

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

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015).

Expediente: 050012331000199799343 01

Radicación interna No.: 30.639

Actor: XX y otros

Demandado: Instituto de Seguros Sociales "ISS" y otros

Proceso: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de agosto de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó en la que se decidió lo siguiente:

"**1. NO PROCEDEN** las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

"**2. NEGAR** las pretensiones de la demanda en lo que se refiere al MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL por no estar legitimado en la causa por pasiva.

"**3. DECLARAR** administrativamente responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de los perjuicios sufridos por XX con motivo del examen realizado el 11 de mayo de 1995.

"4. Que como consecuencia de la declaración anterior el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES debe pagar los siguientes perjuicios morales:

"**Perjuicios morales:**

"Para XX se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"**Perjuicios fisiológico:**

"Para XX se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“5. EI INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“6. NO CONDENAR en costas.” (fl. 252 y 253 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. El 14 de febrero de 1997, XX, YY y NN, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa para que se declare al Instituto de Seguros Sociales “ISS” –o quien haga sus veces– patrimonialmente responsable de los perjuicios que les fueron irrogados por una deficiente prestación del servicio médico de XX (fls. 12 a 18 cdno. ppal.).

En el escrito de demanda se elevaron, entre otras, las siguientes pretensiones:

“A. Que se declare patrimonialmente responsables, en forma solidaria, al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL ANTIOQUIA, y a la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL), de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los señores: XX, YY y NN por falla presunta en la prestación del servicio de salud a su afiliada, el día 11 de mayo de 1995 en el CAB del municipio de Bello (ANT).

“B. Que como consecuencia de la anterior se condene a las entidades públicas demandadas, a pagar solidariamente, en favor de mis representados:

“1. Por el daño moral:

“A cada uno de los demandantes, el equivalente al valor en moneda legal colombiana, de 2.000 grs de oro puro, a la cotización más alta en el mercado nacional, que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia, así:

“a. Para XX, en su condición de víctima.

“b. Para NN, en su calidad de madre de la víctima.

“c. Para YY, en su calidad de padre de la víctima.

“2. Por el daño fisiológico:

“En favor de la demandante, XX, como consecuencia de la pérdida de la integridad personal y la afección a su vida de relación, el equivalente al valor en moneda legal colombiana hasta 4.000 grs de oro puro, a la

cotización más alta en el mercado nacional, que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia de conformidad con lo previsto por el artículo 8 de la ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal colombiano.” (fls. 12 y 13 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. 13 a 17 cdno. ppal.):

1.1.1. El 11 de mayo de 1995, XX acudió al Instituto de Seguros Sociales “ISS”, Seccional Antioquia, CAB del municipio de Bello, en su condición de afiliada, con el objetivo de que se le practicara una citología ordenada por el médico Argiro Berrío, funcionario de la entidad.

1.1.2. La paciente fue atendida en el laboratorio por la doctora Patricia Chaverra, quien en su afán de realizar el examen, de forma culposa ocasionó dos desgarros vaginales.

1.1.3. El diagnóstico fue establecido por el médico legista el mismo día del examen, previamente a la interposición de una denuncia penal ante la Inspección Novena de Policía de Bello, por lo que se califica como una desfloración reciente y anticipada.

1.1.4. Dada la frecuencia con la que la víctima directa debe practicarse el referido examen, cada tres o cuatro meses debido a un problema fisiológico, no le era extraña su realización. No obstante, ese día fue particularmente incómodo, pues la funcionaria lo efectuó de tal afán, que no tuvo el menor cuidado de indagar si la paciente era virgen o no.

1.1.5. XX es una mujer joven, que para la fecha de los hechos tenía 27 años de edad, de reconocida e irreprochable honestidad ante la sociedad; por tal motivo, ha debido ser atendida por la psicóloga Olga Lucía Zuluaga debido a un cuadro de ansiedad fóbica.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 12 de marzo de 1997 (fl. 20 cdno. ppal.); en proveído del 9 de marzo de 1999 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fl. 107 cdno. ppal.) y, por último,

en auto del 16 de agosto de 2001, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 204 cdno. ppal.).

1.3. El Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social contestó la demanda para formular la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que, en su criterio, el ISS es una entidad descentralizada con personería jurídica y patrimonio autónomo, razón por la cual, la Nación no es la persona jurídica respecto de la que se predica el interés jurídico que se discute en el proceso (fls. 23 a 29 cdno. ppal.).

1.4. El ISS opugró el libelo petitorio en los términos que, en síntesis, se desarrollan a continuación:

1.4.1. La obligación indemnizatoria es inexistente, puesto que no se encuentra configurado un daño, ni mucho menos que éste sea antijurídico; lo anterior, comoquiera que la virginidad lejos de ser una condición física es un estado del alma, es decir, se trata de un aspecto psicológico, al grado tal que existen mujeres que presentan himen elástico y, por lo tanto, nunca experimentan su ruptura, lo que significa que no pueden tener una representación fisiológica específica de su primera relación sexual.

1.4.2. Hoy en día existe la cirugía reconstructiva del himen, razón por la que es perfectamente viable que la paciente se practique esta cirugía, lo que es demostrativo de una conducta de abuso del derecho de la víctima, toda vez que la única finalidad que persigue con el proceso es la monetaria.

1.4.3. De otra parte, no resulta comprensible la petición de los padres de ser reconocidos como víctimas, en la medida que la paciente manifestó –como se aprecia en la historia clínica– vivir sola y no depender económicamente de sus progenitores. Además, no tiene sentido que los padres deprequen la reparación de un presunto daño que sólo pertenecería a la órbita interna y personal de la señora XX, por tratarse de un aspecto directamente relacionado con su ámbito sexual como lo es la integridad del himen (fls. 72 a 78 cdno. ppal.)

1.5. Durante el término de traslado para alegar de conclusión, intervinieron los demandantes y el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social. El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

El Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, reiteró la excepción invocada, esto es, la falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 211 a 213 cdno. ppal.).

La parte actora sostuvo se encuentran demostrados los elementos de la responsabilidad, pues se acreditó que en la práctica del examen de flujo vaginal se produjeron dos desgarros, lo que generó la pérdida de la virginidad de la paciente. De otra parte, quedó establecido que fue la citología la que desencadenó esa circunstancia y, además, que ese hecho ocurrió por negligencia, lo que significa que es imperativo que la entidad demandada repare integralmente la lesión antijurídica irrogada (fls. 208 a 210 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 13 de agosto de 2004, la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ministerio demandado; por otra parte, condenó al ISS a la reparación del daño antijurídico invocado, por lo que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Entre otros aspectos, el *a quo* puntualizó:

“(…) Le asiste razón al MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, toda vez que como bien lo afirma dicha entidad, el ISS por sus calidades legales debe responder por sí misma a cualquier reclamación que se le realice, y dicho Ministerio nada tiene que decir ante lo que en este proceso se discute, por lo tanto serán negadas las pretensiones al demandante en lo que tiene al MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL se refiere.

“(…) Del material probatorio señalado, se logra deducir que la señora XX el día 11 de mayo de 1995, se le realizó un examen de medicina legal, donde se llegó a la conclusión de que hubo dos desgarros, y desfloración reciente, en otras palabras que se rompió el himen, y lo por lo tanto (sic) perdió la virginidad. Se concluye también que estos desgarros fueron producidos por el paso de un objeto duro.

“(…) Ahora bien, queda claro que se sufrió por la paciente un año en su

cuerpo toda vez que se le rompió el himen, que como ha quedado reconocido por medicina legal deja una incapacidad de 10 días, donde las secuelas funcionales no existen. En este caso se trata de determinar el daño psicológico sufrido por la paciente para de ahí extraer el perjuicio, toda vez que el perjuicio fisiológico ha sido superado con la cicatrización casi inmediata.

“Así, hay constancia del tratamiento psicológico recibido por la paciente y el diagnóstico de neurosis fóbica, por lo que se inició tratamiento, y ante la falta de mejoramiento de sus síntomas la paciente fue remitida a psiquiatría para posterior evaluación (folio 11), la paciente acudió a citas psicológicas sin resultados positivos, es decir que a pesar de la colaboración en cuanto a su asistencia no se notó ningún cambio de su actitud.

“Con lo cual se logra inferir por la Sala que XX se vio afectada psicológicamente, por el hecho dañoso.

