵, lo cual en el presente asunto se echa de menos.

Ahora, frente a la posibilidad de consultar literatura médica por parte del funcionario judicial, esta Corporación ha precisado¹⁶:

"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) ¹⁷ -se destaca-.

Como se aprecia, el demolió 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 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 justa¹⁸.

¹⁵ En: <http://vovoyw.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/encv/article/002915.htm>. Consultada el 13 de febrero de 2013.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de abril de 2012, exp. 21.861, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ Cita original. PARRA Quijano, Jairo "Aporte de la jurisprudencia del Consejo do Estado al tema de la prueba pericial", Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

¹⁸ Cita original: Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1 de octubre de 2008, exp. 27.268 y del 19 de agosto de 2009, exp. 18.364, M.P. Enrique Gil Botero.

En esos términos, para la Sala es claro que en el Hospital Occidental de Kennedy se tomó una decisión apresurada, como quiera que se resolvió adelantar una histerectomía, sin considerar que se trataba de una niña de solo 17 años y que el estado patológico de la paciente daba lugar a alternativas de diagnóstico y tratamiento diferente y menos traumático, apresuramiento que el informe de patología y el dictamen médico legal confirman. Es de anotar que la drástica medida adoptada por los médicos tratantes comporta, según los peritos, "[d]eformidad [f]ísica que afecta el cuerpo de carácter permanente (...) y pérdida del órgano de la fecundación" -fl. 101, c. 1. Responsabilidad que alcanza al Distrito Capital como quiera que la niña J. S. V. acudió al servicio de salud de la entidad territorial en su condición de afiliada, aunado a que por tratarse de una persona en estado de debilidad manifiesta, dada su edad, su condición de gestante y su situación económica, demandaban una atención prioritaria y un seguimiento acorde con su situación.

4.6.3. Indemnización de perjuicios

En el asunto puesto a decisión de la Sala no solo se configuró un daño que debe ser resarcido en su *dimensión subjetiva* sino que, por los motivos que pasarán a explicarse a continuación y, que ya se esbozaron más arriba, deben adoptarse las medidas para proteger asimismo la *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales gravemente desconocidos; en tal sentido se ordenará una reparación integral.

En otro lugar de la presente providencia se hizo referencia a la condición de garante que la Constitución y la Ley le confieren a las entidades del Estado, del orden nacional y territorial ~e incluso a los particulares- que se encuentran a cargo de prestar el servicio público de salud en el sentido de ordenarles adoptar las medidas indispensables para hacer efectiva la protección del derecho constitucional fundamental a la salud, condición ésta que comprende tanto el deber genérico de abstenerse de realizar conductas que desconozcan este derecho, como la obligación de adoptar las cautelas y de desplegar las acciones necesarias para la debida materialización del mismo-arriba fl. 11 y siguientes-.

El caso puesto a consideración de la Sala supone un grado de complejidad mayor, pues estaba en juego la efectiva protección del derecho a la salud de una niña de 17 años y la

ausencia de protección de su derecho fundamental a la salud aparejó un trato no igualitario -discriminatorio- prohibido por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por el Estado colombiano.

Debe tenerse presente que el artículo 13 superior no sólo impone el trato igualitario y prohíbe la discriminación por motivos de "sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica" sino que ordena al Estado promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" y lo insta a adoptar "medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

Vale acá recordar que, por mandato del artículo 93 superior, los derechos constitucionales fundamentales deben ser interpretados en consonancia con las normas contempladas en las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos aprobadas por Colombia y cabe destacar, igualmente, que la finalidad perseguida por estos tratados internacionales no es otra distinta a la de -énfasis en el texto citado-:

"sancionar a quienes vulneran tales derechos. Estos instrumentos cumplen también un fin protector. Se orientan a prevenir que en el futuro los derechos sean desconocidos, buscan, en otras palabras, que las violaciones no se repitan, que el desconocimiento de los derechos no vuelva a suceder y abarca, en tal sentido, un conjunto de medidas que deben ser adoptadas para garantizar la vigencia plena de los derechos"¹⁹.

En relación con el derecho a recibir un trato igualitario y a no ser discriminado ha dicho la Corte Interamericana²⁰-se conservan las citas a pie de página en el texto original-²¹:

*"la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico"*².

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Cfr. Corte IDH Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

²¹ Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr 53 y *Caso Comunidad Indígena Xákrnok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

²⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákrnok Kásek, supra* nota [anterior], párr. 269.

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cual manera vayan dirigidas, directa o *indirectamente*, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias, existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias²².

La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de 'discriminación'. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁷ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante 'Comité de Derechos Humanos') ha definido la discriminación como: // toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²³. // La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho.

²⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 104; Caso Comunidad Indígena *Xákrnok Kásek*, [citado] párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1985, CCPR/C/37, párr. 6.

²⁷ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

²⁸ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

²² Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota [anterior], párr. 103 y Caso Comunidad Indígena *Xákrnok Kásek* citado.

²³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación.

a 'igual protección de la ley'²⁴. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana²⁵.

Como puede verse el mandato a la luz del cual ha de fijarse el sentido y alcance de las prescripciones contempladas en el artículo 13 superior -tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana-, menciona la unidad del género humano y le asigna la propiedad de ser inseparable de la dignidad esencial de la persona. Este vínculo inescindible supone dos prohibiciones fundamentales: i) considerar que un grupo de personas pueda tenerse como superior a todos los demás y conferirle, en consecuencia, una posición de privilegio injustificado en el goce de sus derechos y ii) estimar que un grupo de personas es inferior e impedirle el goce de sus derechos.

Incluye, asimismo, deberes de abstención y de acción. Por una parte los Estados se encuentran obligados a impedir que se realicen actuaciones orientadas a crear discriminaciones de hecho o de derecho. Por la otra parte, los Estados tienen el deber de adoptar medidas de orden positivo para "*revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas*". Recuerda la Corte Interamericana que esta suerte de medidas se relaciona concreta y directamente con la obligación de protección puesta en cabeza de los Estados encaminada a contrarrestar "*actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*".

De lo arriba expuesto resulta factible concluir que la prohibición de trato discriminatorio, tal como la entiende la jurisprudencia interamericana, no sólo se vincula con la obligación puesta en cabeza de los Estados de excluir métricas, actuaciones y/o prácticas directamente encaminadas a favorecer a unos grupos poniéndolos en condición de inmerecido privilegio y/o desfavorecer a otros grupos impidiéndoles injustificadamente el

²⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra, párrs. 53 y 54 y Caso Barban Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

²⁵ Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 203 y Caso Barbani Duarte y otros, supra, párr. 174.

ejercicio cabal de sus derechos. Se vincula también con la obligación de diseñar políticas, efectuar actuaciones y adelantar acciones para evitar que se perpetúen situaciones de exclusión que permeen el ambiente social, político y cultural y traen como consecuencia discriminaciones de *tacto*. La Corte interamericana pone especial énfasis en recordar que la prohibición de trato discriminatorio se ha convertido en norma de obligatoria observancia *-ius cogens-* para todos los Estados sin consideración a las disposiciones que en contrario establezcan los ordenamientos nacionales.

A primera vista el tema que ocupó la atención de la Sala en la presente ocasión se reduce a ser un asunto de grave vulneración del derecho constitucional fundamental a la salud por omisión de protección, caso que podría considerarse ajeno al componente discriminatorio; empero un examen más detallado muestra que la emisión de protección en el *sub lite* se relaciona de manera irrevocable con la condición de la mujer, como se pasará a explicar en seguida.

Es que la discriminación por motivos de género suele presentarse de muy variadas maneras y, en muchos casos, de forma velada, implícita e incluso simbólica. La mayoría de las veces lo cierto tiene que ver con que se cree que bastan las conquistas en el terreno constitucional y, resultan suficientes los desarrollos legislativos, para evitar la discriminación. No obstante, la ausencia de políticas de género --medidas afirmativas o de protección y/o medidas de trato diferencial- encaminadas a orientar la acción estatal en los diversos campos de la vida social, económica, política y cultural termina por convertir los avances normativos en letra muerta. Esto en el terreno de la salud no constituye la excepción sino la regla.