“A modo de conclusión, considera la Sala que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, incurrió en una falla en la realización del examen de flujo vaginal realizado a XX el día 11 de mayo de 1995, esta falla le conllevó a la paciente un daño fisiológico que fue superado, es decir cicatrizado, pero por lo que en sí mismo implica para una mujer y para la sociedad la pérdida del himen, esto condujo a la lesionada a un problema de carácter psicológico que tal como queda dicho para el año 1997, dos años después del examen, no había sido superado.

“Por lo tanto, se concederán parcialmente las pretensiones de los demandantes.

“(…) Dado la entidad (sic) del daño y el significado que tiene la virginidad para una mujer, será concedido este perjuicio a la señora XX por considerarlo real en una sociedad como la nuestra. Así, para XX se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“En cuanto a los perjuicios morales pedidos por los padres no serán reconocidos por la Sala, pues no fueron acreditados por la parte actora.

“Perjuicio fisiológico

“Este tipo de daño, lo entenderá la Sala como la secuela que queda por la ruptura del himen, tanto el daño físico como las consecuencias psicológicas que se pudieron generar por la errada intervención en el examen de flujo vaginal. Se observa, como quedó arriba dicho, que la paciente tuvo atención psicológica con su respectivo diagnóstico, por esto entiende la Sala que ha tenido repercusión este daño en la señora XX digno de ser resarcido, por lo tanto, reconocerá la Sala la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“(…)” (fls. 234 a 253 – mayúsculas y negrillas del original cdno. ppal. 2ª instancia).

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

Inconformes con la decisión, la parte actora y el ISS la impugnaron el 6 de octubre de 2004 (fls. 255 a 259 y cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 20 de octubre de 2004, el recurso fue concedido por el *a quo* (fl. 264 cdno. ppal. 2ª instancia) y admitido por esta Corporación en auto del 12 de mayo de 2006 (fls. 213 cdno. ppal. 2ª instancia).

3.1. *Parte demandante*. El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento:

3.1.1. A diferencia de lo sostenido por el Tribunal de primera instancia, los perjuicios morales de los padres de la víctima directa sí se encuentran establecidos, tal y como se desprende de las declaraciones y testimonios que obran en el proceso.

3.1.2. De modo que, si no se ha desvirtuado la presunción de afecto que une a la paciente con sus padres, la inferencia de sufrimiento se mantiene incólume.

3.1.3. Por último, se debió condenar en costas a la entidad demandada en los términos del artículo 171 del C.C.A., porque su posición –advertida desde la contestación de la demanda– fue la de negar de manera reiterada la existencia del daño antijurídico, pese a la evidencia de los hechos, lo que supone un desgaste innecesario para la administración de justicia (fls. 255 a 259 cdno. ppal. 2ª instancia).

3.2. *Parte demandada – ISS*. El sustento de la apelación se estructuró en los siguientes términos:

3.2.1. La experticia que sirvió de base para sustentar el fallo condenatorio, fue el dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con fecha del 11 de mayo de 1995, medio de convicción que no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 174, 183 y 238 del C.P.C., comoquiera que se aportó en copia informal con la demanda, y no fue solicitada, decretada y practicada en el proceso dentro de los términos, condiciones y oportunidades señaladas para ello.

3.2.2. En el proceso no quedó demostrada la existencia del daño antijurídico, toda vez que no se trata de una lesión resarcible.

3.2.3. Por último, en caso de que se mantenga la declaratoria de responsabilidad, se debería revocar la condena por concepto de perjuicios fisiológicos, ya que el síndrome convulsivo parcial complejo verificado EEG (electroencefalograma), es una patología que padece la señora XX desde la infancia y, por lo tanto, se trata de una afectación que no tiene ninguna relación directa con el daño alegado (fls. 260 a 263 cdno. ppal. 2ª instancia).

4. Trámite y Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En providencia del 16 de junio de 2006 (fl. 270 cdno. ppal. 2ª instancia) se corrió a las partes y al Agente del Ministerio Público traslado para alegar de conclusión, etapa en la que intervino el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para solicitar sea confirmada la decisión de primera instancia en lo que respecta a esa entidad, es decir, la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 271 a 280 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) hechos probados, 3) valoración probatoria, 4) reliquidación de perjuicios, y v) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, comoquiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$44´912.120,00)¹, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1997 tuviera esa vocación, esto es, \$13´460.000,00. Lo anterior, toda vez que para la fecha de interposición del recurso de apelación (6 de octubre de 2004) –momento que determina la norma de competencia aplicable– no había entrado a regir la ley 954 de 2005.

2. Hechos probados

El material probatorio se encuentra integrado por los siguientes medios de convicción:

2.1. De folio 144 a 172 del proceso, se remitió copia auténtica de las actuaciones penales que reposan en la Unidad Quinta de Fiscalías Locales de Bello (Antioquia), documentos entre los que se destacan:

2.1.1. Informe técnico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Seccional Antioquia², adiado el 11 de mayo de 1995, dirigido a la Inspección Novena de Policía de Bello, en el que se consignó:

“ANAMNESIS: datos relacionados con el hecho, relata: “esta mañana cuando fui a hacerme un examen de citología yo sentí que las cosas no eran como cuando me hacían otros exámenes porque me dolía mucho y me metían no sé qué instrumentos y la enfermera me preguntó si yo había tenido o no relaciones sexuales y luego me sentía como encharcada y cuando llegué a la casa empecé a sangrar y he tenido que cambiarme de ropa varias veces por el sangrado. Ahora todavía duele y estoy sangrando.

“ANTECEDENTES PERSONALES: menarca: 12 años, ciclos: 28/306-7 regulares; fecha de última menstruación: abril 23 de 1995, a abril 29 de 1995 (le duró 6 días); no ha tenido relaciones sexuales; no ha tenido cirugías ginecológicas ni pélvicas. Examen físico: consciente, orientada, con funciones mentales superiores conservadas; talla 1,57 metros, peso 53,5 kgs. Dentición definitiva completa... Genitales externos femeninos, de configuración adulta. Himen circular, con dos desgarros recientes hacia las cuatro y las siete manecillas del reloj y con signos de sangrado reciente en vestíbulo vaginal y labios menores, compatibles de ser producidos por el paso de un objeto duro. Región perianal sin signos de lesión a ese nivel; resto del examen físico sin alteraciones.

“CONCLUSIÓN: 1. Hay desfloración reciente.

¹ Suma que corresponde a la deprecada a título de perjuicios fisiológicos (4.000 grs.) a favor de XX.

² Este informe también fue aportado con la demanda en copia auténtica.

2. La edad física es concordante con la edad cronológica (28 años).” (fl. 146 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original).

2.1.2. Oficio del 13 de junio de 1995, suscrito por el médico legista que valoró a la señora XX , dirigido a la Fiscal 43 Local de la Unidad Segunda de Fiscalías de Bello, en el que se puntualizó:

“(…) La incapacidad médico legal está determinada por el tiempo que tarda un tejido lesionado en cicatrizar; los desgarros himeneales descritos en el anterior reconocimiento tardan aproximadamente diez (10) días en sanar, por lo que la incapacidad que se genera es esa, a saber, diez (10) días. Las secuelas se definen como las perturbaciones o anomalías que persisten en un órgano o tejido una vez que el proceso de cicatrización ha finalizado. Dado que el himen está compuesto por un epitelio que cicatriza completamente, las secuelas funcionales en este caso no existen.

“Para determinar si existe alguna secuela psíquica, la paciente debe ser evaluada por un profesional idóneo, a saber, psiquiatra o psicólogo forense. Como no se cuenta con ese recurso (sic) en esta Unidad Local, la paciente debe ser remitida a la Sede Seccional de Medicina Legal de Medellín...” (fl. 193 cdno. ppal.)

2.1.3. Informe técnico psiquiátrico rendido por dos psiquiatras forenses del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Noroccidente – Medellín, del 7 de julio de 1995, en el que se precisó:

“(…) ANTECEDENTES PERSONALES GENERALES

“No recuerda antecedentes de embarazo, parto ni desarrollo psicomotor. Inició escolaridad a los 7 años con bien rendimiento académico; refiere que en el primer año presentó su primer episodio convulsivo, en 1984 se graduó como bachiller; después ha trabajado como empleada vendedora en almacenes Éxito por años; hace 10 meses trabaja como vendedora en almacén en Centro comercial Villanueva donde se encuentra satisfecha.

“Ha tenido relaciones afectivas estables hasta de dos años y medio de duración; actualmente no sostiene noviazgo; niega haber tenido relaciones sexuales, no practica deporte; hace dos años vive sola en un apartamento en el barrio Pérez de Bello.

“ANTECEDENTES PERSONALES ESPECÍFICOS

“Quirúrgicos, alérgicos y traumáticos: negativos. Patológicos: refiere convulsiones tónico clónicas generalizadas desde el primer año de vida; ha recibido tratamiento médico especializado; recibe actualmente Rivotril 2mg (1-0-1) y Hysoline 250 mg (1-1-1); fecha de la última convulsión: febrero/95. Tóxicos: fuma cigarrillo 3-4 diarios desde los 18 años; niega consumo de alcohol y otros psicotóxicos. Psiquiátricos: acepta que “ha sido muy nerviosa y muy miedosa”. Judiciales: negativos.

“VERSIÓN DE LA EXAMINADA CON RESPECTO A LOS HECHOS

“El 11 de mayo fui a una citología al ISS de Bello; ya me habían hecho muchas citologías desde los 12 años; no me preguntaron si había tenido relaciones sexuales; desde que empezó a hacerme la citología yo no aguantaba y ella me decía que me destensionara (sic); después yo sentí que ella empujó algo; cuando yo me bajé me sentía adolorida y empapada; me fui para la casa y me puse a llorar y entonces llamé a mi hermana y me dijo que me fuera para la Inspección y allá me dijeron que fuera a Medicina Legal y me dijeron que tenía dos desgarros.

“EXAMEN MENTAL

“Ingresa al consultorio por sus propios medios; bien trajeada, amable, colaboradora, consciente, orientada en tiempo, espacio y persona; pensamiento lógico de curso y contenido normales; no se evidencian fenómenos alucinatorios; afecto depresivo, reminiscencia frecuente de los hechos con sentimientos de desesperanza y síntomas de ansiedad; funciones alimentaria, motora y de sueño normales; funciones cognitivas conservadas, introspección y prospección adecuación.

“CONCLUSIÓN

“Los anteriores hallazgos conforman un síndrome ansioso depresivo que es una alteración de su salud, incapacidad definitiva de noventa (90) días, no constituye perturbación psíquica.” (fls. 197 a 199 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original).

Los anteriores elementos de convicción serán valorados libremente por la Sala, toda vez que se tratan de pruebas de naturaleza documental que han obrado a lo largo del proceso, fueron decretados en primera instancia, dentro de las oportunidades legales para ello y, por lo tanto, se sometieron al principio de contradicción. De modo que, si bien, la prueba trasladada requiere en principio de ratificación o que haya sido con audiencia de la contraparte, en los términos del artículo 185 del C.P.C., lo cierto es que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido varias excepciones a esa regla, entre las que se encuentran, las siguientes: i) que la prueba haya sido solicitada por ambas partes, caso en el que, de conformidad con el principio de lealtad procesal, no se puede invocar la ausencia de ratificación a la hora de su valoración³, y ii) que tratándose de

³ “Teniendo en cuenta esto, la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en el argumento jurisprudencial continuado según el cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, requisitos que se cumplen en el presente, por lo cual se considera que la prueba fue plenamente conocida y aceptada por la parte demandante. En este sentido, la Sala sostiene que cuando el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiesen sido solicitadas por las partes, en este caso por la demandada, las mismas podrán ser valoradas y apreciadas, pese a que su práctica se hubiera producido sin citarse o intervenir alguna de aquellas

pruebas documentales, hayan obrado a lo largo de la actuación y, en consecuencia, respecto de las mismas se hubiere surtido el principio de contradicción⁴.

Y, si bien, podría pensarse en la necesidad de ratificación de los informes técnicos elaborados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, relativos a la valoración física y psicológica de XX, lo cierto es que esa prueba al ser trasladada al proceso contencioso administrativo adquiere la connotación de documento público y, por lo tanto, tuvo el ISS las oportunidades legales –a diferencia de lo sostenido en el recurso de apelación– para controvertir la validez de las conclusiones vertidas en los mismos.

De otra parte, la Sala hace énfasis en la imposibilidad de valoración probatoria de las indagatorias recibidas en procesos penales trasladados, toda vez que ese medio de convicción no se rinde de manera juramentada, sino que, por el contrario, se trata de una versión espontánea de los hechos sobre los cuales recae una posible acusación y, por lo tanto, sólo servía como medio de defensa del sindicado. Por consiguiente, el pronunciamiento contenido en la sentencia del 12 de marzo de 2013, exp. 2011-00125 (PI), proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no constituye precedente en la materia, comoquiera

en el proceso de origen y, no hayan sido ratificadas en el proceso al que se trasladan, ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal “que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”. (...) De esta manera, la Sala valorará las pruebas practicadas dentro del proceso contencioso administrativo y aquellas trasladadas del Juzgado Promiscuo de Familia, conforme a los fundamentos señalados.” (Negrillas adicionales). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ “La prueba documental trasladada, cuando no ha sido practicada a petición de la parte contra la cual se aduce o sin su audiencia en el proceso primitivo, podrá ser valorada siempre que en el contencioso administrativo haya existido la oportunidad procesal para la contraparte de controvertirla, de acuerdo a lo dispuesto para la tacha de falsedad en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerla como prueba, o al día siguiente a aquél en que haya sido aportada en audiencia o diligencia; salvo que las partes hayan tenido a su disposición las piezas documentales trasladadas durante el trámite del proceso y no las hubiesen controvertido, caso en el cual podrán ser estimadas por el juzgador por razones de lealtad procesal. (...) Así las cosas, encuentra la Sala que, en el caso que hoy ocupa la atención de esta Corporación, los elementos materiales probatorios contenidos en el expediente del proceso penal trasladado, podrán ser valorados por la Subsección, pues si bien las pruebas no fueron practicadas con la intervención directa de la Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, entidad contra la cual se dirigieron las súplicas del libelo, sí lo fueron con audiencia de una entidad representativa de la Nación, en nuestro caso la Fiscalía General de la Nación, que se reitera, resulta ser el centro de imputación jurídica que estaría llamado a responder por los hechos del sub lite, en el evento en que se acredite la responsabilidad de ésta.” (Se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de abril de 2014, exp. 28273, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

que en esa decisión –al margen de que se hubieran valorado de manera indirecta las indagatorias del congresista demandado, esto es, Iván Moreno Rojas– lo cierto es que no se modificó la jurisprudencia de la Corporación sobre la improcedencia en la valoración de las indagatorias, por las razones que pasan a desarrollarse a continuación:

i) No se hizo referencia expresa a las indagatorias como medio probatorio autónomo e independiente, que se derivada del traslado del expediente penal.

ii) Tampoco manifestó de manera explícita la intención de una posible modificación del precedente de la Sala, contenido en la sentencia del 12 de marzo de 2013, exp. 2011-0012 (PI), oportunidad esta última en la que específicamente se negó la posibilidad de que se valorara la indagatoria como medio de convicción.

iii) Así las cosas, si el objetivo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo era recoger el precedente, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional, se requería que ese cambio fuera expreso y razonado, es decir, que fuera *ex profeso* (*ex professo*), vehemente y justificado, todo lo cual se echa de menos en la providencia referida.

iv) La posición de la Sala Plena de la Sección Tercera –sin que fuera materia objeto de unificación, pero sí un tópico abordado y analizado explícitamente– se encuentra en la providencia del 11 de septiembre de 2011, exp. 20601, oportunidad en la que se puntualizó:

“II.3. Validez de indagatorias

“12.3. Las indagatorias rendidas por los agentes militares participantes en el operativo surgido de la orden de operaciones n.º 44, no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que se trata de versiones que se obtuvieron sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúnen las características necesarias para que pueda considerárselas como testimonios⁵. Lo anterior no obsta para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación *a contrario sensu* de la regla antes aludida.”⁶ (Negrillas del original).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 11898, actor: José Francisco Montero Ballén, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2011, exp. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

v) De modo que, la única forma de que las indagatorias sean valoradas es en aquellos eventos que se prestan bajo la gravedad del juramento, es decir, en aquellos supuestos en que el indagado va a declarar contra otra persona, siempre que no implique autoincriminación en los términos del artículo 33 de la Constitución Política⁷.