La existencia de esta suerte de políticas y de acciones en un Estado social de derecho no puede comprenderse -como antaño- en cuanto necesidad de que grupos históricamente discriminados o en condición de desventaja sean mirados con "conmiseración" o "compasión" y se practique respecto de ellos la "caridad". El cambio de paradigma ocurrido con la vigencia de la Constitución de 1991 trajo consigo variaciones en relación con esta manera paternalista de mirar las cosas en las que el rasgo más notorio solía ser el modelo patriarcal dispuesto a hacer concesiones si y solo si las personas consideradas "débiles", "necesitadas de protección", por lo general, las mujeres, las niñas y niños, las personas LGTBI, las minorías étnicas y/o raciales y las personas adultas mayores

permanecían en su lugar sin derecho a integrarse social, económica, política y culturalmente ni a participar activamente en la elección y configuración de sus propias vidas.

Si bien es cierto, antes de la Constitución de 1991 ya se habían dado pasos para derrotar el modelo en clave machista y la dominación masculina excluyente que de él se derivaba, la verdad es que apenas con la entrada en vigencia de la nueva Carta Política sobrevino en el terreno normativo una profunda transformación que, de hacerse realmente efectiva, en la práctica impone modificaciones en todos los sectores de la vida y exige un cambio de actitud, pues cuando en la Constitución se habla de protección este término no puede hacerse equivalente ni tampoco identificarse, con una actitud "caritativa", "condescendiente" o "misericordiosa", propia de una estructura patriarcal, vigente durante mucho tiempo.

Se relaciona, más bien, con una nueva visión del mundo y consecuente actitud que, lejos de perpetuar la situación de debilidad, indefensión o desprotección -como ocurría en vigencia del modelo anterior-, busca promover mediante políticas y acciones positivas afirmativas e, incluso, de trato diferencial y de protección temporal el empoderamiento de las personas en orden a su integración real a la sociedad -pluralista y diversa (artículos 1 y 7º CP.), justamente porque se cuenta con los recursos materiales, intelectuales y espirituales transmisores de la capacidad de elegir aquello que se tiene motivos para valorar.

Puestas de esta manera las cosas, junto a la cláusula de universalidad, cuyo fin no es otro distinto que el de asegurar a todas las personas -sin excepción alguna- igual dignidad, reconocimiento y respeto, aparece la necesidad, asimismo imperiosa, de reconocer la complejidad del panorama social, político, económico y cultural tanto como de usar las herramientas apropiadas para distinguir en qué momento se requiere efectuar acciones o aplicar instrumentos encaminados a garantizar en la práctica la igualdad, ya no solo en términos formales, sino concreta y materialmente, se puede concluir que, quienes debido a su singularidad fueron, desconocidas, alcanzaron el reconocimiento bajo estricta consideración de aquellos rasgos que las hacían únicas.

En ese nuevo contexto cobra especial relevancia la exclusión de todo tipo de trato discriminatorio y esto abarca no solo aquellas conductas encaminadas directamente a

efectuar distinciones injustificadas que se edifican teniendo como criterio el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica -criterios calificados por la doctrina y por la jurisprudencial como "sospechosos"-, sino la necesidad de estimular y llevar a la práctica políticas y de acciones orientadas a superar el predominio de la cultura misógina y excluyente. El propósito fundamental consignado en la Carta Política tiene que ver entonces con evitar que la diferencia permanezca ligada a la cultura patriarcal "*por negación*" y se vincula consecuentemente con la necesidad de superar la paradoja de que la diferencia sea "*marca de inferioridad*"²⁶, como desafortunadamente lo ha sido durante demasiado tiempo.

No obstante, la superación de la discriminación de *iure* y de *facto* no ocurre de la noche a la mañana. Para que sea dable resulta indispensable que las autoridades públicas y, quienes en calidad de particulares están comprometidos con la garantía de efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, sean conscientes de las responsabilidades que se derivan de los mandatos contemplados en el artículo 13 superior -leídos a la luz de la interpretación que sobre la prohibición de trato desigual o discriminatorio ha realizado la jurisprudencia emitida por los organismos internacionales competentes para el efecto-. No se puede perder de vista que, de conformidad con el derecho interno e Internacional, frente a esta garantía de protección formal y material las autoridades estatales del nivel nacional y territorial, así como los particulares comprometidos con la prestación de servicios públicos asumen una posición de garante.

Ahora, quizá no hay un campo en el cual se detecten de manera más clara las dificultades ligadas con los tratos discriminatorios por motivos de género que en el sector de la salud. Lo que a primera vista podría catalogarse de barrera que impide el acceso por igual a hombres y a mujeres se vincula principalmente con el modelo patriarcal que aún predomina culturalmente y se resiste a ser superado. El caso puesto a consideración de la Sala resulta un triste ejemplo de esta situación. Y es que la misoginia impregna la cultura hasta un punto que el trato no **igualitario** deja de percibirse como algo censurable, inadmisibles que contraviene principios constitucionales fundamentales; se torna, más bien, en algo natural, como si emergiera de las cosas mismas.

²⁶ Yanira, ZÚÑIGA AÑAZCO, "Las Paradojas de la Universalidad", en Revista de Derecho (Valdivia) Volumen XI, 20C0, pp. 71-82.

Una niña que carece de recursos económicos acude a las entidades prestadoras de servicio de salud por causa de un aborto inconcluso y, encontrándose en curso el proceso natural de interrupción del embarazo, en lugar de ser atendida de inmediato, el Hospital San Blas le impone enfrentar barreras de orden burocrático, esto es, en vez de asistencia se inicia para ella una penosa carrera de obstáculos, sin el menor miramiento por su grave situación de vulnerabilidad, por su condición de niña que enfrenta una circunstancia que la afecta física, mental y emocionalmente. En este punto debido a que la institución a la que acudió no contaba con un protocolo que obligara a tomar en cuenta sus especificidades de género, edad y condición, de donde a las claras se están vulnerando las cautelas previstas en los artículos 13 y 43 superiores y se está incurriendo en un trato desigual por entero injustificado.

Lo anterior no por cuanto las instituciones prestadoras de salud deban ser "caritativas" y actuar con "conmiseración" o ser "misericordiosas" sino -se repite-- perché las niñas, las adolescentes y las mujeres tienen el derecho a ser protegidas cuando se encuentran en esa situación estrechamente relacionada con su género, su edad y su condición. Lo que se busca -ya antes se dijo- es empoderarlas de suerte que les es factible superar efectiva, material y realmente su circunstancia de debilidad manifiesta y de desventaja histórica. Para ese concreto propósito debe existir una política seria dirigida asegurar que ello sea así lo que supone un cambio de actitud en quienes están al frente de un servicio público de tan trascendental importancia como el de la salud.

Ello no sucedió en el caso concreto. Al contrario, desde un comienzo dejó de tenerse en cuenta que quien se acercó al hospital era una niña (género) de 17 años (edad), de escasos recursos (condición) y no se tornaron las cautelas ni se adelantaron las acciones para conferirle igualdad de trato acorde con lo dispuesto por el artículo 13 superior. Como se ha recordado, la garantía de igualdad de acceso pasa por examinar cómo se reflejan los derechos consignados en el ordenamiento jurídico sobre *"la complejidad de las vidas de las personas reales"*³³.

El trato desigual del que fue víctima la niña en el *sub lite* muestra que la garantía de no discriminación por motivos de género, edad o condición no

solo se reduce a prohibir normativamente este tipo de trato; se enlaza también con otras exigencias que suponen la presencia de una actitud sensible a la diversidad de situaciones que enfrentan las niñas, adolescentes y mujeres por motivo de su género, edad, raza/etnia o condición, al paso que implica la adopción de medidas y la puesta en práctica de acciones dirigidas a cumplir con los mandatos constitucionales. De lo contrario el trato desigual persistirá y se evitará que ellas gocen a plenitud de sus derechos.

Si en el caso concreto el Estado no hubiere omitido adoptar los mandatos derivados del artículo 13 superior y las entidades prestadoras de salud hubieren contado con un protocolo de atención con enfoque de género, esto es, capaz de tomar en cuenta la singularidad de la situación en que se encontraba la niña -dados su género, edad y condición-, entonces i) se habría podido garantizar la prestación integral del servicio de salud desde el momento mismo en que Jackeline se presentó a demandar la atención que su estado y condición requería y ii) no se habría llegado a las circunstancias funestas a las que se arribó.