En efecto, el artículo 337 de la ley 600 de 2000, regulaba la diligencia de indagatoria en los siguientes términos:

“Artículo 337. Reglas para la recepción de la indagatoria. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a informar al sindicado el derecho que le asiste de guardar silencio y la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra; que es voluntaria y libre de todo apremio; no tiene la obligación de declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente; le informará la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente y el derecho que tiene a nombrar un defensor que lo asista, y en caso de no hacerlo, se le designará de oficio. Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo.”⁸

Por consiguiente, la indagatoria al ser una diligencia que se practicaba bajo el sistema inquisitivo penal tenía como objetivo oír al sindicado y que éste presentara su versión en relación con los hechos investigados, sin que en ningún momento se pudiera auto incriminar o a sus familiares.

Así las cosas, no es posible darle valor probatorio a este tipo de declaraciones, máxime si se tiene en cuenta que no se rinde bajo la gravedad del juramento.

2.2. Testimonio de la señora Gloria Mary Vélez Agudelo, rendida ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Bello –comisionado por el *a quo*– del cual se destaca:

“(…) PREGUNTADO: sírvase manifestar si conoce, desde cuándo y en razón de qué a XX, YY y NN, si tiene parentesco con ellos? CONTESTÓ: sí los conozco, alrededor de veinte años, toda la vida hemos vivido en el mismo sector, en el barrio Pérez, no tengo parentesco con ellos... Yo sé

⁷ “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

⁸ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que fue en el año 1995, lo que pasó fue que XX se hizo una citología y sangró, no recuerdo qué edad podría tener ella, ella o sea XX es joven, es soltera... El núcleo familiar de XX me contó de que (sic) le destruyeron el himen, ella era señorita... PREGUNTADO: descríbanos con más detalles cómo era el estado anímico y síquico de XX antes de ocurrir el hecho dañino? CONTESTÓ: era una persona alegre, tenía sus amigos, se relacionaba con facilidad y ya más luego de qué ocurrió lo que ocurrió se apartó totalmente de todo el mundo, es tanto que hasta dejó su trabajo. PREGUNTADO: cómo era el comportamiento de XX en sociedad, es decir tenía pocos o muchos amigos, se comportaba como una persona de buenos modales. Cómo era el núcleo de sus relaciones personales? CONTESTÓ: pues todas las amistades que le he observado a XX antes, eran personas buenas, o sea que la formación de ella era una formación que tenía mucha moral, buenos modales, levantada con muy buenas bases cristianas, tenía muchos amigos. PREGUNTADO: con quién convivía la demandante al momento de ocurrir estos hechos. CONTESTÓ: con sus padres. PREGUNTADO: tiene conocimiento de XX tenía (sic) novio en aquella época y si aún lo conserva? CONTESTÓ: sí tenía novio, aún no lo conserva, porque cuando lo ocurrido, ella desechó todo lo que tenía alrededor. Era una relación seria..." (fl. 189 y 190 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.3. Declaración de la señora Olga Chavarría de Gil, recibida por el Juzgado Primero de Bello, en calidad de juez comisionado por el a quo, de la cual es importante resaltar lo siguiente:

"(...) PREGUNTADO: conoce a XX, YY y NN? CONTESTÓ: sí los conozco, somos vecinos, hace como dieciocho años, no tengo parentesco con ellos... Eso ocurrió hace más o menos tres o cuatro años, XX estaba haciéndose una citología en el Seguro de Bello, resulta que XX llegó llorando y nosotros le preguntamos que qué le pasaba, o sea la familia de ella, la hermana PP y yo estábamos ahí, y XX dijo que si una citología era sangrando y doloroso, y nosotros le dijimos que no que eso no era así, que eso no tenía por qué doler y mucho menos sangrar. Entonces como era primera vez que le ponían un espéculo, no se lo hicieron con bajalenguas, XX no tuvo la precaución de preguntarle, o sea la que hizo la citología no le preguntó a XX si ella se le podía poner espéculo, no le preguntó nada, al ponerle el espéculo fue cuando sintió todo eso como una violación prácticamente. La familia estaba muy triste, porque llegar así llorando a la Casa y eso es como una violación; la hermana Gladys llevó la queja, la denuncia de lo que había pasado, pero no sé a dónde, le hicieron un examen y el médico la encontró desgarrada, ese examen se le hizo inmediatamente. Esto ocurrió temprano, como en las horas del mediodía. PREGUNTADO: sírvase manifestar como era y es el carácter de XX? CONTESTÓ: antes era una niña normal, muy seria sí. Es una muchacha joven, le gustaba trabajar, pero no recuerdo dónde, conversaba con un hermano mío de nombre AA, eran novios, a raíz de eso AA se alejó, porque XX cambió mucho, se volvió arisca, como asustada, como tímida con los hombres... PREGUNTADA: con quién convivía la demandante XX cuando ocurrió el hecho? CONTESTÓ: con los padres..." (fls.190 a 191 cdno. ppal. - mayúsculas).

2.4. A folio 190 del cuaderno principal, obra el testimonio de la señora Gloria Amparo Restrepo Serna, rendido ante el juzgado comisionado, en el que se lee:

“(…) PREGUNTADO: sírvase manifestar si conoce a XX, YY y NN?
CONTESTÓ: sí los conozco de toda la vida, vivimos por el mismo sector, no tengo parentesco con ellos... XX llegó a mi casa y llorando angustiadamente me contó lo sucedido, yo inclusive desconocía que al momento ella era virgen, lloraba desconsoladamente y posterior a eso, cambió totalmente su forma de ser, desconfía de las personas que se acercan a ella, cambió su vida habitual, su ritmo de vida, se volvió parca, huraña, desconfiada, temerosa...”

2.5. Copia auténtica de la hoja de remisión para valoración psicológica, con membretes del ISS – Seccional Antioquia, del 19 de mayo de 1995, suscrita por el doctor Argemiro Berrio, en la que se lee:

“Resumen de historia clínica: paciente epiléptica [ilegible] con cuadro depresivo por pérdida de la virginidad (desgarros himeneales) en procedimiento de toma de flujo vaginal... Nota: ya fue examinada por medicina legal.” (fl. 8 cdno. ppal.).

2.6. Certificación signada por la psicóloga Olga Lucía Zuluaga del CAA de Bello, en la que se especificó:

“XX , 30 años de edad, soltera consultó a psicología en el ISS en 1995, por depresión reactiva. Fue evaluada y se le diagnosticó una neurosis fóbica por lo que se inició tratamiento, ante la falta de mejoramiento de sus síntomas la paciente se remitió a psiquiatría para evaluación.

“Este profesional conceptuó que la paciente tenía una ansiedad fóbica lo que determinó su continuación con psicología.

“Acudió a unas citas más sin resultados positivos, la paciente fue colaboradora en cuanto a su asistencia, pero no se notó ningún cambio de actitud en ella.” (fl. 11 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.7. Copia íntegra y auténtica de la historia clínica de la paciente XX, en la que consta que sufre de epilepsia desde la niñez, patología manejada con medicamentos como mysolin (primidone) y rivotril (ansiolítico). De igual forma, se desprende del citado documento que la paciente fue revisada en varias ocasiones por el servicio de ginecología y que le fueron realizadas tomas de muestra de tejido y de flujo, específicamente en los años 1994 y 1995, por presentar flujo vaginal abundante (fls.129 a 142 cdno. ppal.).

3. Valoración probatoria

A efectos de que opere la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, la obligación de reparar integralmente un daño, es necesario que se acrediten los dos elementos para su configuración: i) el daño antijurídico y ii) la imputación.

De modo que, con la Constitución Política de 1991 se estableció un único régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, estructurado sobre la noción de daño antijurídico, circunstancia por la que toda actuación administrativa –trátase de actos administrativos, hechos, omisiones, contratos, operaciones administrativas, etc.– que sea susceptible de afectar derechos o intereses legítimos respecto de los que se imponga su resarcimiento debe pasar por el tamiz del artículo 90 superior y, en consecuencia, por el citado concepto.

En esa perspectiva, toda la responsabilidad –precontractual, contractual, derivada de la ilegalidad de actos administrativos y por actuaciones extracontractuales– se encuentra estructurada y sustentada sobre el artículo 90 de la Carta Política.

Por consiguiente, es imprescindible el análisis de ese precepto superior para identificar los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado. Ahora bien, al abordar el estudio de los ingredientes de la responsabilidad, esta Sección ha sostenido que son dos: i) el daño antijurídico y ii) la imputación⁹.

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

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de abril de 1994, exp. 6912, M.P. Juan de Dios Montes.

hereditarium).

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

Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada¹⁰.

En el caso *sub examine*, el ISS ha cuestionado desde la contestación de la demanda y en el escrito de apelación, la existencia del daño antijurídico, al sostener que la afectación que padeció XX no constituye un daño antijurídico, toda vez que no es posible afirmar, tal y como se hace en la demanda, que ella perdió su virginidad, en la medida que esta última hace referencia a un estado del alma, es decir, a un aspecto inmaterial, anímico, espiritual o psicológico. Por consiguiente, en criterio de la entidad demandada no es viable acceder a las súplicas de la demanda, por no haberse acreditado o demostrado un daño antijurídico imputable a la misma.

En efecto, desde el plano cultural, la mayoría de las sociedades, han asociado la virginidad con un aspecto fisiológico o corporal de la mujer, esto es, con el himen; toda vez que parafraseando al padre del psicoanálisis, el doctor Sigmund Freud,

¹⁰ Cf. DE CUPIS, Adriano "El Daño", Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

en su obra intitulada “El tabú de la virginidad”, el himen refleja una concepción anclada en el derecho de propiedad, es decir, se trata de la exigencia social de que la novia no traiga al matrimonio el recuerdo del comercio sexual con otro hombre¹¹.

Así las cosas, el concepto de virginidad al ser asociado con el himen de la mujer ha generado un fenómeno de discriminación, comoquiera que la preservación de esa membrana hasta el matrimonio se asocia con la virtud y la pureza de quien se ha reservado para ese rito, circunstancia que no ocurre con el hombre. Por consiguiente, no es posible equiparar un concepto que es puramente psicológico o cultural –como lo es la virginidad– con uno de naturaleza corporal u fisiológica, esto es, el himen.

Este trocamiento entre los conceptos ha sido descrito por la academia, en los siguientes términos:

“La otra gran preocupación de la época se centraba en la virginidad de la mujer y su demostración. Es en ese sentido que el himen vuelve a tomar importancia. Antes el interés y las discusiones sobre el himen pertenecían más al ámbito de lo religioso que al “científico”. En el primero ese interés se debía a la Virgen María. En el de la anatomía, en cambio, la existencia del himen era desconocida en Grecia. En Roma, Sorano, la autoridad más respetada en el conocimiento ginecológico afirma su existencia. Autores del prestigio de Ambroise Paré, a diferencia de Renaldo Colón, afirmaban no haberlo encontrado nunca en sus autopsias de niñas entre los doce y trece años. En el artículo dedicado a la virginidad, en el *Encyclopedie*, Jaucourt transcribe la opinión de Buffon, quien afirmaba que la virginidad era una condición moral y “la propia anatomía deja total incertidumbre sobre la existencia de esta membrana llamada himen, y de las carúnculas mirtiformes, que han sido consideradas mucho tiempo como indicadores, por su presencia o ausencia, de la certeza de la desfloración o de la virginidad; la anatomía, afirmo, nos permite no sólo rechazar estos dos signos como inseguros, sino como imaginarios.”¹²

En ese orden de ideas, las nociones de virginidad y virgen no tienen fundamento fisiológico o histológico, tal y como se desprende de la etimología de los dos conceptos; por el contrario, el origen de la palabra hace referencia a la ausencia de relaciones sexuales. En efecto, la virginidad es según el DRAE: “estado de virgen”; en similar sentido, la palabra virgen significa, entre muchas otras

¹¹ FREUD, Sigmund “El tabú de la virginidad”, en: “Contribuciones a la psicología del amor”, Vol. III, Ed. Tauro, Buenos Aires, Nota introductoria, pág. 1.

¹² GIL, Daniel “Sigmund Freud y el cinturón de la castigad”, Ed. Trilce, Montevideo, 1997. Pág. 136.

acepciones: “persona que no ha tenido relaciones sexuales // Persona que, conservando su castidad, la ha consagrado a una divinidad.”

Por el contrario, el himen es una membrana delgada que generalmente cubre parte de la abertura de la vagina (introito)¹³. El propósito evolutivo del himen es desconocido, pero algunos autores señalan que tiene como finalidad proteger la abertura vaginal y sus estructuras conexas durante la etapa de desarrollo de la mujer¹⁴.

Por consiguiente, se insiste, al asociarse la virginidad con el himen de la mujer, se le discrimina y se le pone en una situación desigual respecto del género masculino, razón para ahondar en la importancia de desligar los ámbitos fisiológico y psicológico en relación con el inicio o el despertar sexual de la persona¹⁵. En efecto, la doctrina médica ha sostenido de manera reiterada que el himen no tiene –ni puede tener– una relación absoluta con el concepto psicológico de virginidad, toda vez que: *“un himen intacto no es prueba de la virginidad; una ruptura de himen no es indicativo de que un encuentro sexual haya ocurrido... Es generalmente imposible decir con total exactitud si una mujer es virgen o no. Sin embargo la existencia del himen es un vestigio embriológico, que demuestra la importancia psicológica, sociológica y cultural del significado que rodea a esta membrana.”*¹⁶

De allí que, si bien en el caso concreto, no se produjo una pérdida de la virginidad de XX, comoquiera que el desgarro de su himen no provino de una relación sexual, lo cierto es que sí padeció una alteración psicofísica, en tanto que le fue perforado esa membrana por parte de la entidad demandada, en un procedimiento clínico (examen de laboratorio) que no tenía por qué llevar aparejado la ruptura de la misma.

¹³ <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/patientinstructions/000708.htm> Página web de la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos. Consultada el 16 de febrero de 2015.

¹⁴ Cf. <http://www.soc.ucsb.edu/sexinfo/article/hymen> (traducción libre). Página web de la Universidad de California en Santa Bárbara. Estados Unidos. Consultada el 16 de febrero de 2015.

¹⁵ “El himen tiene un importante significado cultural en algunas comunidades debido a su asociación con la virginidad de una mujer; sin embargo, puede ser fácilmente desprendido por conductas no sexuales. Su presencia es un indicador pobre y poco fiable de la virginidad de una mujer. El himen ha sido y sigue siendo una fuente de preocupación extrema en muchas culturas, e incluso ahora, existen muchos mitos con respecto a la presencia del himen debido a antiguas tradiciones culturales y la falta de conocimiento científico.” *Ibidem*.

¹⁶ SLOANE, Ethel M.D. “Biology of women”, Ed. Wiley, New York, 1985, pág. 32 y 33. (Traducción libre).

Y aunque este tejido no tenga ninguna función en la edad adulta –porque su objetivo, aún en discusión, sería el proteger la cavidad vaginal durante el período de desarrollo de la mujer– lo cierto es que como se puede establecer de los testimonios y de la doctrina autorizada sobre la materia¹⁷, al arraigarse cultural y socialmente la idea del himen con la virginidad, sí se le causó a XX un daño que no se encontraba en la obligación de soportar.

De modo que, se itera, no es apropiado señalar que la paciente perdió su virginidad con la práctica de la citología, pero sí deviene incontestable que sufrió el desgarro de su himen en dos regiones lo que generó un profuso sangrado, proyectándole a XX la idea de que padeció una desfloración y, por consiguiente, la pérdida de su virginidad. Lo anterior, produjo un cuadro psicológico que se encuentra demostrado en el proceso, esto es, una neurosis fóbica o ansiedad fóbica¹⁸.

Así las cosas, el daño entendido como la lesión, afectación o vulneración de un bien, derecho o interés jurídico tutelado, se encuentra probado en el caso *sub examine*, en tanto que XX sufrió una afectación psicofísica ya que, en desarrollo de un examen de laboratorio le fue perforado y desgarrado el himen, lo que generó una profunda aflicción en la paciente, al estimar que había perdido su virginidad en el procedimiento médico.

De otra parte, la paciente no se encontraba en la obligación jurídica de soportarlo, puesto que se trata de una lesión que no le imponía el ordenamiento jurídico, ni tampoco se puede catalogar como tolerable en términos del riesgo previsible, en los términos señalados en la ley, comoquiera que la realización de una citología no conlleva la desfloración de la mujer, lo cual se trasunta en el expediente, por cuanto la paciente se había practicado –según se desprende de la historia clínica–

¹⁷ Sobre la materia, es imprescindible consultar: LOUGHLIN, Marie “Hymeneutics – Interpreting virginity on the early modern stage” Ed. Associated University Presses, Cranbury NJ, 1997.