Dicho con otras palabras: ante la situación que afrontaba Jackeline cobraba especial importancia la realización del principio de integralidad en

"Las personas no solo se caracterizan por su sexo, sino también por su edad, su origen étnico o una discapacidad. Las leyes contra la discriminación deberían cambiarse para permitir que las víctimas de la discriminación múltiple lleven sus casos a los tribunales. Es también necesario impartir formación antidiscriminación al personal de los servicios sanitarios para asegurar que todas las personas sean tratadas de forma igualitaria conforme a sus necesidades". Morten KJAERUM, "Inequalities and multiple discrimination in access to an equality healthcare". Disponible en <http://fra.eLiropa.eu>, consultado el 19 de marzo de 2013.

La prestación del servicio de salud, respecto del cual ha distinguido la Corte Constitucional dos facetas. Por un lado, la integralidad del concepto mismo de salud, para cuya concretización se requiere cumplir, entre otras, con un conjunto de presupuestos en el orden *"preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional [y] social"*²⁷. Por el otro, la integralidad referida a la eficacia en la protección de este derecho fundamental de suerte que *"todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo, esto es, el*

²⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008; Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

*compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurarla situación de enfermedad particular de un (o) paciente*²⁸.

En breve: la integralidad como elemento definitorio del derecho fundamental a la salud se habría logrado de manera eficaz si hubiere existido una política y un accionar inspirado en la perspectiva de género. La existencia de una política con enfoque de género habría permitido visibilizar las necesidades específicas de la niña en vista de su edad, sexo y condición y habría dado paso a tomar las precauciones para la práctica inmediata de un tratamiento sin descuidar las facetas preventiva, informativa y emocional del derecho fundamental a la salud. Ello sin embargo no ocurrió.

•* La Corte Constitucional ha puesto especial énfasis en la forma como este principio ha sido esbozado por el Comité de Derechos Económicos -énfasis en el texto citado-: "La atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud", Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14 (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - 22º Período de Sesiones, 2000), U.M. Doc. E/C. 12/12/2000/4 (2000).

con un cuadro de aborto inconcluso y *"ante la falta de documentos que le permitiesen tener acceso al servicio"* le recomendaron tomarse unas ecografías con el fin de presentarlas al siguiente día *"para mirar qué podían hacer por ella"*. Si de las pruebas allegadas al expediente se trataba, resulta claro que el procedimiento practicado en el Hospital San Blas -legado obstétrico-, fue el indicado para atender el aborto incompleto que ella enfrentaba; no obstante, lo que brilló por su ausencia fue la protección que nuestra Carta Política ordena otorgar a las niñas, adolescentes y mujeres en casos como este que resulta evidente, porque su ingreso al servicio se obstaculizó y dado que una vez practicado el procedimiento la niña no recibió el acompañamiento requerido.

La Corte Constitucional ha reiterado que las niñas, adolescentes y mujeres son sujetos

²⁸ *ibíd.*

constitucionales de especial protección y, en esa medida, no sólo sus derechos generales sino los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público. Sobre el particular ha sostenido la Corporación²⁹:

"A partir del Acto Constituyente de 1991, las mujeres adquirieron trascendencia a nivel Constitucional, no sólo por el hecho natural de hacer parte de los seres humanos, no sólo por el hecho de hacer parte del pueblo colombiano, no sólo por el hecho de ser nacionales colombianas, no sólo por el hecho de ser ciudadanas colombianas, sino primordialmente por el hecho de pertenecer al género femenino, las más de las veces despreciado en nuestra historia constitucional.

Hacer parte del género al que pertenecen las mujeres, contó con especial deferencia por parte de Constituyente de 1991. Éste conocedor de las desventajas vividas por la mujer, optó por privilegiarla de manera clara, pensando en equilibrar la situación ya harto desequilibrada y en aumentar su protección a la luz de aparato estatal. (...)

Los derechos específicos de la mujer a la no discriminación como cláusula general (art. 43 Constitucional) a la no discriminación por razón de su género (art. 13 Constitucional), a su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública (art. 40 Constitucional), a la igualdad de derechos y oportunidades en relación con el hombre (art. 43 Constitucional) a la especial asistencia de parte del Estado durante su embarazo y posterior parto, a su libertad reproductiva, a determinar el número de hijos que desee tener (art. 43 Constitucional), al apoyo especial de parte del Estado por ser cabeza de familia (art. 43 Constitucional) y a la protección especial en materia laboral (art. 53 Constitucional), ratifican de manera absoluta la voluntad expresa y manifiesta del Constituyente de realzar los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda.

Por consiguiente, la mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público, donde se incluyen los operadores jurídicos".

La atención en salud que se prestó en el caso concreto dejó de lado tanto los derechos generales como los específicos de la niña y, al margen de que en esta primera etapa se aplicó el procedimiento pertinente para la situación que se presentaba, es evidente el trato desigual que ella debió enfrentar, lo que sin duda incidió de manera muy negativa en la posibilidad de garantizar la integralidad y la continuidad en la prestación del servicio, hasta el punto de desembocar en un diagnóstico errado por parte del Hospital de Kennedy al que, luego de presentar fuertes dolores, fue remitida Jackeline tiempo después.

El diagnóstico de esta última institución, prestadora del servicio público de salud, no sólo arrojó un resultado equivocado, develado posteriormente con los exámenes patológicos,

²⁹ Sentencia C-667 de 16 de agosto de 2006. Corte Constitucional. M. P. Jaime Araujo Rentería.

sino que, en vista de la atención a todas luces negligente, terminó por practicarse una histerectomía abdominal total y salpingo-oforectomía bilateral las consecuencias adversas que tal intervención le trajo consigo y que significó grave desconocimiento de sus derechos constitucionales fundamentales.

En breve, sin tener en cuenta los pormenores de su caso, la institución a la que Jackeline fue remitida, por carecer de medios económicos, llegó a un diagnóstico equivocado que, de mediar un mínimo de diligencia, habría impedido el desenlace funesto que tuvo lugar.

En varias ocasiones se ha condenado la mutilación genital al considerarse una práctica profundamente vulneradora de todos los derechos fundamentales de las mujeres³⁰. Se ha destacado el carácter Invasivo e irreversible de estos procedimientos dirigidos a privar a la mujer del derecho a sentir placer sexual por el resto de su vida.

Ahora, si el caso que se encuentra bajo examen de la Sala no puede equiparse sin más a la práctica de la mutilación genital, empero, guardadas proporciones, deben tenerse presentes sus similitudes. Ello no solo por las secuelas que en los dos casos sobrevienen; también por cuanto en las dos circunstancias se despoja intempestiva y traumáticamente a las mujeres de gozar plenamente de su propia sexualidad en los tiempos y con las proyecciones que cada momento existencial depara, bajo estricto respeto de su autonomía y del libre desarrollo de su personalidad.

³⁰ Cfr. Tribunal Supremo Español. Sala de lo Penal, sentencia 835 del 31 de octubre de 2012. Recurso de Casación No. 3/2012. En aquella ocasión le correspondió al Tribunal resolver el recurso de apelación. El recurrente sostenía que en su país la mutilación genital constituye una tradición ancestral -vigente por más de tres mil años-cuyo propósito no es vulnerar la Integridad física de las niñas y mujeres sino observar un uso que facilita reforzar los lazos de pertenencia de ellas con su comunidad. El Tribunal concluyó sobre el punto lo siguiente: *"....La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato "inhumano y degradante" incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.... //En el caso de autos, el recurrente M. D. llevaba a la sazón viviendo en España 10 años, estaba totalmente integrado en la cultura española y conocía -y así lo reconoció en su declaración en sede judicial obrante al folio 40 de la instrucción- -....que todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España.... El propio factum así lo tiene declarado. //Rechazada la tesis de que la ablación se efectuó por los abuelos en Gambia, y declarado que tuvo lugar en España, la tesis del error de prohibición en el recurrente no puede ser admitida en modo alguno".* Cfr. también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera, Subsección C-, sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 0500123250001994227901, CP. Enrique Gil Botero.

La situación irreversible de menopausia precoz que sobrevino en Jackeline a sus 17 años, dado el indebido procedimiento practicado, implicó cercenar uno de los rasgos más significativos del ser mujer: la procreación. Al margen de que no todas las mujeres le confieran igual importancia a este hecho, para quienes sí lo hacen, supone una pérdida irreparable que afecta de múltiples maneras todos sus demás derechos y la totalidad de los aspectos de su vida.