¹⁸ La neurosis o ansiedad, ha sido definida como: “Es un estado emocional displacentero, caracterizado por sentimientos subjetivos de tensión, aprensión o preocupación y por activación del sistema nervioso autónomo.” Spielberger (1972). “La define como aprensión, tensión o dificultad que surge por la anticipación de un peligro cuya fuente es desconocida.” Asociación Psiquiátrica Americana (APA) (1975). “La ansiedad es un estado de dificultad o “tensión”, causado por la aprensión de posibles infortunios, peligros y preocupaciones.” Collins. http://www.schilesaludmental.cl/2007_saval_vina_7_sep/01_Dra._Llanos.pdf Presentación elaborada por la Dra. Katherina Llanos P. Médico Psiquiatra para la Sociedad Chilena de Salud Mental, Viña del Mar, 2007. Página web consultada el 17 de febrero de 2015.

múltiples citologías anteriores, sin que se hubiere producido la rotura del himen previamente.

El bien jurídico lesionado en este tipo de eventos es la integridad psicofísica personal, al grado tal que se han proferido condenas penales en contra de los galenos o paramédicos (v.gr. enfermeras) que en procedimientos de citología han perforado el himen de sus pacientes. En efecto, en sentencia del 1º de julio de 2014, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, confirmó la sentencia proferida por el 23 de agosto de 2012 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira, que condenó a una enfermera por el delito de lesiones culposas y le impuso una condena de prisión de 3 meses y 6 días, con beneficio del subrogado penal, al producir la ruptura del himen de una paciente de 27 años¹⁹.

Por lo tanto, en este tipo de supuestos, al haberse intrincado de una manera tan profunda o calada en la sociedad la idea de la integridad del himen como prueba incontestable de la virginidad, a la mujer que padece este tipo de lesiones –más allá del dolor infligido, las incomodidades físicas y el sangrado producido– se le afecta su órbita psicológica y anímica.

En otros términos, no es posible descalificar el daño irrogado a XX, toda vez que, lejos de tratarse de una lesión bagatelar o irrisoria, la mujer dentro de la órbita de su libertad sexual y reproductiva tiene el derecho a que se le respeten sus creencias religiosas o sociales, relacionadas con su sexualidad y, por lo tanto, es imprescindible que los jueces garanticen la protección de la mujer en ese sentido, del tal manera que era imperativo, tal y como se analizará en la imputación, que se le respetara su libertad personal, la autonomía y el valor cultural que tenía de asociar –como efectivamente ocurrió– la integridad del himen con la virginidad.

Y, si bien, la doctrina psicológica ha sostenido que esta es una visión o paradigma obcecado que sitúa a la mujer en una órbita discriminatoria respecto del hombre, lo cierto es que los jueces no pueden invadir la órbita subjetiva e individual de las mujeres para reprochar sus creencias y valores; por el contrario, es imperativo que se repare cualquier lesión irrogada a la mujer relacionada con su libertad sexual.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, auto del 10 de diciembre de 2014, exp. AP 7591-2014. Radicación N° 44565, M.P. María del Rosario González Muñoz. Mediante este proveído se hizo un análisis de las instancias y del recurso extraordinario de casación, pero se inadmitió por aspectos formales.

Por lo tanto, será posible que para una mujer –en su libre albedrío– la lesión al himen no suponga o conlleve una tristeza o aflicción, en la medida que considere esa membrana en algo irrelevante respecto de sus creencias y valores reproductivos y sexuales; no obstante, puede ocurrir que muchas mujeres consideren importante el himen para efectos de su vida sexual, razón por la que, en estos casos, una lesión a ese tejido –por más simple que sea– traerá aparejado un daño antijurídico que se valorará dependiendo las repercusiones psicológicas para la paciente.

Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación²⁰.

La Sala aborda el análisis de imputación (fáctica y jurídica), para lo cual, en el caso concreto y por razones metodológicas, separará el estudio de cada uno de los niveles de imputación en aras de establecer con precisión si le asiste razón al Tribunal de primera instancia al haber declarado la responsabilidad de la entidad demandada.

En relación con la imputación fáctica, la Sala advierte que la perforación del himen se produjo en la toma de la muestra de flujo vaginal realizada por el ISS del municipio de Bello, de lo cual da cuenta la hoja de remisión suscrita por el doctor Argemiro Berrio que obra a folio 8 del cuaderno principal, en la que se hizo una

²⁰ “Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

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

síntesis de la historia clínica de la paciente y, por lo tanto, se remitió a valoración psicológica.

Por consiguiente, en el caso concreto, se presentan una serie de indicios contingentes y convergentes²¹, que permiten dar por establecida la imputación fáctica y jurídica en el caso concreto, comoquiera que el ISS aceptó la práctica del examen de laboratorio en la contestación de la demanda, no discutió el hecho, y reiteró su existencia en el recurso de alzada, lo que significa que la entidad demandada nunca cuestionó la configuración del suceso –desgarro del himen– a lo largo del proceso.

En efecto, el desgarro del himen en una paciente que se había practicado –según se desprende de la historia clínica– varios controles vaginales previos (citologías²² y tomas de muestra de flujo vaginal²³) constituye un indicio necesario del daño,

²¹ “¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por la vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido... En efecto, las cosas, los seres y hechos que nos circundan, como nadie ignora, hállanse vinculados entre sí por relaciones diversas, de semejanza o diferencia, de causalidad o simple sucesión, de coexistencia, de finalidad y, cuando se trata de hechos únicos, al menos por las relaciones de lugar y tiempo... En efecto, en la inferencia indiciaria, la ley que le sirve de fundamento, que constituye la premisa mayor del silogismo correspondiente, no es siempre una ley científicamente comprobada y de carácter necesario, sino que es una ley empírica, una generalización suministrada por la experiencia, un principio de sentido común cuyo carácter es contingente.” DELLEPIANE, Antonio “Nueva teoría de la prueba”, Ed. Temis, Bogotá, 1972, pág. 57 y 59.

²² “Citología. Es una prueba de detección para cáncer de cuello uterino. Las células tomadas por raspado de la abertura del cuello uterino se examinan bajo un microscopio. El cuello uterino es la parte más baja del útero (matriz) que desemboca en la parte superior de la vagina.

“Usted se acuesta sobre una mesa y coloca las piernas en estribos. El médico o el personal de enfermería colocan un instrumento, llamado espéculo dentro de la vagina para abrirla ligeramente. Esto le permite al médico o al personal de enfermería observar el interior de la vagina y el cuello uterino. Se raspan células suavemente del área del cuello uterino y la muestra se envía a un laboratorio para su análisis.” <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003911.htm> Página web de la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, consultada el 23 de febrero de 2015.

²³ “Cultivo endocervical. Es un examen de laboratorio que ayuda a identificar una infección en el aparato genital femenino.

“Durante un examen vaginal, el médico usa un aplicador (hisopo) para tomar muestras del moco y las células del endocérvix, la zona alrededor de la abertura del útero. Las muestras se envían a un laboratorio. Allí, se colocan en un plato especial (cultivo). Luego, se observan para ver si ha habido proliferación de alguna bacteria, virus u hongo. Se pueden hacer exámenes adicionales para identificar el microorganismo específico y determinar el mejor tratamiento.

“Preparación para el examen

“Desde dos días antes del procedimiento:

“No utilice cremas ni otros medicamentos en la vagina.

“No use duchas vaginales (nunca debe usar estas duchas, ya que pueden causar infecciones uterinas o vaginales).

“Vacíe su vejiga e intestino.

porque supone una configuración de la negligencia en el evento concreto; lo anterior, comoquiera que con la toma de muestras se le produjeron dos desgarros que le ocasionaron una incapacidad laboral de 10 días.

Y, si bien, la Sala ha insistido de manera reciente en que el título jurídico de imputación por excelencia en los asuntos de responsabilidad médica es la falla probada del servicio, nada obsta para que se puedan aplicar –de manera residual o subsidiaria– en este tipo de asuntos, otro tipo de títulos de imputación (v.gr. el indicio de falla o el riesgo excepcional) o sistemas de aligeramiento probatorio vinculados al daño, tales como el principio de las cosas hablan por sí solas, el daño desproporcionado, o el error craso.

De igual forma, con la entrada en vigencia, a partir del 1º de enero de 2014, del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) –normativa procesal supletoria o de integración normativa subsidiaria al CPACA–²⁴ se podrá aplicar a los procesos contencioso administrativos que inicien su curso, el artículo 167 de esa normativa que establece el principio de las cargas probatorias dinámicas para aquellos procesos en que una parte se encuentre en mejor posibilidad probatoria, entendido por ello, entre otros aspectos, cuando existen circunstancias técnicas especiales (v.gr. conocimientos científicos o técnicos especializados, es decir, la medicina y algunas profesiones liberales que involucren una *lex artis*).

Aunado a lo anterior, el ISS en la contestación de la demanda y con el recurso de apelación aceptó como ciertos los hechos relacionados con la lesión del himen de la paciente, es decir, no controversió el desgarro de ese tejido; *a contrario sensu*, la impugnación se circunscribió a cuestionar la existencia del daño antijurídico, la

“En el consultorio médico, siga las instrucciones de preparación para el examen vaginal.

“Usted sentirá algo de presión por el espéculo, un instrumento que se introduce en la vagina para mantener abierta la zona de manera que el médico pueda examinar el cuello uterino y recolectar las muestras. Puede sentirse un cólico leve cuando se toca el cuello uterino con el aplicador (hisopo).

“El examen se puede realizar para determinar la causa de vaginitis, dolor pélvico, un flujo vaginal inusual u otros signos de infección.” <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003754.htm> Página web de la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos, consultada el 23 de febrero de 2015.

²⁴ De conformidad con el artículo 308 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), y el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 25 de junio de 2014, exp. 49299, M.P. Enrique Gil Botero.

validez probatoria de los informes oficiales rendidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y la tasación de los perjuicios reconocidos en primera instancia.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en cuanto concierne a la responsabilidad del demandado, comoquiera que el daño antijurídico se encuentra establecido y es imputable a la administración pública porque lo produjo materialmente, y fue generado de manera negligente por no haber observado el deber objetivo de cuidado y la *lex artis ad hoc*. Lo anterior, comoquiera que dentro de los riesgos inherentes a la citología, según se desprende de la literatura médica consultada, no se encuentra comprendido uno relacionado con la lesión del himen, ni mucho menos su desgarró²⁵.

De modo que, a efecto de enervar la imputación fáctica resultaba inexorable que el ISS demostrara que la ruptura y el desgarró del himen de la paciente surgieron como una circunstancia extraña a su comportamiento, es decir, era preciso que demostrara que esa lesión fue generada por una connotación imprevista e irresistible que era imposible controlar.

Ahora bien, el operador judicial cuenta con la facultad y la competencia para consultar literatura médica, posibilidad que ha sido avalada por el reconocido profesor y tratadista, Jairo Parra Quijano, quien con especial 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)”²⁶ (Se destaca).

Por consiguiente, el derecho procesal y probatorio moderno han superado los atavismos y el extremado legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada

²⁵ <http://www.dssa.gov.co/index.php/descargas/500-manual/file> Manual de citología cervico-uterina elaborado por la Secretaría de Salud Departamental de Antioquia, 2010.

²⁶ PARRA Quijano, Jairo “Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

las competencias del funcionario judicial. 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.

En ese orden de ideas, 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 justa²⁷.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión apelada en cuanto se refiere a la responsabilidad de la entidad demandada, sin que ello constituya óbice para abordar el estudio de los recursos de apelación de los sujetos procesales respecto de la liquidación de perjuicios realizada en la primera instancia, tópico que se abordará en el acápite siguiente.

4. Reliquidación de perjuicios

4.1. Perjuicios morales

Reclaman los recurrentes, que sean reconocidos y decretados perjuicios morales no sólo a favor de la víctima directa (XX), sino, de igual forma, para sus progenitores, toda vez que la presunción de aflicción que se deriva de la prueba del parentesco no fue desvirtuada por la entidad demandada.

Conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación

²⁷ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

análoga del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²⁸.

Ahora bien, según la jurisprudencia unificada de esta Sección²⁹, la reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto, se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en cinco (5) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la

gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

Frente al perjuicio moral de la víctima directa se encuentra acreditado –de los testimonios de sus vecinos y conocidos– que como consecuencia de la lesión sufrió una significativa afectación subjetiva, comoquiera que se volvió introvertida y reservada, cambió sustancialmente su forma de ser y entró en un cuadro de ansiedad fóbica que ha requerido tratamiento psicológico. Por la anterior razón, al

margen de que no se haya decretado un porcentaje de incapacidad laboral, se reliquidará la condena de primera instancia, esto es, para reconocer a favor la víctima directa la suma equivalente a (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes para XX, toda vez que se encuentran ampliamente acreditados los perjuicios morales por ella sufridos, y la afectación psicofísica se enmarca dentro del nivel 5 de los baremos o tablas indicativas de unificación señaladas por esta Sección.

En relación con los perjuicios morales deprecados por los padres de la víctima directa, al estar acreditado el parentesco de conformidad con el registro civil de nacimiento de XX y el registro civil de matrimonio de YY y NN, que obran a folios 3 y 4 del cuaderno principal, se reconocerán en igual cuantía y proporción de la víctima directa, de conformidad con la jurisprudencia unificada de la Sección, esto es, en la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de ellos.

4.2. Daño a la salud

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de XX, solicitado en la demanda y reconocido como perjuicio fisiológico en la condena de primera instancia, la Sala reitera la posición acogida en las sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 31170³⁰, en la que se señaló:

“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es

³⁰ M.P. Enrique Gil Botero.

decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad³¹.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”³² (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en

³¹ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

³² VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)³³, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)³⁴.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas **generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial**³⁵. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

³³ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

³⁴ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

³⁵ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica³⁶. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”³⁷.

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o

³⁶ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

³⁷ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal³⁸.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

³⁸ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

De modo que, para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado³⁹.

Lo anterior, en ejercicio del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizarán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 27 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz

Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Por lo tanto, establecida la lesión psicofísica (ansiedad o neurosis fóbica) que se generó para la paciente a causa del desgarramiento del himen, la Sala confirmará la condena a título de daño a la salud reconocida en primera instancia.

En efecto, no le asiste razón al ISS cuando sostiene que erró el *a quo* al haber decretado una condena por concepto de daño a la salud en tanto que la epilepsia que padece XX es una patología previa a la producción del daño antijurídico irrogado, esto es, la lesión en el himen; lo anterior, ya que el reconocimiento de esta indemnización se efectuó en virtud de la afectación psicológica (neurosis fóbica) que sufrió la paciente por la ruptura del himen, al creer y representarse que había perdido su virginidad.

En otros términos, el daño a la salud reconocido en primera instancia no se efectuó respecto de la epilepsia que padece XX, sino que, por el contrario, la suma reconocida por el Tribunal tiene que ver con la psicopatología que se desprendió de la circunstancia física de la ruptura del himen y, por lo tanto, inferir –aunque fuera de manera equivocada– que había perdido su virginidad.

Por lo tanto, se mantendrá la condena decretada en primera instancia porque resulta acorde con los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Sala Plena de la Sección en las providencias de unificación del 28 de agosto de 2014. En ese orden, se mantendrá la decisión de condenar al ISS a pagar a favor de la víctima directa la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4.3. Daño a bienes, intereses legítimos y derechos convencional y constitucionalmente protegidos

La Sala advierte que, en el caso concreto, el daño antijurídico irrogado a la paciente no sólo recae en la órbita psicofísica y afectiva, sino también en su esfera íntima, por tratarse de una lesión vinculada por la vida sexual de la demandante.

Por ende, se preservará la identidad de la paciente – demandante, así como la de sus familiares, ya que si bien, por cuenta del principio de reparación integral se estaría restableciendo el núcleo esencial y la dimensión objetiva del derecho fundamental a la salud, con la publicación y divulgación de la sentencia se podría lesionar el citado derecho a la intimidad.

La Corte Constitucional, sobre el particular ha precisado:

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

“La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión. Por tal razón, la parte resolutive ordena también copiar todas las pruebas científicas relevantes del proceso, siempre y cuando éstas no permitan identificar a la peticionaria. Estos documentos serán reunidos en un expediente que podrá ser consultado en la Corte Constitucional por cualquier persona interesada en el tema. De esa manera, la Corte protege la intimidad de la peticionaria, ya que no será posible su identificación, sin afectar la publicidad del proceso y el papel de esta Corporación en la unificación de la doctrina constitucional. Así, la publicación de la sentencia permite a los jueces conocer los criterios de la Corte en la materia, y las pruebas relevantes quedan a disposición de los interesados.”⁴⁰ (Se destaca).

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Así mismo, la jurisprudencia unificada de la Sección⁴¹ ha sostenido que se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECCIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación

⁴¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ver igualmente: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias .	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.
--	---	--

Por consiguiente, el derecho a la intimidad se protegerá de la siguiente forma: i) la publicación de esta sentencia quedará circunscrita al tomo copiado de la Corporación, ii) la Relatoría de la Corporación, en la versión magnética que se entregue a esa dependencia, se encargará de sustituir todos los nombres de los demandantes a lo largo del fallo por siglas (v.gr. XX, YY, NN, etc.), con lo cual se garantizará la no identificación o identidad de los demandantes, y iii) cualquier publicación, copia o reproducción de la sentencia se deberá efectuar con las mismas consideraciones, es decir, protegiendo la identidad de los demandantes.