Adicionalmente, de un tajo y de modo irreversible le fue cercenada a la niña la posibilidad de experimentar sus propios tiempos vitales en el orden y con las consecuencias físicas, psíquicas y emocionales que suelen traer consigo. Es que el envejecimiento es un proceso gradual que transcurre a través de varias fases; lo normal es que ofrezca a quien lo enfrenta la oportunidad de adecuarse al mismo.

Dicho de otra manera: el trato desigual y la ausencia de diligencia de las entidades públicas prestadoras de salud trajeron en el caso concreto consecuencias devastadoras para Jackeline quien, de manera intempestiva, sin existir causa médica que lo justificara fue obligada a asumir un declive fisiológico, psicológico y emocional, pues lo que sucedería a los 50 años, aproximadamente, luego de un proceso de maduración en todos los órdenes, le sobrevino a los 17 años en el marco de un diagnóstico médico inconsulto y equivocado.

Lo acontecido demuestra que en el Distrito Capital brilla por su ausencia una política de género acompañada de las acciones para velar porque esta se materialice en la práctica, pues así lo demuestran los hechos, acorde con los cuales los establecimientos médicos no adoptaron medidas mínimas de apoyo y de prevención, al punto de no haber considerado la práctica de un procedimiento alternativo que, según se indicó arriba, habría podido ser menos invasivo y comprometedor de sus órganos reproductivos y de su proceso vital. Al contrario se abrió paso, injustificadamente, a un escenario costoso en términos económicos, y profundamente doloroso, en términos humanos. Se efectuó una intervención quirúrgica cuyo impacto negativo e irreversible en la vida en condiciones dignas, autonomía y derechos sexuales y reproductivos de la víctima fue manifiesto.

En fin, se desconoció el principio de integralidad en todas las facetas que fueron descritas más arriba las cuales, como se indicó, representan

elementos definitorios del derecho fundamental a la salud y en consecuencia, no se puso el mínimo interés en la necesidad de velar porque se materializara la dimensión preventiva, educativa, psicológica, emocional y social de este derecho constitucional. Tampoco se tomó nota de la concreta especificidad de la víctima ni se le brindó ilustración -específica, clara, sencilla y suficiente- sobre los cuidados y las precauciones que deben aplicarse en su situación. Se la dejó librada a su propia suerte.

Y es que la obligación de las entidades -públicas o privadas, del orden nacional o territorial- comprometidas con la prestación del servicio público de salud tiene que ver con remover los trámites burocráticos innecesarios o superfluos que puedan dificultar u obstruir el goce del derecho fundamental a la salud; de otra parte, estas entidades deben despertar una sensibilidad particular respecto de la especificidad de la situación y han de seguir un protocolo que permita adoptar -con apoyo en la perspectiva de género- medidas afirmativas y/o diferenciales de prevención y de protección, sin perder de vista las especificidades de las niñas, adolescentes y/o mujeres, así como las consecuencias que para las mismas revisten los procedimientos en los que pueden verse sensible e irreparablemente vulnerados los órganos que comprometen su identidad y sus derechos reproductivos.

Omisiones que trajeron consigo el gravísimo desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales de una niña (género) de 17 años (edad), con una condición económica y educativa que le daba el derecho a recibir una protección especial. Y ello -se repite- no como resultado de una "*concesión estatal*" -en virtud de la "*misericordia*", "*caridad*" o "*conmiseración*"-, sino por mandato mismo de la Constitución con el propósito claro y directo de empoderarla y de ponerla en condición de elegir, autónoma y libremente, su propio curso de acción.

Bien sabido es que la situación de desventaja histórica de las mujeres se agrava, cuando a ella se le suma la ausencia de medios económicos y/o educativos. Con todo, en sectores en los que se cuenta con estos medios de modo suficiente, se plantea incluso la pregunta acerca de si todavía tiene algún sentido hablar de *políticas con perspectiva de género*, pues se considera que con los avances ocurridos en el terreno normativo basta.

Es que cuando la situación de necesidad no es inminente y la disponibilidad de recursos económicos y educativos resulta satisfactoria, el Impacto negativo que el incumplimiento de las cautelas para superar la circunstancia de desventaja histórica -con el trato inequitativo y desigual que tal situación trae consigo proyectado, a las claras, sobre el resto de las mujeres más vulnerables-, el trato discriminatorio podría no percibirse con igual claridad, no por ello desaparece; lo que obliga a captar que, esa circunstancia de desprotección aún existe y continúa siendo un hecho que influye negativamente el destino de millones y millones de mujeres alrededor del globo terráqueo.

Es más, tal circunstancia "aparentemente satisfactoria" entorpece vislumbrar *'las implicaciones de la diversidad de formas que adopta la desigualdad de género'*³⁹, dificulta discernir asimismo *"hasta qué punto es nociva la desigualdad de género"* y no permite entender que, la ausencia de políticas, actitudes, medidas que valiéndose de una perspectiva de género contribuyan a superar la situación de desventaja histórica de las mujeres, afecta todos los aspectos de la vida social, económica, cultural y política de la sociedad en su conjunto -se destaca-, pues, como lo ha recordado la doctrina, *"[l]os distintos tipos de inequidades tienden, por último, a alimentarse unos a otros"* motivo por el cual *"debemos ser conscientes de sus conexiones"*¹⁰.

³⁹ Amartya SEN, "Desigualdad de género. La misoginia como problema de salud pública", documento consultado en la red en el sitio www.letraslibres.com el día 8 de marzo de 2013.

Con todo, lo expuesto hasta este lugar, muestra la gravedad que revistió el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales en el asunto bajo examen y confirman la necesidad de adoptar medidas con perspectiva de género para que, casos como este, no se repitan en el futuro.

4.6.3.1. En esos términos, se confirmará lo decidido en primera instancia frente a los perjuicios morales, tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes, como quiera es natural la causación de este perjuicio frente a la víctima y el damnificado. Este último, toda vez que en la historia clínica -fls. 31 y 42, c. 1- y en las facturas allegadas al expediente -fls. 54 a 76, c. 1-, se deja expresa constancia de que el señor Javier Augusto Beltrán Giraldo fue el acompañante y responsable de la paciente,

además de haber asumido los gastos propios de la atención médica prestada, según las facturas correspondientes -fls. 74 a 76, c. 1-, Además de que su condición de compañero permanente de la actora, declarada ante Notario, no fue desvirtuada en autos.

No obstante el Hospital San Blas reconocerá solo el 5 % de la condena por todo concepto, como quiera que si bien no prestó a la niña la atención adecuada cuando le impuso una carga que la misma no tenía que soportar y no realizó ningún acompañamiento, no participó en la intervención que cercenó su capacidad reproductora y vulneró su dignidad de mujer.

Ahora, el Distrito pagará a favor de los demandantes el 100% de la condena que en primera instancia se impuso al Hospital San Blas, en cuanto responsable de la atención de la niña. Es decir, cien (100) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima y para el señor Javier Augusto Beltrán Giraldo respectivamente; pues como lo viene sosteniendo la Corporación desde 1a sentencia de 6 de septiembre

Ibíd. de 2001, proferida dentro del proceso acumulado n.º 13 232-15646³¹ la demostración del padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado debe ser indemnizada con una suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este sentido, es procedente que la Sala fije en salarios mínimos la indemnización de perjuicios de orden moral, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste³², de conformidad con los siguientes parámetros³³: (i) la indemnización se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación³⁴; (ii) el perjuicio se tasa con fundamento en el principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 443 de • 1998; (iii) la determinación del monto se sustenta en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio y (iv) se tiene en cuenta, cuando sea del caso, lo ordenado en otras providencias para garantizar el principio de igualdad³⁵.

M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

³² Sobre el particular se pueden consultar la sentencia del 16 de junio de 1994, CP. Juan de Dios Montes Hernández, exp. 7445; y del 11 de febrero de 2009, CP. Myriam Guerrero de Bermúdez, exp. 14726, entre otras.

³³ Los parámetros descritos se encuentran señalados en sentencia de 19 de septiembre de 2011, radicación 21350, CP. Danilo Rojas Betancourth.

³⁴ En la sentencia del 6 de septiembre de 2001, CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación 13232, se indicó que esto es así, porque *"la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio rolo con su ocurrencia (...)."*

^{4:5} Frente a un asunto similar ver: Consejo cía Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

4.6.3.2. Los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, están demostrados, en tanto las facturas obrantes demuestran su concepto, cancelación y monto -fls. 54 a 76, c. 1-. En consecuencia, dicho valor se actualizará desde la sentencia de primera instancia hasta la presente providencia, así:

$Ra = Rh \times i \cdot \text{Final}$

I. Inicial

\$1.409.626.24 x 111,82 = \$1.587.675.00
99.28

4.6.3.3. En reciente pronunciamiento³⁶, la Sección Tercera de esta Corporación desplazó las condenas impartidas por daños fisiológicos bajo la denominación de "*daño a la vida de relación*" que posteriormente se reconoció como la "*alteración a las condiciones de existencia*" por daño a la salud, pues a pesar de contener aquellas una significación idéntica a la actual, en cuanto reconocían la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones de las personas con su entorno, limitaron la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material. Por este concepto, se reducirá la condena impuesta por el a *quo*, para ajustarla al criterio acogido en otras providencias como monto máximo indemnizatorio, esto es, 100 salarios³⁷, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud de la demandante.

En efecto, en el *sub lite* se impone llamar la atención, una vez más, sobre las condiciones de la víctima frente a la prestación del servicio público de salud, esto es que la actora, además de pertenecer al régimen subsidiado, al tiempo de los hechos era una niña³⁸ y se encontraba en estado de embarazo, quien en tales circunstancias tenía el derecho a gozar de la protección especial del Estado. En tal sentido, esta Corporación ha señalado³⁹:

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 19.031, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 24 de mayo de 2012, exps. 29.239 y 22.674, M.P. Stella Contó Díaz Del Castillo.

³⁸ Precisa reiterar que según el registro civil de nacimiento nació el 26 de noviembre de 1985 (fl. 2, c. 1), es decir, que para el 13 de marzo de 2003, cuando requirió la atención médica (fl. 31, c. 1), dado su estado de gestación, tenía 17 años.

Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 12 de mayo de 2010, exp. 37.427, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Con fundamento en la anterior interpretación constitucional, hay lugar a concluir que el embarazo en la mujer debe gozar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un cuidado y protección especiales por parte del Estado, dada su relación directa con la constitución de la familia, institución igualmente amparada en el ordenamiento legal nacional, a la cual se le ha reconocido, además, su calidad de elemento fundamental y natural de la sociedad. Así pues, para el momento de finalización del embarazo, la sociedad y el Estado especialmente deben velar por la salud de la madre y de aquel que está por nacer mediante la prestación de un servicio médico adecuado que procure la conservación de la integridad física de ambos. Igualmente, resulta necesario precisar que el artículo 11 de la Carta Política consagra la vida como un derecho fundamental inviolable cuyo amparo cubre al nasciturus, tal y como lo establece el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Desde la perspectiva institucional, esta Corporación, sobre la mortalidad materna en partos de adolescentes, ha llamado la atención así⁴⁰:

Es importante señalar, de igual manera, que el riesgo de muerte materna es el doble cuando se trata de partos en adolescentes frente a mujeres adultas, motivo por el cual las políticas públicas deben estar encaminadas no sólo a brindar una atención oportuna y segura en la atención obstétrica, sino que, en relación con los embarazos de jóvenes cuya edad oscila entre los 15 y 19 años, el sistema de seguridad social y, en general, la atención médico - hospitalaria debe velar por la protección del interés superior de la adolescente en estado de gravidez, así como por su neonato, como quiera que el riesgo de complicación que corre es mayor, lo anterior, a términos de lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política.

Igualmente, esta Corporación ha precisado las consecuencias de este tipo de intervenciones en la salud de la mujer así⁴¹:

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 ocasiones 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 libido 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.

Da 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

⁴⁰ GIL BOTERO, Enrique. La responsabilidad del Estado por la muerte en el parto. Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Alias Corporaciones de Justicia en la ciudad de San Andrés, septiembre de 2008, p.p. 15 y 16. En: Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Mortalidad materna: Otra cara de la violencia contra las mujeres. Un análisis desde la perspectiva jurídica.

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."

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 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 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, exp. 21.861, M.P. Enrique Gil Botero.

Lo expuesto lleva además a disponer a favor de la parte actora la reparación integral del daño, como se explica a continuación, sin que para el efecto cuente los limitantes de la *no reformatio in pejus*.

4.6.4. Medidas de justicia restaurativa⁶²

[-afectivamente, teniendo en cuenta que en el presente asunto se vulneró gravemente el derecho fundamental (salud) de una niña de 17 años en estado de gestación afectando su dignidad humana, es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del derecho vulnerado. En este punto cabe advertir que la jurisprudencia ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de

congruencia y de *no reformado 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 puntualizado⁴²:

(■■■) (§ 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

Lo aquí expuesto es reiteración de lo decidido en un asunto similar frente a un procedimiento de extracción de los órganos sexuales femeninos: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, exp. 21.861, M.P. Enrique Gil Botero.

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 iudice 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 iudice 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 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

⁴² Cita original: Cede Constitucional, sentencia T-576 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

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 comprenden⁴³:

(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.

(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

Cita original: Al respecto se pueden consultar las sentencias preferidas 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

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 demandado⁴⁴, esto es, la garantía de la congruencia y de la no *reformado 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.

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 evidente la alteración grave de un derecho fundamental, 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 conculcado⁴⁵, 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 1993 --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--⁵⁷.

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

⁴⁵ Cita original: Al respecto, se puede consultar la sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

Al respecto, la Sección ha precisado:

/) 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 establezca 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 principio de congruencia procesal y de la no reformado 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 Alir 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 procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso."^{59 60}

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, como también con apoyo en la jurisprudencia 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 que resulten necesarias para restablecer el núcleo esencial de un derecho 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 vulneración al derecho fundamental a la salud de la víctima, quien siendo tan sólo una niña quedó privada de forma permanente de sus órganos reproductivos, que devino por ausencia de integralidad y de continuidad en la prestación del servicio de salud y por la falla en el diagnóstico, lo cual genera a todas luces una vulneración significativa y representativa ese derecho. Además, se trata de una conducta reprochable que no puede ser avalada desde ningún punto de vista y menos por el juez cía 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:

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

⁵⁰ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁹ Cita original: 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. ⁶⁰ Cita original: CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

4.6.4.1. Rehabilitación

El Distrito Capital-Secretaría de Salud suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora J. S. V. y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias de la práctica de la histerectomía abdominal total y salpingo-ouferectomía bilateral, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso.

Por lo tanto, la entidad territorial, o quien haga sus veces, no se podrá negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud -incluidos los de ayuda psicológica-. Brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que sean dispuestos por los médicos tratantes y relacionados los mismos con el procedimiento al que fue sometido la víctima;

4.6.4.2. Satisfacción

El Distrito Capital-Secretaría de Salud ofrecerá excusas públicas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que la señora J. S. V., ya mayor de edad, convenga en ella, por los hechos ocurridos en marzo de 2003. Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber incurrido en un diagnóstico errado y apresurado y, por ende, practicado una intervención inadecuada para la patología presentada, con la grave vulneración que ello supone al derecho a la salud de la primeramente nombrada.

4.6.4.3. Garantías de no repetición

4.6.4.3.1. Se ordenará a costa y cargo del Distrito Capital, 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 distrital en un folleto anexo al mismo.

4.6.4.3.2. El Distrito Capital-Secretaría de Salud, 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 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.

4.6.4.3.3. Se ordenará a costa y cargo del Distrito Capital que se adopten las medidas indispensables para diseñar y poner en funcionamiento un Protocolo de Atención a la Salud de Niñas, Adolescentes y Mujeres con Perspectiva de Género. Para el efecto debe tenerse presente que el enfoque de género se encuentra estrechamente vinculado a la idea según la cual una de las herramientas apropiadas para:

"lograr la igualdad es la equidad de género, entendida como la justicia en el tratamiento a mujeres y hombres de acuerdo a sus respectivas necesidades. La equidad de género implica la posibilidad de tratamientos diferenciales para corregir desigualdades de partida; medidas no necesariamente iguales, pero Conducentes a la igualdad en términos de

*derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades*¹⁴⁶.

Y es que la necesidad imperiosa de obtener la equidad de género en la práctica ha impulsado el uso de un conjunto de herramientas, entre ellas, la estrategia de transversalidad del género -TG- instrumento incluido en la Guidance Note on Gender Mainstreaming aprobada por la Junta Directiva del PNUD en 1997, en donde se:

"asume la transversalización de género como una transformación profunda de la organización en todos los niveles: '[l]a transformación significa reconocer que el género no concierne solo a los programas, políticas y equilibrio de género en el personal, sino también a la cultura institucional'. Está relacionado con el cuidado, la flexibilidad y el empoderamiento, que afectan los comportamientos, las normas, los programas y los impactos. Cada persona debe beneficiarse y cada persona debe tornar responsabilidad de ello".

Valga en este lugar recordar que en 1995, el PNUD permitió avanzar de manera definitiva al precisar en el informe sobre Desarrollo Humano, titulado Género y Desarrollo Humano, que:

"sólo es posible hablar de verdadero desarrollo cuando todos los seres humanos, mujeres y hombres, tienen la posibilidad de disfrutar de los mismos derechos y opciones". En este informe se introducen dos nuevos índices: el índice de Desarrollo relativo al Género (IDG) que ajusta el IDH en las disparidades de género y el índice de Potenciación de Género (IPG) que intenta evaluar el poder político y económico comparado de hombres y mujeres. Estos indicadores constituyen valiosos aportes del PNUD tanto al análisis de género, como a la visibilidad de la problemática de las mujeres a nivel mundial".

La política de género resulta indispensable por múltiples motivos, pero especialmente porque existe un claro compromiso objetivo-institucional que impone a todas las autoridades públicas de los Estados integrantes de la OMS adoptar medidas para materializarla. Valga recordar que en el momento de creación de la OMS en el año de 1948 el enfoque de género constituía un concepto desconocido, motivo por el cual no fue incluido como principio constitucional de la organización.

En aquel entonces se habló de la necesidad de asegurar *"[e]l goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social"*. Fue apenas a partir del 8 de mayo de 1998 que tanto la OMS como los Estados miembros asumen el compromiso de velar por el cumplimiento de los principios de equidad, solidaridad y justicia social y, en tal sentido, se obligan a incorporar en sus políticas y estrategias para alcanzar la realización de tales principios la perspectiva de género en los términos

Cfr. *Estrategia, Equidad de Género PNUD Colombia*, disponible en: <http://www.pnud.org.co>

previstos por la Declaración Mundial de la Salud que se transcriben a continuación:

"Nos comprometemos con los conceptos de equidad, solidaridad y justicia social y a la incorporación de la perspectiva de género en nuestras estrategias".

Quizá uno de los problemas más frecuentes con estos avances en el plano normativo tiene que ver con que o bien no existe voluntad sobre la necesidad de aplicarlos en la práctica o no se comprende muy bien cómo hacerlos efectivos. Se piensa que poner en práctica el enfoque de género puede ocasionar mayores costos y dificultar procesos cuya complejidad resulta ya de por sí bastante grande. Lo cierto sin embargo es que esta herramienta constituye un lente de aumento que permite ver con mayor profundidad y nitidez ciertas situaciones específicas en el trato que reciben hombres y mujeres así como distinguir las circunstancias que rodean a unas y a otros las cuales, de no ser así, permanecerían invisibles y/o serían tratadas bajo el sello de la homogeneidad, lo que dificulta e incluso, en ocasiones, impide otorgar un trato equitativo y no discriminatorio.

Teniendo en cuenta lo antes dicho y con sustento en lo establecido en la parte considerativa de la presente sentencia, el Distrito Capital se encargará de delinear y estructurar un Protocolo de Atención en Salud de Niñas, Adolescentes y Mujeres con Perspectiva de Género. Para el efecto deberá contar con la asesoría y supervisión del PNUD-Colombia. Una vez finalizada la tarea difundirá y promoverá el Protocolo en los colegios y universidades y se encargará también de garantizar la capacitación del personal médico, de enfermería y administrativo de los hospitales del Distrito Capital así que se salvaguarde la eficaz y efectiva puesta en práctica del Protocolo encaminado a asegurar:

1. Que las niñas, adolescentes y mujeres recibirán atención oportuna acorde con su edad, identidad de género -pertenencia a la comunidad LGBTI-, condición económica y educacional, etnia, discapacidad física o psíquica. De esta suerte, se adoptarán las medidas de orden administrativo y médico para conferirles un trato equitativo efectivo y no discriminatorio, sin someterlas a cargas burocráticas innecesarias o a la dilación injustificada de la prestación del servicio.
2. Que las niñas, adolescentes y mujeres en estado de embarazo, víctimas de violencia sexual o de violencia intrafamiliar o las que aquejen situaciones relacionadas con sus órganos reproductivos serán informadas de los tratamientos, procedimientos o medicamentos que, en cada situación concreta, sea dable aplicar, velando porque la salvaguarda de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico por vía

constitucional, legal o jurisprudencial esté precedida de su consentimiento libre, autónomo y suficientemente informado y que no se las someterá a obstáculos injustificados, prohibidos por el ordenamiento jurídico.

3. Que la atención prestada a las niñas, adolescentes y mujeres se encaminará a garantizar la *integralidad del servicio* como uno de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud, lo que comprende presupuestos de orden:

a. Preventivo: el conjunto de actuaciones y procedimientos necesarios para evitar riesgos evitables. Esto implica ofrecer a las niñas, adolescentes y mujeres información detallada y suficiente, comunicada en términos claros, sencillos e ilustrativos acerca de las cautelas y medidas que deben tomar para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad y calidad.

b. Educativo: el compendio de conceptos, prácticas y actitudes indispensables para identificar los principales aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes y mujeres y con la importancia que ella tiene en todos los planos de la existencia física, psíquica, emocional, social y cultural. El componente educativo exige un desarrollo teórico/conceptual, a la vez que práctico, eficaz y respetuoso del pluralismo dirigido a las niñas, adolescentes y mujeres, a sus familiares y a quienes tienen a su cargo prestar el servicio de salud directamente -personal médico y/o de enfermería- o indirectamente -personal administrativo--.

De acompañamiento y seguimiento con especial sensibilidad por la protección de los derechos generales y específicos: la atención en salud de las niñas, adolescentes y mujeres se comprende como un proceso complejo que: i) incluye aspectos físicos, psicológicos y emocionales y debe estar custodiado desde el Inicio por el personal administrativo, de enfermería y médico competente; ii) exige garantizar a cabalidad el derecho al diagnóstico así como la continuidad e integralidad en la prestación del servicio de salud; iii) se extiende durante el desarrollo del tratamiento hasta su culminación al paso que iv) requiere acompañamiento y seguimiento pormenorizado en cada una de las etapas con una especial sensibilidad por la situación de las niñas, mujeres y adolescentes, lo que implica garantizar sus derechos generales y los específicos y supone, ante todo, tener claridad sobre el impacto, en ocasiones irreversible, que ciertas intervenciones o tratamientos tienen sobre su libertad, autonomía, identidad y dignidad tanto como sobre el pleno disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos conforme los garantiza el ordenamiento constitucional.

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

4.6.5. 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 o 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 Relataría 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 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 los demás actores, 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 interesados⁴⁷ -se destaca-.

Así las cosas, el derecho a la intimidad se protegerá de la siguiente forma: i) la publicación de esta sentencia quedará circunscrita al expediente y al tomo copiator de la Corporación en el que se tomará nota de la prohibición de reproducción, 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 Distrito Capital-Secretaría de Salud 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 Distrito Capital-Secretaría de Salud, se hará de manera privada, sin que exista acceso al público, ni convocatoria pública.

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia consultada.

Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, sino el resultado del ejercicio natural de su derecho de defensa, se impone negar la condena en costas en su contra.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

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

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 30 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el Distrito Capital-Secretaría de Salud.

TERCERO; MODIFICAR la condena impuesta al Hospital San Blas Nivel II, el que habrá de reconocerle al Distrito el 5% de lo pagado por este, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR responsable extracontractualmente al Distrito Capital-Secretaría de la Salud por los daños ocasionados a los señores J. S. V. y Javier Augusto Beltrán Giraldo.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al Distrito Capital á- pagar:

Por concepto de perjuicios morales a favor de los señores Jackeline Sánchez. Velásquez y Javier Augusto Beltrán Giraldo, la suma equivalente a cien (100) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia, respectivamente.

Por concepto de daño emergente a favor de los demandantes la suma de un millón quinientos ochenta y siete mil seiscientos setenta y cinco pesos (\$1.587.675.00) moneda corriente.

Por concepto de daños a la salud a favor de la señora J. S. V. la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

SEXTO: A título de medidas de justicia restaurativa, CONDENAR al Distrito Capital-Secretaría de Salud, al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(i) Suministrar toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria

que requiera la señora J. S. V. y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias de la práctica de la histerectomía, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso.

Por lo tanto, la entidad territorial no se podrá negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud -incluidos los de ayuda psicológica-, así como brindará y suministrará 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.

(ii) Ofrecer excusas públicas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que la señora J. S. V., así lo consienta, por los hechos ocurridos en marzo de 2003 y que terminaron en la lastimosa práctica de una histerectomía.

Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber brindado un diagnóstico errado y, por ende, practicar una intervención apresurada e inadecuada para la patología presentada, con la grave vulneración que ello supone al derecho a la salud de la señora Sánchez Velásquez.

(iii) Teniendo en cuenta las consideraciones hechas en este proveído, el Distrito Capital, dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de la presente sentencia, se encargará de adoptar las medidas necesarias para delinear y estructurar un Protocolo de Atención en Salud de Niñas, Adolescentes y Mujeres con Perspectiva de Género. Para ese propósito deberá contar con la asesoría y supervisión del PNUD-Colombia. Una vez finalizada la tarea difundirá y promoverá el Protocolo en los colegios y universidades y se encargará también de garantizar la capacitación del personal médico, de enfermería y administrativo de los hospitales del Distrito Capital así que se salvaguarde la eficaz y efectiva puesta en práctica del Protocolo encaminado a asegurar:

1. Que las niñas, adolescentes y mujeres recibirán atención en salud oportuna acorde con su edad, identidad de género -pertenencia a la comunidad LGTBI-, condición económica y educacional, etnia, discapacidad física o psíquica. De esta suerte, se adoptarán las medidas de orden administrativo y médico para conferirles un trato equitativo efectivo y no discriminatorio, sin someterlas a cargas burocráticas innecesarias o a la dilación injustificada de la prestación del servicio.

2. Que las niñas, adolescentes y mujeres en estado de embarazo, víctimas de violencia sexual o de violencia intrafamiliar o las que aquejen situaciones relacionadas con sus órganos reproductivos serán informadas de los tratamientos, procedimientos o medicamentos que, en cada situación concreta, sea dable aplicar, velando porque la salvaguarda de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico por vía constitucional, legal o jurisprudencial esté precedida de su consentimiento libre, autónomo y suficientemente informado y que no se las someterá a obstáculos injustificados, prohibidos por el ordenamiento jurídico.

3. Que la atención prestada a las niñas, adolescentes y mujeres se encaminará a garantizar la *integralidad del servicio* como uno de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud, lo que comprende presupuestos de orden:

a. Preventivo: el conjunto de actuaciones y procedimientos necesarios para evitar riesgos evitables. Esto implica ofrecer a las niñas, adolescentes y mujeres información detallada y suficiente, comunicada en términos claros, sencillos e ilustrativos acerca de las cautelas y medidas que deben tomar para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad y calidad.

b. Educativo: el compendio de conceptos, prácticas y actitudes indispensables para identificar los principales aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes y mujeres y con la importancia que ella tiene en todos los planos de la existencia física, psíquica, emocional, social y cultural. El componente educativo exige un desarrollo teórico/conceptual, a la vez que práctico, eficaz y respetuoso del pluralismo, dirigido a las niñas, adolescentes y mujeres, a sus familiares y a quienes tienen a su cargo prestar el servicio de salud directamente -personal médico y/o de enfermería- o indirectamente -personal administrativo-,

c. De acompañamiento y seguimiento con especial sensibilidad **por** la protección de los derechos generales y específicos: la atención en salud de las niñas, adolescentes y mujeres se comprende como un proceso complejo que: i) incluye aspectos físicos, psicológicos y emocionales y debe estar custodiado desde el inicio por el personal administrativo, de enfermería y médico competente; ii) exige garantizar a cabalidad el derecho al diagnóstico así como la continuidad e integralidad en la prestación del servicio de salud; iii) se extiende durante el desarrollo del tratamiento hasta su culminación al paso que iv) requiere acompañamiento y seguimiento pormenorizado en cada una de las etapas con una especial sensibilidad por la situación de las niñas, mujeres y adolescentes, lo que implica garantizar sus derechos generales y los específicos y supone, ante todo, tener claridad sobre el impacto, en ocasiones irreversible, que ciertas intervenciones o tratamientos tienen sobre su libertad, autonomía, identidad y dignidad tanto como sobre el pleno disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos conforme los garantiza el ordenamiento constitucional.

(iv) 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 distrital, en un folleto anexo al mismo.

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.

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

SÉPTIMO: ORDENAR al Distrito Capital-Secretaría de Salud y a la Relatoría del Consejo de Estado el cumplimiento de las medidas de protección a la intimidad que están relacionadas y descritas en la parte considerativa 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.

OCTAVO: DAR 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.

NOVENO: SIN COSTAS en la presente instancia, pues no aparecen probadas.

DÉCIMO; En firme esta providencia, DEVUÉLVASE la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DANILO ROJAS BETANCOURTH

OMISIÓN ADMINISTRATIVA / DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD DEL DISTRITO CAPITAL / CAUSAS DEL DAÑO / SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA / DECISIÓN DE LA SENTENCIA / CULPABILIDAD DE LA CONDUCTA / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA / AFILIADO AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / ESTADO DE EMBARAZO / CAPACIDAD DE LA ENTIDAD PÚBLICA / ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / FALLA DEL SERVICIO DE SALUD / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / TRATAMIENTO DEL PACIENTE

[N]o existe en este caso ninguna acción u omisión atribuible jurídica o tácticamente al Distrito Capital que pueda tenerse como causa de la pérdida de la capacidad reproductiva de [la paciente]. La sentencia parece haber advertido esta situación ya que en ningún momento identificó o precisó cuál fue el deber de conducta supuestamente omitido o defectuosamente cumplido por la entidad y de qué forma ello contribuyó a que el daño se produjera. No obstante, no dudó en declarar su responsabilidad administrativa con el argumento de que la niña [gestante] acudió al servicio de salud la entidad territorial en su condición de afiliada, aunado a que por tratarse de una persona en estado de debilidad manifiesta, dada su edad, su condición de gestante y su situación económica, demandaban una atención prioritaria y un seguimiento acorde con su situación", como si la entidad estuviera en capacidad de asegurar que las entidades prestadoras de los servicios de salud no incurrían en fallas durante el proceso de diagnóstico o tratamiento de las enfermedades.

FACULTADES DEL JUEZ / ACTIVIDAD MÉDICA / CONCEPTOS DOCTRINARIOS / ÁREA DE APOYO / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MÉDICO ESPECIALISTA / PROCESO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA / PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / LESIONES PERSONALES AL PACIENTE

Mi planteamiento es que el juez no puede reemplazar al médico, por lo que la doctrina especializada es un instrumento de apoyo para la labor de administrar justicia pero no puede utilizarse para sustituir de plano al profesional especializado en ese campo, sobre todo en casos de responsabilidad médica en los que resulta

de la mayor importancia determinar si hubo errores en los procedimientos de atención y hasta qué punto éstos pudieron contribuir causalmente al resultado lesivo.

ALCANCE DE LA NORMA / INAPLICACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / POSICIÓN DE GARANTE / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL DISTRITO CAPITAL / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD PÚBLICA / CONSTITUCIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / ACCESO AL SERVICIO MÉDICO / DERECHO A LA ACCESIBILIDAD / GARANTÍA DE LA CALIDAD DEL PRODUCTO / PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN / DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO / ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD / DEMANDA DE BIENES Y SERVICIOS

[N]i el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 ni ninguna otra de las normas que se citan en la sentencia para demostrar que el Estado es el garante de la prestación de los servicios de salud, permite imputar jurídicamente el daño aducido en la demanda al Distrito Capital de Bogotá. Tal afirmación parte de un entendimiento equivocado del alcance de las obligaciones que se desprenden para la entidad demandada en su condición de garante de la prestación de los servicios de salud, conforme al artículo 49 de la Constitución, las cuales consisten básicamente -bajo el modelo diseñado por la Ley 100 de 1993- en garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud en punto a temas como el aseguramiento de la población, la vigilancia de las entidades prestadoras de los servicios de salud, la financiación e implementación de los programas de salud pública, y la organización de la oferta de bienes, programas e instituciones de salud con miras a satisfacer la demanda, entre otros.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 157

EXAMEN MÉDICO / HISTERECTOMÍA / DICTAMEN DE MEDICINA LEGAL / CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / HOSPITAL PÚBLICO / DESIGNACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA / RIESGOS DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO / PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA / IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / HOSPITAL SAN BLAS / ANÁLISIS DEL TRIBUNAL / SERVICIO MÉDICO DILIGENTE / ENFERMEDAD DEL PACIENTE / CLASES DE ENFERMEDAD / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE

[Q]uedó suficientemente acreditado, a través del estudio de patología realizado con posterioridad a la histerectomía y del dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal con fundamento en la historia clínica, que la paciente [atendida] fue víctima de un diagnóstico equivocado por parte del hospital de Kennedy - entidad que no fue demandada dentro del proceso - y que tal diagnóstico condujo a que se le practicara el procedimiento quirúrgico que cercenó irremediablemente su capacidad reproductiva. La sentencia reconoce esta realidad al señalar que no podía imputársele responsabilidad al hospital San Blas, tal como lo había hecho el Tribunal a-quo, dado que la atención que la paciente recibió en ese centro asistencial había sido adecuada y oportuna, sumado a que la sintomatología que ella presentó con posterioridad al legrado no era el resultado de la perforación del útero -como equivocadamente lo diagnosticó el hospital de Kennedy-.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25002-23-26-000-2004 02113-01(36725)

Actor: J. S. V.Y OTROS

Demandado: HOSPITAL SAN BLAS II NIVE E.S.E. Y DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE SALUD

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

SALVAMENTO DE VOTO

1. La presente sentencia atribuye responsabilidad al Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Salud por la pérdida de capacidad reproductiva padecida por la joven J. S. V. como consecuencia de la histerectomía que se le practicó el 13 de marzo de 2003 en el hospital Occidental de Kennedy.

2. La primera razón que explica mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala gira en torno a la imputación del daño al Distrito Capital. En el presente caso quedó suficientemente acreditado, través del estudio de patología realizado con posterioridad a la histerectomía y del dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal con fundamento en la historia clínica, que la paciente J. S. V. fue víctima de un diagnóstico equivocado por parte del hospital de Kennedy -entidad que no fue demandada dentro del proceso- y que tal diagnóstico condujo a que se le practicara el procedimiento quirúrgico que cercenó irremediablemente su capacidad reproductiva.

La sentencia reconoce esta realidad al señalar que no podía imputársele responsabilidad al hospital San Blas, tal como lo había hecho del Tribunal *a-quo*, dado que la atención que la paciente recibió en ese centro asistencial había sido adecuada y oportuna, sumado o que la sintomatología que ella presentó con posterioridad al' legrado no era el resultado de la perforación del útero -como equivocadamente lo diagnosticó el hospital de Kennedy-

sino de una salpingitis (inflamación pélvica)⁴⁸. No obstante, decide atribuir responsabilidad al Distrito Capital de Bogotá -entidad que expresamente alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva- con fundamento en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 que, en lo sustancial, dispone que entre el universo de personas sin capacidad de pago que tienen derecho a acceder el régimen subsidiado de salud tienen especial importancia los menores "en situación irregular") las *mujeres* embarazadas.

4. A mi juicio, ni el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 ni ninguna otra de las normas que se citan en la sentencia para demostrar que el Estado es el garante de la prestación de los servicios de salud, permite imputar jurídicamente el daño aducido en la demanda al Distrito Capital de Bogotá. Tal afirmación parte de un entendimiento equivocado del alcance de las obligaciones que se desprenden para la entidad demandada en su condición de garante de la prestación de los servicios de salud, conforme al artículo 49 de la Constitución, las cuales consisten básicamente -bajo el modelo diseñado por la Ley 100 de 1993- en garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud en punto a temas como el aseguramiento de la población, la vigilancia de las entidades prestadoras de los servicios de salud, la financiación e implementación de los programas de salud pública, y la organización de la oferta de bienes, programas e instituciones de salud con miras a satisfacer la demanda, entre otros.

En este caso, sin embargo, el daño antijurídico que motivó la demanda de reparación directa no se produjo como consecuencia de omisiones o deficiencias en el cumplimiento de alguna de las funciones normativamente asignadas al Distrito Capital de Bogotá en materia de salud, sino de un diagnóstico equivocado que es atribuible única y exclusivamente al hospital de Kennedy, el cual, se reitera, no fue demandado dentro del proceso. Francamente, no existe en este caso ninguna acción u omisión atribuible jurídica o tácticamente al Distrito Capital que pueda tenerse como causa de la pérdida de la capacidad reproductiva de J. S. V.. La sentencia parece haber advertido esta situación ya que en ningún momento identificó o precisó cuál fue el deber de conducta supuestamente omitido o defectuosamente cumplido por la entidad y de qué forma ello contribuyó a que el daño se produjera. No obstante, no dudó en declarar su responsabilidad administrativa con el argumento de que *7a niña J. S. V. acudió al servicio de salud la entidad territorial en su condición de afiliada, aunado a que por tratarse de una persona en estado de debilidad manifiesta, dada su edad, su condición de gestante y su situación económica, demandaban una atención prioritaria y un seguimiento acorde con su situación*", como si la entidad estuviera en capacidad de asegurar que las entidades prestadoras de los

⁴⁸ Véanse los párrafos 4.4.6.1.5 y 4.4.2.2. de la sentencia.

servicios de salud no incurran en fallas durante el proceso de diagnóstico o tratamiento de las enfermedades.

6. El segundo argumento que motiva mi inconformidad con la sentencia tiene que ver con las razones que llevaron a la Sala a considerar que hubo un error en el procedimiento médico que se le practicó a la paciente. Para llegar a esta conclusión, el fallo tomó un conjunto de referencias médicas doctrinarias que ofrecían información general acerca de la enfermedad inflamatoria pélvica que padecía para de ahí concluir que la joven J. S. V. no debió haber sido sometida a una histerectomía.

7. En mi criterio tal afirmación no podía servir como fundamento para atribuir responsabilidad al Distrito Capital en ausencia de un concepto técnico o científico que la respaldara. Si bien es cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de que el funcionario judicial consulte la literatura médica para resolver las cuestiones que son objeto de debate dentro del proceso, lo ha hecho con el único propósito de que ésta sirva para aclarar las materias sobre las cuales versa el dictamen pericial. Mi planteamiento es que el juez no puede reemplazar al médico, por lo que la doctrina especializada es un instrumento de apoyo para la labor de administrar justicia pero no puede utilizarse para sustituir de plano al profesional especializado en ese campo, sobre todo en casos de responsabilidad médica en los que resulta de la mayor importancia determinar si hubo errores en los procedimientos de atención y hasta qué punto éstos pudieron contribuir causalmente al resultado lesivo.

8. El tercer y último argumento que explica que me aparte de la decisión adoptada, por la mayoría de la Sala se relaciona con el valor probatorio de las declaraciones extraproceso. La jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 29 del G.P.C., que las declaraciones rendidas ante notario no pueden valorarse dentro del trámite contencioso si no se practican con audiencia de la parte contraria.

9. El fallo adopta una postura distinta y pretende justificarla con base en una sentencia de la Corte Constitucional (nota al pie n.º 12) que es útil para tal propósito porque en ella la Corte (i) admitió que los testimonios -nunca se refirió a las declaraciones extraproceso- pueden ser utilizados para acreditar la unión material del hecho porque no existe tarifa legal; y (ii) tuvo por probada la calidad de compañera permanente de quien obraba como tutelante en ese caso con base en otras pruebas distintas a las declaraciones extrajudiciales, las cuales, por tanto, no se tuvieron en cuenta para fundamentar la decisión.

10. En los términos anteriores dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra.

DANILO ROJAS BETANCOURTH