5. Medidas de justicia restaurativa

En el caso concreto, tal y como se puntualizó en los acápites anteriores, el daño antijurídico tiene una repercusión en los valores culturales, sociales y religiosos que se integran a la libertad sexual y reproductiva de la mujer. De modo que, se torna necesario adoptar medidas de justicia restaurativa con el fin de garantizar no sólo el restablecimiento del núcleo esencial de los derechos lesionados a XX, sino, en general, para proteger a través de garantías de no repetición la dimensión objetiva de la libertad personal y la autonomía individual de la mujer para ejercer su libertad sexual y reproductiva⁴² bajo sus propias convicciones, sin ningún tipo de injerencia indebida, injustificada o coacción.

Por tal motivo, la Sala reitera su jurisprudencia en la que se puntualizó⁴³:

⁴² “En virtud del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución). **En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica**, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada.” (Se destaca) T-732 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

“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 de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

“Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección se precisó⁴⁴:

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

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

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

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

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

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

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”⁴⁵⁴⁶

“Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

“En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.

“En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta

⁴⁵ 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...

⁴⁶ CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas.

“En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

“Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS.” (Se destaca).

Por lo tanto, conforme al precedente, y una vez constatada la gravedad de la lesión a los derechos a la libertad individual y la autonomía personal, en los ámbitos subjetivo y objetivo, se adoptará la siguiente medida de justicia restaurativa, para la cual se exhortará al Ministerio de Salud y Protección Social, y éste, a su vez, solicitará la colaboración de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer, para que de manera mancomunada elaboren un documento informativo dirigido a las Empresas Promotoras de Salud “EPS” del país, con el fin de que el protocolo técnico para la toma de muestras de citología y flujos vaginales se haga con pleno respeto de los derechos a la libertad sexual y de cultos de la mujer.

En la referida circular, se reiterará y hará énfasis en la libertad que tiene la mujer para escoger sus valores sobre la sexualidad y, por lo tanto, se propenda por el respeto de su autonomía reproductiva, razón para que se le indague sobre su situación sexual y reproductiva.

Lo anterior, toda vez que el ISS se encuentra en un proceso de liquidación a partir de la promulgación de la ley 1151 de 2007, razón por la que desde ese año se iniciaron los trámites para la supresión de la entidad, y como se desprende del decreto 2714 de 2014, que prorrogó el plazo de liquidación hasta el 31 de marzo del año en curso, decretar una medida de justicia restaurativa a cargo de esa entidad resultaría en inocuo, toda vez que estaría condenada a la inejecución, razón adicional para que sea el Ministerio de Salud y Protección Social, con apoyo

en la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer quienes en virtud del principio de colaboración armónica de las ramas del poder público, asuman el cumplimiento de esta orden, de conformidad con las competencias establecidas en la Constitución, la ley y los reglamentos⁴⁷.

Lo anterior, máxime si a partir de la Resolución 028 de 2007, proferida por la Superintendencia de Salud y confirmada mediante Resolución 263 de ese mismo año, se revocó la autorización de funcionamiento al ISS para la prestación de servicios de salud.

De igual forma, en la circular externa elaborada se determinará qué elemento es el más eficaz –en términos de la muestra y la comodidad de la mujer– para la toma de las muestras citológicas y de flujo vaginal, de conformidad con los lineamientos y recomendaciones de la OMS⁴⁸.

⁴⁷ Según la Ley 1444 de 2011, el Ministerio de Salud y Protección Social tiene entre otras funciones, las siguientes: i) es el organismo rector sobre asistencia social y salud pública, ii) se encarga de determinar las directrices en cuanto al aseguramiento de la población a través de los regímenes obligatorios de pensión y de salud, iii) es el encargado de llevar a cabo las políticas públicas de salud, salud pública, y promoción social en salud, en todas sus fases (formulación, ejecución y evaluación), además de contribuir a la formulación de políticas pensionales, beneficios económicos y riesgos laborales.

Por su parte, la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (CPEM) tiene las siguientes funciones, de conformidad con el Decreto 1649 del 2 de septiembre de 2014: Asistir al Presidente y al Gobierno Nacional en el diseño de las políticas gubernamentales destinadas a promover la equidad entre mujeres y hombres, siguiendo las orientaciones generales trazadas por el Presidente de la República.

Impulsar la incorporación de la perspectiva de género en la formulación, gestión y seguimiento de las políticas, planes y programas en las entidades públicas nacionales y territoriales.

Establecer los mecanismos de seguimiento al cumplimiento de la legislación interna y de los tratados y convenciones internacionales que se relacionen con la equidad de la mujer y la perspectiva de género.

Establecer alianzas estratégicas con el sector privado, organismos internacionales, ONG, universidades y centros de investigación, para estimular y fortalecer la investigación y el análisis del conocimiento existente sobre la condición y situación de la mujer.

Apoyar organizaciones solidarias, comunitarias y sociales de mujeres a nivel nacional y velar por su participación activa en las acciones y programas estatales.

Apoyar la formulación y el diseño de programas y proyectos específicos dirigidos a mejorar la calidad de vida de las mujeres; especialmente las más pobres y desprotegidas.

Impulsar la reglamentación de leyes existentes dirigidas a lograr la equidad para las mujeres.

Canalizar recursos y acciones provenientes de la cooperación internacional, para el desarrollo de los proyectos destinados a garantizar la inclusión de la dimensión de género y la participación de la mujer en el ámbito social, político y económico.

⁴⁸ <http://apps.who.int/rhl/gynaecology/cancer/vvcom/es/> Página web de la biblioteca de salud reproductiva de la OMS, consultada el 23 de febrero de 2015. Según los estudios de la

6. Condena en costas

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

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

F A L L A:

Primero. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la del 13 de agosto de 2004 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, la cual quedará así:

“Primero. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

“Segundo. Negar las pretensiones de la demanda en lo que se refiere al MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL por no estar legitimado en la causa por pasiva.

“Tercero. DECLARAR administrativamente responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, o quien haga sus veces de los perjuicios sufridos por XX con motivo del examen realizado el 11 de mayo de 1995.

“Cuarto. Que como consecuencia de la declaración anterior el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, o quien haga sus veces pagará a favor de los demandantes:

“Perjuicios morales:

“Para XX se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“Para YY se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“Para NN se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“Daño a la salud:

“Para XX se le concederá la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que serán actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“Daño por la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

“Como medida de protección al derecho a la intimidad, se procederá de la siguiente forma: i) la publicación de esta sentencia quedará circunscrita al tomo copiatorio de la Corporación, ii) la Relatoría de la Corporación, en la versión magnética que se entregue a esa dependencia, se encargará de sustituir todos los nombres de los demandantes a lo largo del fallo por siglas (v.gr. XX, YY, NN, etc.), con lo cual se garantizará la no identificación o identidad de los demandantes, y iii) cualquier publicación, copia o reproducción de la sentencia se deberá efectuar con las mismas consideraciones, es decir, protegiendo la identidad de los demandantes.

“Quinto. Exhortar al Ministerio de Salud y Protección Social, para que con apoyo de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer se lleve a cabo la siguiente medida de justicia restaurativa, en la modalidad, de garantía de no repetición:

“El Ministerio de Salud y Protección Social y la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer, de manera mancomunada elaborarán un documento informativo dirigido a las Empresas Promotoras de Salud “EPS” del país, con el fin de que el protocolo técnico para la toma de muestras de citología y flujos vaginales se haga con pleno respeto de los derechos a la libertad sexual y de cultos de la mujer.

“En la referida circular, se reiterará y hará énfasis en la libertad que tiene la mujer para escoger sus valores sobre la sexualidad y, por lo tanto, se propenda por el respeto de su autonomía reproductiva, razón para que se le indagará sobre situación sexual y reproductiva.

“Sexto. De la medida de justicia restaurativa se hará llegar una constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia, quien se encargará de verificar el cumplimiento de la misma, y el Tribunal por su parte remitirá un informe a esta Corporación.

“Séptima. Deniégnase las demás súplicas de la demanda.”

Segundo. Sin condena en costas.

Tercero. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA