

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

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación: 1990006951-01 (26303)

Actor: MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Naturaleza: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera– Sala de Descongestión, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Declárese no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada.

SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por los daños ocasionados a la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: Condénese, en consecuencia, al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar a favor de la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, la suma de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la ejecutoria de este proveído, por concepto de los perjuicios morales que se le ocasionaron.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Costas a cargo de la parte demandada. Liquidense oportunamente por la Secretaría”.

I. ANTECEDENTES

El 4 de diciembre de 1990, la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó declarar patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por las lesiones causadas en el procedimiento quirúrgico realizado el 13 de diciembre de 1988, en la clínica San Pedro Claver de esta ciudad –folio 2 del cuaderno principal–.

1.1. LA DEMANDA

Conforme al texto de la demanda, el actor pretende las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Declarar que el Instituto de Seguros Sociales, establecimiento público de derecho social, del orden nacional, es responsable administrativamente por los daños morales y materiales, causados en la persona de Martha Lucía Hernández, a causa de la falla en el servicio de la administración, consistente en negligente atención médica, durante la intervención quirúrgica que a ésta le practicaron el día 13 de diciembre de 1988 en la clínica San Pedro Claver, y la posterior atención medica pos-operatoria, de acuerdo con lo relacionado en los hechos de la demanda.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración se condene al Instituto de Seguros Sociales, establecimiento público de derecho social, del orden nacional a pagar a Martha Lucía Guzmán Hernández, las siguientes sumas de dinero:

A) El valor correspondiente a los perjuicios materiales, incluyendo el valor del daño emergente y lucro cesante, sufridos por la demandante a consecuencia de los hechos narrados en esta demanda, los cuales estimo en la cuantía de Cinco Millones de Pesos Mda. Cte. (\$5'000.000. 00).

B) El valor correspondiente a los perjuicios morales sufridos por la demandante consecuentel a los hechos narrados en esta demanda, los cuales estimo en la cuantía de mil gramos oro (1.000 gr.)

Para el efecto la actora puso de presente los siguientes hechos:

1º. El día 13 de diciembre de 1988, la señora Martha Lucía Guzmán Hernández dio a luz a Edwin Leonardo, mediante cesárea en la clínica San Pedro Claver.

2º. El 16 de diciembre la madre fue dada de alta, pero el 19 del mismo mes, en la misma clínica y aunque la paciente presentaba dolencias inexplicables, el doctor Felipe Milanés Padilla se limitó a retirar la sutura y disponer el suministro de antibióticos, considerando que se trataba de un estado normal.

3º. No obstante haber sido dada de alta, el estado de salud de la paciente empeoró, al punto de haber sido internada nuevamente e intervenida el día 30 de diciembre para la extirpación del útero y uno de los ovarios, debido a un proceso infeccioso.

4º. No obstante, en el mes de marzo de 1989, presentó obstrucción intestinal de grave pronóstico, siendo necesario otro procedimiento quirúrgico.

5º. Como consecuencia la demandante debe llevar una vida limitada, debido a las secuelas por las distintas intervenciones, aunado a la extirpación de sus órganos genitales a temprana edad –21 años–. Aspectos estos que, además de impedirle procrear le han generado perjuicios de toda índole, al igual que a su compañero sentimental.

1.2. INTERVENCIÓN PASIVA

1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 11 de marzo de 1991, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso su notificación –folio 18 del cuaderno principal–. El Instituto de Seguros Sociales por su parte, fundó su defensa en que i) la atención brindada a la paciente fue adecuada, ii) las distintas complicaciones sufridas por la misma no tuvieron que ver con la cirugía, en tanto para el efecto se siguieron los protocolos previstos y iii) no hubo negligencia de los facultativos que atendieron a la demandante. Advierte que el tiempo transcurrido entre la cirugía y la manifestación de la infección, despeja cualquier duda sobre la debida atención brindada a la señora GUZMÁN HERNÁNDEZ.

Al tiempo propuso a título de excepciones i) ausencia de culpa de la entidad, ii) negligencia de la demandante, quien no adoptó las precauciones debidas para evitar las infecciones derivadas del parto y iii) falta de certeza del perjuicio, en especial el generado por las complicaciones digestivas y de carácter psicológico –folio 26 del cuaderno principal–.

1.2.2. ALEGATOS DE PRIMERA INSTANCIA

1.2.2.1. PARTE DEMANDADA

El Instituto de Seguros Sociales insistió en las razones de su defensa –folio 219 del cuaderno principal–. Adujo que no se demostraron los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración, en tanto quedó establecido que i) no hubo error en el diagnóstico, ii) la intervención quirúrgica fue la indicada y iii) se agotaron todos los esfuerzos en el post-operatorio. Aunado a que si bien se endilga negligencia por parte de la entidad no se precisa en qué consistió la misma. Lo último si se considera que el dictamen rendido por medicina legal se limita a informar que la paciente Martha Lucia Guzmán Hernández de 21 años, refirió parto por

cesárea el 13 de diciembre de 1988 e histerectomía el 28 de diciembre de 1988 por sepsis y que en el curso de postoperatorio sufrió una grave infección, siendo necesario intervenirla de urgencia para extraerle el útero y un ovario. Es decir, más que un experticio se trata de un relato de hechos ya conocidos. Para el efecto el demandado destaca el siguiente aparte:

"Luego de histerectomía total abdominal, la mujer queda sin útero, por lo cual no puede volver a concebir, pero en este caso la cirugía estaba indicada debido al diagnóstico ya cor signado".

Reitera que cumplió a cabalidad con la atención que debía brindar a la actora, en la medida en que, además de atender el parto, practicó histerectomía total, ante la presencia de un compromiso séptico, evitándole a la paciente un mal mayor, en cuanto su vida corría peligro. Resalta, además, el concepto de la Ginecobstetra del Instituto Nacional de Medicina Legal así: *"la cesárea por si sola no fue la causa de la infección, no se ha descartado infección vaginal previa tampoco se conoce el estado inmunológico de la paciente, nutrición y cuidados de asepsia postoperatorios etc."* y así mismo concluye que la infección que afectó a la actora no guarda relación con la operación cesárea.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda –folio 249 del cuaderno principal–, fundada en que i) se demostró que la señora GUZMÁN HERNÁNDEZ solicitó en repetidas oportunidades el servicio de la demandada; ii) luego de ser dada de alta, el 16 de diciembre de 1988, acudió porque la aquejaban fuertes dolores abdominales y no obstante dicha sintomatología, los facultativos de la entidad se limitaron a informarle que sus dolencias eran normales, sin adoptar ningún procedimiento en orden a controlar la infección; iii) no hay nada que indique que la demandante omitiera las precauciones y recomendaciones de los facultativos y iv) no le fue brindado el tratamiento adecuado para eliminar el

absceso formado en la zona abdominal, que correspondía a una complicación de la misma cirugía, pues la masa se encontraba ubicada en la zona quirúrgica, al punto que, según el testimonio del dr. GUSTAVO ADOLFO MARTÍN LÓPEZ, *"la casuística médica permite demostrar una posibilidad relativamente alta de absceso de pared posterior a la intervención de cesárea"* y en concordancia con el concepto del Instituto de Medicina Legal *"la infección puerperal es una complicación esperada en el 7-10% de todos los partos. La predisposición a la infección se da por el concurso de una cantidad de gérmenes que ascienden por vagina"*. Siendo así, el absceso formado en la pared del útero constituía una complicación previsible médicamente, que obligaba a la demandada a adoptar medidas necesarias, en orden a evitar la peritonitis, endometritis y perforación uterina, que hicieron necesarias la histerectomía abdominal total y la pérdida del ovario derecho o salpingooforectomía derecha. En resumen el *a quo* concluyó que la pérdida de la función reproductora y los consecuentes padecimientos que la actora debe soportar son atribuibles a la entidad demandada, condición *sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto aparece demostrada la falla en la prestación del servicio médico, tanto por error en el diagnóstico, como por la indebida atención en el proceso infeccioso.

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, inconforme con la decisión, interpone recurso de apelación para que se revoque la decisión y se nieguen las pretensiones – folio 269 del cuaderno principal–. Para el efecto sostiene que los procesos infecciosos posparto son ocasionados por múltiples circunstancias, *"nutricionales, raciales, infecciones vaginal, cuidados pos operatorios, etc."* y, por lo tanto no podría concluirse su relación con la operación cesárea; aunada a la atención diligente de los médicos que le practicaron a la

paciente una vez detectado el proceso séptico, si se considera que fue remitida a la Clínica San Pedro Claver y atendida inmediatamente, como correspondía a su estado, el que dio lugar a la extirpación de los órganos afectados. Finalmente, advierte, que la actora no probó el daño cuya reparación pretende.

2.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.2.1. PARTE ACTORA

La actora insiste en la prosperidad de sus pretensiones –folio 280 del cuaderno principal–. A su parecer la parte demandada no desvirtuó la falla del servicio, concretamente en lo atinente a la atención brindada, ya que, pese a la sintomatología la paciente solo recibió paliativos para el dolor, considerando que presentaba sintomatología normal, lo que de suyo deja entrever la responsabilidad de la entidad estatal.

2.2.2. PARTE DEMANDADA

La demandada reitera los argumentos de su defensa –folio 278 del cuaderno principal–. Insiste en que como no se demostró la causa de la infección y tampoco la negligencia de la entidad y en cambio sí la atención recibida y la terapéutica aplicada, no cabe sino denegar las pretensiones. Además, en consideración a que la infección fue adquirida por la paciente habiendo sido dada de alta, ello hace suponer que el compromiso séptico tuvo lugar por fuera del servicio.

2.2.3. MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo –folio 284 del cuaderno principal–, destaca que le correspondía a la demandada demostrar que agotó lo necesario para recuperar la salud de la actora, al tiempo que observa evidencias contrarias, en especial porque la

señora GUZMÁN HERNÁNDEZ i) ingresó al centro hospitalario el 13 de diciembre de 1988; practicada la cesárea, permaneció internada hasta el día 16 y, dada de alta, debió regresar al tercer día siguiente, ii) dio a conocer a la demandada la sintomatología dolorosa, sin que su estado ameritara un análisis mayor, pues el médico de turno se limitó a retirar los puntos y a formularle antibióticos y iii) el día 28 de diciembre, ante la falta de mejoría, se presentó a la Unidad Médica Quirúrgica de Kennedy por presentar: *“Abdomen: se palpa masa dura, muy dolorosa en flanco y fosa iliaca izquierda, con ausencia de ruidos intestinales. No se practica TV por el intenso dolor”*, debiendo ser remitida nuevamente a la clínica San Pedro Claver para ser valorada por especialistas. Al parecer del ministerio público, no queda sino concluir que, desde la intervención del 13 de diciembre de 1988, la salud de la paciente comenzó a deteriorarse, al punto de agravarse por falta de atención debida y oportuna de un proceso séptico, que hizo necesaria la extirpación del útero, desencadenando la pérdida de sus órganos reproductores. Falla médica imputable a la demandada y daño antijurídico que la demandante no está en la obligación de soportar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia del Decreto Ley 597 de 1988, para que la segunda instancia se surta ante esta Corporación¹.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¹ La cuantía exigida para que la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era \$ 4.900.000 y el monto de la pretensión mayor equivale a la suma de \$ 5.000.000,00.

Corresponde a la Sala resolver la responsabilidad de la entidad demandada, con ocasión de las lesiones sufridas por la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ que le implicaron la pérdida de su capacidad reproductora y una mengua en su estado de salud, porque la entidad demandada impugna la sentencia que la declara; fundada en que no se conoce la causa del proceso infeccioso y que la paciente fue atendida debida y oportunamente.

3. HECHOS PROBADOS

3.1. Cuestión previa

Las pruebas documentales aportadas en las oportunidades procesales respectivas serán valoradas por cumplir los requisitos legales, al igual que los testimonios practicados en el curso de la primera instancia.

Efectivamente, en el expediente obra la historia clínica de la actora remitida por la demandada, en atención a la solicitud del tribunal y el resumen de la historia clínica elaborado y remitido por la Unidad Médico Quirúrgica de Kennedy, allegado al plenario en cumplimiento de la providencia que así lo ordena.

3.1.2. EL DAÑO

3.1.2.1. El Instituto de Medicina Legal–Regional Bogotá conceptuó sobre las lesiones definitivas de la demandante y respondió las inquietudes del juez de primera instancia así –folio 25 del cuaderno de pruebas n.º 2–:

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL –REGIONAL BOGOTÁ
Santafé de Bogotá, octubre 24 de 1995
Dictamen No. 2614-GCF RBO

Pregunta 3.- ¿Consecuencias de la lesión, de acuerdo con las intervenciones quirúrgicas que fueron practicadas en la persona de la demandante el 28 de diciembre de 1988 y 27 de marzo de 1989?

Solamente podemos opinar que dicho tratamiento médico quirúrgico es el adecuado y necesario con este diagnóstico. Vale la pena anotar que tampoco conocemos el tratamiento efectuado el 27-III-89.

Pregunta 4.- ¿Secuelas físicas permanentes y transitorias que sufre la paciente a raíz de la operación practicada el día 28 (sic) de diciembre de 1988 y 27 de marzo de 1989?

Luego de la histerectomía total abdominal, la mujer queda sin útero, por lo cual no puede volver a concebir, pero en este caso la cirugía estaba indicada debido al diagnóstico ya consignado.

(...)

Siendo así no queda sino concluir que a la actora le fue efectivamente extirpado el útero, perdiendo su capacidad reproductora. No obstante aunque el dictamen antes relacionado no se refiera al punto, el médico obstetra HÉCTOR ÁLVAREZ de la misma entidad determinó que a la paciente le fue practicada una "histerectomía abdominal total con salpingo-ooforectomía izquierda por peritonitis, absceso tubo-ovárico izquierdo, endometriosis y dehiscencia". Es decir que acorde con la literatura médica, la paciente, además de su capacidad reproductora debió soportar la aparición de la menopausia precoz. Señala la literatura médica sobre el punto: "La histerectomía implica la extirpación quirúrgica del útero. Acaba con las menstruaciones e impide la posibilidad de quedar embarazada. Dependiendo de la enfermedad, la cirugía puede implicar la extirpación adicional de otros órganos y tejidos. Los diferentes procedimientos son los siguientes:

- **Histerectomía total:** extirpación de útero, incluido el cérvix o cuello del útero (imagen superior: reseguído en verde el órgano a extirpar).
- **Histerectomía total con salpingo-ooforectomía bilateral.** Extirpación del útero, el cérvix, las trompas de Falopio y los ovarios (imagen inferior: reseguídos en verde los órganos a extirpar). La extirpación de los ovarios implica la aparición de la menopausia.
- **Histerectomía radical.** Es la más extensa, donde se extirpa también la porción superior de la vagina y algunos de los tejidos que rodean al útero y

los ganglios linfáticos vecinos. Normalmente este procedimiento se emplea para el tratamiento quirúrgico del cáncer de cérvix.

Normalmente es necesaria una histerectomía en las siguientes enfermedades:

- Cáncer invasivo de útero, ovario y algunos cánceres de cérvix.
- Fibromas. Tumores benignos del útero que suelen causar hemorragias persistentes, anemia, dolor pélvico o presión sobre la vejiga urinaria. Los fibromas muy grandes o que crecen muy rápido también pueden necesitar una histerectomía.
- Hemorragia vaginal persistente, cuando la hemorragia no puede ser controlada por otros métodos.
- Endometriosis. Tejido endometrial que crece fuera del útero y que causa dolor o hemorragias y que no responde a la medicación o la cirugía conservadora.
- Prolapso uterino. El descenso del útero hacia el interior de la cavidad vaginal a causa del debilitamiento de los tejidos de soporte. Esta enfermedad produce incontinencia urinaria, dolor pélvico o dificultad para la evacuación intestinal².

En suma la paciente debió afrontar a sus veintidós años cambios hormonales importantes, bochornos, sequedad vaginal, sudados nocturnos, cambios del estado de ánimo, aumento de peso, estreñimiento, cansancio y dolor pélvico. Los que deben sobrevenir por factores de edad.

La Corporación sobre los efectos adversos que generados por la extirpación de útero que afectan la capacidad reproductora de la mujer, ha señalado³

Respecto a las consecuencias que se producen a partir de la realización de la histerectomía, la Sección Tercera y, de manera reciente las diversas Subsecciones que la integran, se han pronunciado en múltiples ocasiones para poner de presente las graves y complejas repercusiones que en la integridad psicofísica de la mujer genera este tipo de intervenciones, principalmente en cuanto tiene que ver con la imposibilidad de concebir, y las de tipo hormonal –que pueden desencadenar un envejecimiento prematuro–

² Medicina 21 – Ediciones farmaver.

³ Sentencia del 25 de abril de 2012 expediente n.º 21.861. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Enrique Gil Botero, precisó:

así como la disminución de la libido y la falta de lubricación vaginal. Estas consecuencias, de índole física y psicológica trasuntan en el proceso a partir de las experticias médica y psicológica practicadas.

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

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

3.1.3. LA IMPUTACIÓN

3.1.3.1. Consta en la historia clínica de la paciente visible a folios 30 a 69 del cuaderno de pruebas n.º 2.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Nombre – MARTHA LUCÍA GUZMÁN

No. Afiliación – 951907509

Fecha y hora de hospitalización: 13-12-88 a las 9:05

Diagnóstico Pre-operatorio: Sufrimiento fetal x D.C.P (por desproporción céfalo pélvica

Diagnóstico Post-operatoria: Ibídem

Nombre de la intervención: Cesárea

16-12-88 Se da de alta

XII-30-88 Dolor intenso en fosa iliaca derecho y flanco izquierdo.

TA 100/60 FC 120 x' Tª 36.9

C/P (...) Ventilación pulmonar adecuada

Abdomen: Muy doloroso a la palpación, se encuentra masa que ocupa fosa iliaca izquierda y flanco izquierdo regular, muy doloroso Rs/s disminuidos.

TV Cuello cerrado. Escasa secreción.

(...)

Nota operatoria. Bajo anestesia general se practica laparotomía drenaje de absceso tubo-ovárico izquierdo, histerectomía abdominal total, salpingo-oferectomía derecha, lavado de cavidad y cierre.

(...)

RESUMEN HISTORIA CLÍNICA

Paciente que ingresa el XII-29-88 el 16 día pos-cesárea con cuadro de dolor abdominal intenso, masa dolorosa que ocupa fosa iliaca y flanco izquierdo, se hace diagnóstico de absceso tubo-ovárico izquierdo. Se lleva a cirugía el XII-30-88, encontrándose absceso tubo-ovárico izquierdo, más (ilegible) + endometriosis + peritonitis. Se realiza drenaje de absceso, histerectomía abdominal total + salpingo-oferectomía derecha y lavado de cavidad. Actualmente regular estado general, afebril, tolera vía oral con hipoventilación basal izquierda. Se continúa con manejo post-operatorio, control de líquidos. Exámenes de laboratorio realizados adecuados, con discreto aumento de bilirrubina. Nelly Bernal.

3.1.3.2. Acorde con el resumen de la misma historia clínica elaborado también por el Instituto de Seguros Sociales –folio 11 del cuaderno de pruebas n.º 2–:

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS

Bogotá, Diciembre 01 de 1991

Médico Tratante: MARTHA SÁENZ

Nombre – GUZMÁN HERNÁNDEZ MARTHA LUCIA

Sumario: 90-D-6951

Fecha Ingreso: 29 –XI –88

Fecha Egreso: 16 –I –89

1.- *Paciente quien ingreso en su 16º día post-cesárea, por cuadro de dolor abdominal intenso, fiebre, malestar general.*

2.- *....Se palpa masa dolorosa que ocupa fosa iliaca izquierda y flanco izquierdo regular. TV cuello cerrado escasa secreción.*

3.- DIAGNÓSTICO. *Endometritis Post cesárea.*

Absceso tubo-ovario izquierdo más pelvi- peritonitis.

Dehiscencia de histerorrafia más perforación uterina de cuerno derecho.

(...)

6.- EVOLUCIÓN.- *En el postoperatorio de la laparotomía presentó absceso de pared, del cual evoluciona satisfactoriamente.*

7.- INCAPACIDAD: *De 29-12-88 (39 treinta y nueve días).*

3.1.3.3. Acorde con el resumen de la historia clínica correspondiente a la paciente MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, expedida y remitida por la Unidad Médico Quirúrgica de Kennedy (sin fecha) –folio 1 del cuaderno de pruebas n.º 2; se destaca–:

UNIDAD MÉDICO QUIRÚRGICA KENNEDY
Médico Tratante: GUSTAVO A. LÓPEZ

Nombre – GUZMÁN HERNÁNDEZ MARTHA LUCÍA
No. Historia – 10167

Diagnóstico: Paciente 21 años que consulta el día 20 de diciembre de 1988 por dolor intenso en fosa iliaca izquierda, con distensión abdominal.

Antecedentes: parto por cesárea en Clínica San Pedro hacía 10 días, con retiro de puntos hace dos días.

Abdomen: Se palpa masa dura, muy dolorosa en flanco y fosa iliaca izquierda, con ausencia de ruidos intestinales. No se practica TV por el intenso dolor.

Se remite a Clínica San Pedro con ID: Absceso pélvico – Absceso de pared.

Consulta nuevamente el día 28 de Enero de 1989 por estreñimiento incontinencia urinaria. Informa que se practicó cirugía, al parecer histerectomía total con salpingo-ooforectomía izquierda el día 30 de diciembre de 1988.

...en esta ocasión se encuentra paciente en regular estado general....

3.1.3.4. Sobre la atención prestada a la señora GUZMÁN HERNÁNDEZ, el Instituto de Medicina Legal a través del médico gineco-obstetra forense (nombre ilegible) se pronunció en estos términos –folio 33 del cuaderno de pruebas n.º 2–:

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL – REGIONAL BOGOTÁ
Santafé de Bogotá, Noviembre 12 de 1998
Dictamen No. 9706051009 GCF RB.

De: Médico Ginecobstetra Forense – (nombre ilegible)
Para: Ángela M. Bautista P. –Secretaría Tribunal A. de Cundinamarca

...Según historia clínica en fotocopia (2 folios) "paciente quien ingresó en el 16 día post-cesárea por dolor abdominal. Con diagnóstico: Endometritis postcesárea, absceso tubo ovárico izquierdo, / pelvipéritonitis, dehiscencia de histerorrafia más perforación uterina de cuerno derecho...cirugía histerectomía abdominal total...presento absceso de pared". Según la

paciente la cesárea fue realizada en la Clínica San Pedro Claver el 13-XII-1988 y la histerectomía el 28-XII-1988.

Por todo lo anterior la histerectomía realizada el 28-XII-88 (sic) se debió a una complicación del parto por cesárea: sepsis: endometriometritis, pelviperitonitis; pero la cesárea por sí sola no fue la causa de la infección, no se ha descartado infección vaginal previa tampoco se conoce el estado inmunológico de la paciente: nutrición y cuidados de asepsia postoperatorios, etc.

3.1.3.5. El concepto de Medicina Legal fue ampliado el 5 de diciembre del año 2000, en estos términos –folio 70 del cuaderno de pruebas n.º 2 –I.

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL – REGIONAL BOGOTÁ
Bogotá, 2000 – 12 – 05
Dictamen No. 200010261001 GCFRB

De: Médico Ginecobstetra Forense – (nombre ilegible)

Para: HECTOR ÁLVAREZ M. – Magistrado Tribunal A. de Cundinamarca

Complementamos los dictámenes gineco-obstétricos forenses Nos. 2614-GCF RBO y 9706051009 GCF RB.

Después de haber estudiado la historia clínica por usted enviada. La cesárea fue practicada el 13-XII-88 a las 9:05, con diagnóstico de sufrimiento fetal y DCP (desproporción cefalopélvica) recién nacido: con 2 circulares al cuello, peso 3.500 gramos, Apgar: 9/10. No complicaciones. Volvió nuevamente al ISS y según descripción quirúrgica el 30-XII-88 se practicó histerectomía abdominal total con salpingo-oferectomía izquierda por peritonitis, absceso tubo-ovárico izquierdo, endometriosis, dehiscencia, quedó comentada en los dictámenes anteriores.

Es importante informarle que la cesárea y la laparotomía exploratoria que se practicó el 30-XI-88 (sic) para resolver la complicación por infección estaban bien indicadas y se realizaron en forma adecuada.

Con la anterior complementación quedó resuelto los numerales 1 y 2 y parcialmente la No. 3, puesto que no fue enviada la historia clínica de la intervención realizada el 27-III-88.

Finalmente como le informé en el último dictamen ya citado (12-XII-98), la operación cesárea se debió al sufrimiento fetal y desproporción cefalo-pélvica y hubo una complicación por infección puerperal para lo cual se realizó la laparotomía exploratoria dieciséis días después.

Vale la pena comentarle lo siguiente: La infección puerperal es una complicación esperada en el 7-10% de todos los partos. La predisposición a la infección se da por el concurso de una cantidad de gérmenes que ascienden por vagina (la cual como se sabe en ésta hay múltiples gérmenes

normalmente), virulencia de los mismos y las defensas inmunológicas que tenga la paciente en ese momento.

3.1.3.6. Consta la tarjeta de afiliación al Instituto de Seguros Sociales expedida a nombre de la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, identificada con cédula de ciudadanía n.º 51.907.509 y número patronal 01002004656 –folio 10 del cuaderno principal–.

3.1.3.7. Obra la declaración de la señora MERCEDES NIETO CHOLO quien sostuvo que la actora, después de tener al bebé acudió en tres oportunidades al Instituto de Seguro Social, dadas sus dolencias y solo recibió calmantes, mientras que en la Unidad Médica Especializada de Kennedy fue atendida y remitida al Seguro Social. No obstante no se conoce la ciencia de sus afirmaciones –folio 6 del cuaderno de pruebas n.º 2–. Depuso al respecto:

“Cuando a ella la atendieron en el Seguro fue el 13 de diciembre de 1988, le tuvieron que hacer una cesárea, pues ella después de tener el bebé se empezó a sentir mal durante varios días, acudió al seguro para un control y le dijeron que era normal debido a la operación, pero fueron pasando los días y ella cada día se sentía peor, volvió a la clínica del Seguro y le dieron calmantes, y le dijeron que eso era normal, que no era nada grave, pues en resumidas cuentas fue tres veces al Seguro, hasta el día 27 o 28 desesperada, yo la acompañé a la Unidad Médica Especializada de Kennedy, allí la atendió un doctor GUSTAVO LÓPEZ quien le dio una orden de inmediato para que fuera atendida en el Seguro Social, allí quedó internada esa misma noche y luego le practicaron una operación sin consultarle a ella o a ningún familiar y se (sic) extrajeron la matriz y un ovario, y allí duró un tiempo internada. La señora quedó mal porque se seguía enfermando, malestares y lo más grave es haber quedado totalmente estéril. PREGUNTADO: Diga cuáles son las condiciones actuales de la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN: CONTESTÓ: Ella no quedó en su estado normal que era antes, ella sufre del problema de estreñimiento y me imagino de algunos otros malestares”.

3.1.3.8. Obra la declaración de la señora ELANCA INÉS PÁEZ ésta si testigo presencial de la atención recibida por la paciente en el Seguro Social, aunque no hizo referencia a la oportunidad en que se dio la compañía –folio 7 del cuaderno de pruebas n.º 2–.

"Pues ella salió muy enferma de los seguros sociales, con dolores terribles de estómago y la llevaron donde un médico que dijo que estaba infectada y del seguro dijeron que esos dolores eran normales, volvieron y la llevaron varias veces y después en una unidad le dijeron que estaba infectada y que debían volverla a llevar y en el seguro decían que era normal. Lo que sabía era que ella se quejaba muchísimo y que Cesar cada rato la llevaba al médico, que después la operaron y le sacaron la matriz, esa operación se la hicieron en el Seguro, a raíz de eso ella siguió enferma. Eso lo sé porque yo a ella la acompañé al Seguro (...)

3.1.3.9. Obra la declaración del médico GUSTAVO ADOLFO LÓPEZ S., vinculado a la Unidad Médica de Kennedy, para la época en que sucedieron los hechos y quien atendió a la señora GUZMÁN HERNÁNDEZ. Depuso el facultativo –folio 21 del cuaderno de pruebas n.º 2; se destaca–:

PREGUNTADO: ... ¿Narra usted lo que al respecto le conste? **CONTESTÓ:** La fecha en cuestión en las horas de la tarde atendí a la paciente MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, radicada bajo el número de historia clínica 10167 de la clínica Kennedy por presentar los siguientes síntomas: fiebre y dolor abdominal, 10 días antes se le había practicado parto por cesárea en el Seguro Social. En el examen físico encuentro paciente sudorosa, afebril, con masa en abdomen dolorosa de localización en flanco y fosa izquierda, con el diagnóstico de absceso de pared –o absceso pélvico. La remito a la Clínica San Pedro. **PREGUNTADO:** ¿Diga usted si el estado de la paciente requería una atención médica inmediata o por el contrario permitía una atención posterior? **CONTESTÓ:** Médicamente considero que la paciente requería de estudios y de tratamiento adecuado, entre ellos radiografía, exámenes de sangre y valoración por un especialista en Ginecología (...) – **INTERROGA EL APODERADO DEL I.S.S.** **PREGUNTADO:** Según narra usted en una de sus respuestas, la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, en el momento de ser examinada por usted, y presentar los síntomas a que hizo referencia, llevaba varios días de haber sido sometida a una operación de parto por cesárea. Sírvase explicarnos qué relación tenía o podía tener dicha operación cesárea con los síntomas de la paciente que usted le detectó el 29 de diciembre. **CONTESTÓ:** La relación es directa, puesto que la masa dolorosa, dura, caliente y ruborosa que presentaba sobre la zona quirúrgica, obligan a pensar en ello. **PREGUNTADO:** ¿Sírvase decimos si esos síntomas de la paciente que usted menciona, son ocasionados por algún tipo de infección? **CONTESTÓ:** Si, posiblemente lo sea. **PREGUNTADO:** ¿Sírvase explicarnos en qué relación de necesidad se encuentra una infección de éstas con una operación cesárea? **CONTESTÓ:** La casuística médica permite demostrar una posibilidad relativamente alta de absceso de pared posterior a la intervención de cesárea. **PREGUNTADO:** ¿Sírvase decimos cuántos días de desarrollo podía tener la infección en el momento en que usted examinó a la paciente? **CONTESTÓ:** Por los datos que menciona la paciente en el momento de la consulta, presentaba 24 o 36 horas de sintomatología aguda. **PREGUNTADO:** ¿Sírvase aclararnos si este tipo de infecciones es un riesgo que se sigue en cualquier operación cesárea,

con independencia de la mayor o menor técnica con que se practique la operación? **CONTESTÓ:** Independientemente de las técnicas y los cuidados médicos, influyen factores nutricionales, raciales y de cuidados postoperatorios. **PREGUNTADO:** ¿Sirvase decimos si a usted le consta, cuál es el tiempo normal de permanencia de una paciente, en una clínica, con posterioridad a una operación cesárea? **CONTESTÓ:** Generalmente el postoperatorio Intrahospitalario considero como Médico General que soy, que debe ser promedió 72 horas (3 días), eso de acuerdo a como el médico tratante vea la evolución de la paciente. **PREGUNTADO:** ¿Sirvase decimos si hay cuidados especiales de higiene que debe tener una persona que ha sido sometida a una operación de cesárea, durante el período postoperatorio? **CONTESTÓ:** Sí, al igual que en todo procedimiento quirúrgico, el aseo y la higiene son prioritarios. **ACLARACIÓN TESTIGO:** Dejo constancia que en el año 1988 la actual Clínica Kennedy era una institución cuya razón social era Unidad Médica Kennedy, la cual prestaba servicios básicos como son: consulta externa, laboratorio y odontología, lo que en ese momento no permitía el manejo del presente caso en esa Institución....

3.1.3.10. Obra la declaración del señor CÉSAR AUGUSTO ROBAYO cónyuge de la demandante, quien depuso sobre los hechos de la demanda en estos términos -folio 4 del cuaderno de pruebas 1.º 2-.

"PREGUNTADO: Su declaración versa sobre las circunstancias de hecho que se dieron como consecuencia de la atención que le prestó la Clínica San Pedro Claver a la señora Martha Lucía Guzmán Hernández a partir del día 13 de diciembre de 1988 cuando ingresó a esa Institución para ser atendida por parto. Narre UD., lo que le conste en relación con las consecuencias del servicio médico que le fue prestado y las condiciones del mismo. **CONTESTÓ:** El parto fue por cesárea y a ella le dieron la salida como al segundo día y la lleve para la casa pero yo veía que ella se quejaba mucho, al ver esto pasaron como tres días y ella seguía mal por lo que la lleve a urgencias de maternidad a la San Pedro allí la atendieron y según dijo el médico los síntomas y dolores eran normales por el parto y por lo que había sido cesárea, no recuerdo quien o como se llamaba el médico que la atendió y me dio una fórmula para que reclamara unas pastas (...). Unos cinco días después de llevarla a la San Pedro al ver que ella no se mejoraba estando un día parada le salió un líquido por la parte baja que olía muy feo, al ver esto la lleve a urgencias pero a la Unidad Médica Kennedy donde la atendió el Dr. LUIS A. LÓPEZ y la examinó y me dijo que ella estaba totalmente infectada. Con la remisión la lleve al Seguro y allí la atendieron y la volvieron a operar. Volvimos al otro día a la San Pedro y el doctor me dijo que habían tenido que operarla de urgencia y extraer o sacarle la matriz y un ovario, sin ellos consultar nada, (...). En cuanto a que ella no podía hacer del cuerpo después de la operación tocó volver al Seguro Social y allí le hicieron un examen y tuvieron que volverla a operar porque los intestinos se le habían pegado o algo así, (...) - **PREGUNTA EL APODERADO DEL I.S.S. - PREGUNTADO:** El doctor LUIS A. LÓPEZ, quien según la respuesta anterior suya le dijo que la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ estaba totalmente

*infectada, le comentó cuanto hacía que se había presentado la infección. **CONTESTÓ:** El me preguntó esto y entonces fue cuando yo le dije que hacía cinco días antes la había llevado a urgencias a la San Pedro Claver debido al estado en que ella se encontraba, él me dijo que esa infección había empezado más o menos después de hacerle la cesárea, ya que en el momento en que la examinó dijo que de no haber sido tal vez por el líquido que ella votó, se hubiera envenenado ya que estaba totalmente infectada.*

La declaración que antecede será valorada con reserva, en tanto el testigo es cónyuge de la demandante y si bien no es parte en la contienda, es evidente para la Sala que le asiste interés en los resultados del proceso.

3.1.4. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD

La jurisprudencia contenciosa, ha sostenido que en materia de responsabilidad médica, como siempre que se imponga al Estado la obligación de reparar, deben estar acreditados en el proceso el daño y la imputación, pues aquella tiene lugar cuando el perjuicio efectivamente fue generado por la acción u omisión estatal. En ese orden, aunque establecida la falla y la relación de causalidad con el daño no queda sino imponer la condena, ello no significa, al tenor del artículo 90 de la Carta Política, que también, al margen de la conducta reprochable del agente, el deber de reparar se imponga, precedido, eso sí, de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a una decisión, fundada en los valores y principios constitucionales⁴.

En el caso concreto está probado el daño, porque los dictámenes y las historias clínicas abiertas a nombre de la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ así lo demuestran, en tanto no hay duda sobre la histerectomía que le fuera practicada a los 21 años de edad, el 30 de diciembre de 1988, como consecuencia de un proceso séptico o infección

⁴ Sentencia de 19 de abril de 2012, proceso n.º 21515. Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia 28 de septiembre de 2012. Proceso 22424 Consejero Ponente Stella Conto Díaz del Castillo. Consejo de Estado. Sección Tercera-Subsección "B"

puerperal por endometriosis-pelviperitonitis, absceso tubo-ovárico izquierdo. Consecuencia de la operación cesárea realizada el 13 de diciembre de la misma anualidad en la Clínica San Pedro Claver.

Efectivamente, los elementos probatorios allegados al plenario dan cuenta que i) la paciente ingresó a la institución hospitalaria con trabajo de parto el día 13 de diciembre de 1988 y que se practicó operación cesárea debido al sufrimiento fetal del neonato y la desproporción céfalo –pélvica presentada; ii) que en los días siguientes presentó dolores que la obligaron a consultar y que la demandada confirmó la anterior sintomatología; iii) que le fueron retirados los puntos en la institución demandada; iv) que acudió a la Unidad Médico Quirúrgica de Kennedy el 20 de diciembre del mismo año, con sintomatología de fiebre y dolor abdominal de entre 24 y 36 horas de evolución; donde se le diagnosticó masa dura dolorosa "en flanco y fosa iliaca izquierda, con ausencia de ruidos intestinales" y v) que el 30 de diciembre siguiente la actora fue llevada a cirugía, para drenaje de absceso, histerectomía abdominal total + salpingo-oferectomía derecha, en tanto se encontró un cuadro relacionado con pelviperitonitis, dehiscencia de histerorrafia, perforación uterina y absceso de pared.

Si bien éste último procedimiento quirúrgico fue el indicado, conforme al cuadro clínico existente, aunado a que no hay censura alguna respecto de la operación cesárea, pues en este aspecto la entidad cumplió con los protocolos establecidos dado el sufrimiento fetal y la desproporción céfalo pélvica y la presencia de infección post-parto, que desencadenó en un proceso séptico severo en el área pélvica, identificado como endometriosis, peritonitis y perforación uterina, que puso en riesgo a vida de la paciente; no se puede desconocer que la demandante fue conminada a soportar la realización de un riesgo previsible en la ciencia médica que, de haber sido evitado, no habría expuesto a la actora a la pérdida de su capacidad reproductora y a una menopausia precoz, a sus 21 años. Siendo así no cabe sino endilgarle a la demandada falla en la atención pos parto que

permitió la presencia de la infección y al agravamiento del cuadro clínico. Es de anotar que a la actora le fueron retirados los puntos, dos días antes de que la misma acudiera a la Unidad Médica y Quirúrgica de Kennedy aquejada de fiebre y dolor abdominal agudo con presencia de masa dura con 24 a 36 horas de evolución, como lo determinó el facultativo que la atendió, según lo advierte la historia remitida por dicha unidad, la que permite establecer que la actora puso de presente la atención recibida dos días antes de donde no se entiende cómo, a pesar de su estado, en el Seguro Social no fue atendida inmediatamente, según da cuenta la declaración de la señora BLANCA INÉS PAEZ, quien fue conteste en afirmar que MARTHA LUCÍA GUZMÁN acudió al Seguro Social en tres oportunidades sin haber sido atendida como correspondía y que cuando si bien lo fue, el diagnóstico pasó por alto la evidencia clínica.

Omisiones que cobran sustento en el diagnóstico de la Unidad Médico Quirúrgica de Kennedy, conforme al cual, desde el 20 de diciembre, cuando la paciente consultó por primera vez, cuatro días después de haber sido dada de alta, refirió *"dolor intenso en fosa iliaca izquierda, con distensión abdominal"* y *"masa dura, muy dolorosa en flanco y fosa iliaca izquierda, con ausencia de ruidos intestinales"* y, aunque la historia clínica elaborada por el Seguro Social no lo revela, la paciente consultó y su estado no mereció atención que requería sin perjuicio de la gravedad de la sintomatología. Lo que resulta creíble, pues ante su situación lo lógico tenía que ver con que la paciente acudiera al servicio, y creíble que no fue atendida, bajo el pretexto de que se trataba de un proceso normal; tanto es así que fue hospitalizada por segunda vez ocho días después de presentar la sintomatología, el 28 de diciembre siguiente, en la Clínica San Pedro Claver. En suma los distintos indicios conducen a inferir la demora, deficiente valoración médica y diagnóstico equivocado, sobre el estado real de salud de la actora, lo que permitió que se agravara su situación.

En consecuencia, la conducta descrita compromete de suyo la responsabilidad, pues, con independencia del concepto arrojado por el Instituto Nacional de Medicina Legal en cuanto precisó que la cesárea por sí sola no fue la causa de la infección, lo cierto es que la misma comporta un riesgo alto de proceso infeccioso que, si no se controla, desencadena en sepsis post-parto que se presenta en el 70 por ciento de los casos, según da cuenta la prueba testimonial y pericial.

Si bien la complicación en el trabajo de parto, relacionada con el sufrimiento fetal y desproporción cefalo-pélvica, incrementó el riesgo infeccioso, esto mismo exigía un procedimiento de prevención que, como no se dio, compromete aún más la responsabilidad de la demandada, porque ante un riesgo conocido, la actora tenía que haber sido instruida sobre los síntomas y tratada inmediatamente, agotando así los protocolos médicos de prevención, al punto que, como lo deseable no ocurrió, la infección se presentó, aunado a que la Sala no se explica la demora en la atención que podría haber evitado del desafortunado desenlace.

Ahora, el procedimiento indicado frente al compromiso infeccioso era efectivamente la laparotomía exploratoria y la histerectomía abdominal total con salpingo-oferectomía, de modo que ello no admite censura; pero, se insiste, la responsabilidad de la entidad tiene que ver con la ausencia de medidas oportunas de prevención, la demora en la atención y el indebido diagnóstico. Lo anterior habida cuenta que i) se conocía la alta incidencia de riesgo infeccioso por parto, agravado por la sintomatología presentada por la actora que impuso la intervención cesárea, sin que al respecto se hubiera actuado y ii) aunque la paciente consultó, la atención no fue inmediata, aunado a que no se agotó lo necesario para contrarrestar oportunamente la infección. De modo que no queda sino concluir que la demandada incurrió en falla en la prestación del servicio, dada la inadecuada atención y la indiferencia con la que fue manejado el proceso post-parto, no obstante la mediación de una cesárea por sufrimiento fetal. En ese orden de ideas,

estando presentes los elementos requeridos no queda sino confirmar la decisión.

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

Y es que el caso puesto a consideración de la Sala supone un grado de complejidad mayor, pues estaba en juego la efectiva protección del derecho a la salud de una joven de 21 años y la ausencia de protección de su derecho fundamental a la salud aparejó un trato no igualitario — discriminatorio— prohibido por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por el Estado colombiano.

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

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

“sancionar a quienes vulneran tales derechos. Estos instrumentos cumplen también un fin protector. Se orientan a prevenir que en el futuro los

derechos sean desconocidos, buscan, en otras palabras, que las violaciones no se repitan, que el desconocimiento de los derechos no vuelva a suceder y abarca, en tal sentido, un conjunto de medidas que deben ser adoptadas para garantizar la vigencia plena de los derechos⁵.

En relación con el derecho a recibir un trato igualitario y a no ser discriminado ha dicho la Corte Interamericana⁶—se conservan las citas a pie de página en el texto original—⁷:

*“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico*⁸.

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto⁹. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias¹⁰.

⁵ Ibid.

⁶ Cfr. Corte IDH Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁷ Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

⁸ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra* nota [anterior], párr. 269.

⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota [anterior], párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek citado.

¹⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 85, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, [citado] párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de 'discriminación'. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹¹ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹², el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante 'Comité de Derechos Humanos') ha definido la discriminación como: // toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹³. // La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a 'igual protección de la ley'¹⁴. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana¹⁵.

¹¹ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

¹² El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

¹³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación.

¹⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra, párrs. 53 y 54 y Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

¹⁵ Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y Caso Barbani Duarte y otros, supra, párr. 174.

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

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

De lo arriba expuesto resulta factible concluir que la prohibición de trato discriminatorio, tal como la entiende la jurisprudencia interamericana, no sólo se vincula con la obligación puesta en cabeza de los Estados de excluir medidas, actuaciones y/o prácticas directamente encaminadas a favorecer a unos grupos poniéndolos en condición de inmerecido privilegio y/o desfavorecer a otros grupos impidiéndoles injustificadamente el ejercicio cabal de sus derechos. Se vincula también con la obligación de diseñar políticas, efectuar actuaciones y adelantar acciones para evitar que se perpetúen situaciones de exclusión que permeen el ambiente social, político y cultural y traen como consecuencia discriminaciones de *facto*. La Corte

Interamericana pone especial énfasis en recordar que la prohibición de trato discriminatorio se ha convertido en norma de obligatoria observancia –*ius cogens*– para todos los Estados sin consideración a las disposiciones que en contrario establezcan los ordenamientos nacionales.

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

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

La existencia de esta suerte de políticas y de acciones en un Estado social de derecho no puede comprenderse –como antaño– en cuanto necesidad de que grupos históricamente discriminados o en condición de desventaja sean mirados con “conmiseración” o “compasión” y se practique respecto de ellos la “caridad”. El cambio de paradigma ocurrido con la vigencia de la Constitución de 1991 trajo consigo variaciones en relación con esta manera paternalista de mirar las cosas en las que el rasgo más notorio solía ser el modelo patriarcal dispuesto a hacer concesiones si y solo si las personas

consideradas “débiles”, “necesitadas de protección”, por lo general, las mujeres, las niñas y niños, las personas LGTBI, las minorías étnicas y/o raciales y las personas adultas mayores permanecían en su lugar sin derecho a integrarse social, económica, política y culturalmente ni a participar activamente en la elección y configuración de sus propias vidas.

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

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

Puestas de esta manera las cosas, junto a la cláusula de universalidad, cuyo fin no es otro distinto que el de asegurar a todas las personas –sin excepción alguna– igual dignidad, reconocimiento y respeto, aparece la necesidad, asimismo imperiosa, de reconocer la complejidad del panorama social, político, económico y cultural tanto como de usar las herramientas

apropiadas para distinguir en qué momento se requiere efectuar acciones o aplicar instrumentos encaminados a garantizar en la práctica la igualdad, ya no solo en términos formales, sino concreta y materialmente, se puede concluir que, quienes debido a su singularidad fueron desconocidas, alcanzaron el reconocimiento bajo estricta consideración de aquellos rasgos que las hacían únicas.

En ese nuevo contexto cobra especial relevancia la exclusión de todo tipo de trato discriminatorio y esto abarca no solo aquellas conductas encaminadas directamente a efectuar distinciones injustificadas que se edifican teniendo como criterio el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica —criterios calificados por la doctrina y por la jurisprudencia como “sospechosos”—, sino la necesidad de estimular y llevar a la práctica políticas y de acciones orientadas a superar el predominio de la cultura misógina y excluyente. El propósito fundamental consignado en la Carta Política tiene que ver entonces con evitar que la diferencia permanezca ligada a la cultura patriarcal “por negación” y se vincula consecuentemente con la necesidad de superar la paradoja de que la diferencia sea “marca de inferioridad”¹⁶, como desafortunadamente lo ha sido durante demasiado tiempo.

No obstante, la superación de la discriminación de *iure* y de *facto* no ocurre de la noche a la mañana. Para que sea dable resulta indispensable que las autoridades públicas y, quienes en calidad de particulares están comprometidos con la garantía de efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, sean conscientes de las responsabilidades que se derivan de los mandatos contemplados en el artículo 13 superior —leídos a la luz de la interpretación que sobre la prohibición de trato desigual o discriminatorio ha realizado la jurisprudencia emitida por los organismos internacionales competentes para el efecto—. No se puede perder de vista

¹⁶ Yanira, ZÚÑIGA AÑAZCO, “Las Paradojas de la Universalidad”, en Revista de Derecho (Valdivia) Volumen XI, 2000, pp. 71-82.

que, de conformidad con el derecho interno e internacional, frente a esta garantía de protección formal y material las autoridades estatales del nivel nacional y territorial, así como los particulares comprometidos con la prestación de servicios públicos asumen una posición de garante.

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

Si una mujer joven –21 años– llega a un hospital con un cuadro de parto difícil y se le practica cesárea, la obligación de las entidades –públicas o privadas– comprometidas con la prestación del servicio de salud tiene que ver con remover los trámites burocráticos innecesarios o superfluos que puedan dificultar u obstruir el goce del derecho fundamental a la salud; de otra parte, estas entidades deben despertar una sensibilidad particular respecto de la especificidad de la situación y han de seguir un protocolo que permita adoptar medidas afirmativas de prevención y de protección, sin perder de vista las especificidades de las mujeres y las consecuencias que para ellas puede tener el pos operatorio en caso de cesárea.

Como pudo verificarse, ello no sucedió en el caso de autos. La ausencia de medidas preventivas y protectoras fue evidente y a esto se juntó la falta de: i) atención oportuna; ii) diagnóstico apropiado y iii) seguimiento así como continuidad en la prestación del servicio de salud. Estas omisiones tuvieron

para el caso de la víctima consecuencias trascendentales, al paso que marcaron su vida y su especificidad como mujer. No solo impidieron el ejercicio efectivo de su derecho constitucional fundamental a la salud sino que afectaron, grave e irreversiblemente, sus derechos sexuales y reproductivos; al mismo tiempo se proyectaron de modo negativo en su posibilidad de llevar una vida en condiciones de dignidad y de calidad.

Las niñas, las adolescentes y las mujeres tienen el derecho a ser protegidas cuando se encuentran en esa situación estrechamente relacionada con su género, su edad y su condición. Lo que se busca es empoderarlas de suerte que les sea factible superar efectiva, material y realmente su circunstancia de desventaja histórica. Para ese concreto propósito debe existir una política seria con enfoque de género dirigida a asegurar que ello sea así lo que supone un cambio de actitud en quienes están al frente de un servicio público de tan trascendental importancia como el de la salud.

Ello no sucedió en el caso concreto. Al contrario, desde un comienzo dejó de tenerse en cuenta que quien se acercó al hospital era una joven (género) de 21 años (edad), de escasos recursos (condición) y no se tomaron las cautelas ni se adelantaron las acciones para conferirle igualdad de trato acorde con lo dispuesto por el artículo 13 superior. Como se ha recordado, la garantía de igualdad de acceso pasa por examinar cómo se reflejan los derechos consignados en el ordenamiento jurídico sobre *"la complejidad de las vidas de las personas reales"*¹⁷.

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

¹⁷ "Las personas no solo se caracterizan por su sexo, sino también por su edad, su origen étnico o una discapacidad. Las leyes contra la discriminación deberían cambiarse para permitir que las víctimas de la discriminación múltiple lleven sus casos a los tribunales. Es también necesario impartir formación anti-discriminación al personal de los servicios sanitarios para asegurar que todas las personas sean tratadas de forma igualitaria conforme a sus necesidades". Morten KJAERUM, "Inequalities and multiple discrimination in acces to an equality healthcare". Disponible en <http://fra.europa.eu>, consultado el 19 de marzo de 2013.

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

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

Dicho con otras palabras: ante la situación que afrontaba Martha Lucía cobraba especial importancia la realización del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud¹⁸, respecto del cual ha distinguido la Corte Constitucional dos facetas. Por un lado, la integralidad del concepto mismo de salud, para cuya concretización se requiere cumplir, entre otras, con un conjunto de presupuestos de orden *"preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional [y] social"*¹⁹. Por el otro, la integralidad referida a la eficacia en la protección de este derecho

¹⁸ La Corte Constitucional ha puesto especial énfasis en la forma como este principio ha sido esbozado por el Comité de Derechos Económicos –énfasis en el texto citado–: "La atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud". Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14 (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – 22º Periodo de Sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C. 12/12/2000/4 (2000).

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008. Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

fundamental de suerte que *"todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo, esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente"*²⁰.

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

La Corte Constitucional ha reiterado que las niñas, adolescentes y mujeres son sujetos constitucionales de especial protección y, en esa medida, no sólo sus derechos generales sino los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público. Sobre el particular ha sostenido la Corporación²¹:

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

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

²⁰ Ibid.

²¹ Sentencia C-667 de 16 de agosto de 2006. Corte Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentería.

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

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

La atención en salud que se prestó en el caso concreto dejó de lado tanto los derechos generales como los específicos de la niña y, al margen de que en esta primera etapa se aplicó el procedimiento pertinente para la situación que se presentaba, es evidente el trato desigual que ella debió enfrentar, lo que sin duda incidió de manera muy negativa en la posibilidad de garantizar la integralidad y la continuidad en la prestación del servicio.

Debe en este lugar recordarse que a la joven se le practicó cesárea dado el sufrimiento fetal, la desproporción céfalo pélvica y la presencia de infección post-parto que desencadenó un proceso séptico severo en el área pélvica poniéndose en riesgo la vida de la misma. De haberse dado un trato específico a la paciente y de haberse tenido en cuenta las implicaciones que en una mujer joven trae consigo el estado de menopausia precoz que le sobrevino a sus escasos 21 años. La joven no fue oportunamente hasta el punto que los distintos indicios conducen a inferir la demora, deficiente valoración médica y diagnóstico equivocado, sobre el estado real de salud de la actora, lo que permitió que se agravara su situación. En breve, sin tener en cuenta los pormenores de su caso, la institución que atendió a Martha Lucía llegó a un diagnóstico equivocado que, de mediar un mínimo de diligencia, habría impedido el desenlace funesto que tuvo lugar.

En varias ocasiones se ha condenado la mutilación genital al considerarse una práctica profundamente vulneradora de todos los derechos fundamentales de las mujeres²². Se ha destacado el carácter invasivo e irreversible de estos procedimientos dirigidos a privar a la mujer del derecho a sentir placer sexual por el resto de su vida.

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

La situación irreversible de menopausia precoz que sobrevino en Martha Lucía a sus 21 años, dado el indebido procedimiento practicado, implicó cercenar uno de los rasgos más significativos del ser mujer: la procreación. Al margen de que no todas las mujeres le confieran igual importancia a este

²² Cfr. Tribunal Supremo Español. Sala de lo Penal, sentencia 835 del 31 de octubre de 2012. Recurso de Casación No. 3/2012. En aquella ocasión le correspondió al Tribunal resolver el recurso de apelación. El recurrente sostenía que en su país la mutilación genital constituye una tradición ancestral –vigente por más de tres mil años– cuyo propósito no es vulnerar la integridad física de las niñas y mujeres sino observar un uso que facilita reforzar los lazos de pertenencia de ellas con su comunidad. El Tribunal concluyó sobre el punto lo siguiente: *"....La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato 'inhumano y degradante' incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.... // En el caso de autos, el recurrente M. D. llevaba a la sazón viviendo en España 10 años, estaba totalmente integrado en la cultura española y conocía --y así lo reconoció en su declaración en sede judicial obrante al folio 40 de la instrucción-- -....que todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España.... El propio factum así lo tiene declarado. // Rechazada la tesis de que la ablación se efectuó por los abuelos en Gambia, y declarado que tuvo lugar en España, la tesis del error de prohibición en el recurrente no pueda ser admitida en modo alguno".*

hecho, para quienes sí lo hacen, supone una pérdida irreparable que afecta de múltiples maneras todos sus demás derechos y la totalidad de los aspectos de su vida.

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

Dicho de otra manera: el trato desigual y la ausencia de diligencia de las entidades públicas prestadoras de salud trajeron en el caso concreto consecuencias devastadoras para Martha Lucía quien, de manera intempestiva sin existir causa que lo justificara fue obligada a asumir un declive fisiológico, psicológico y emocional, pues lo que sucedería a los 50 años, aproximadamente, luego de un proceso de maduración en todos los órdenes, le sobrevino a los 21 años en el marco de un diagnóstico médico inconsulto y equivocado.

Lo acontecido demuestra que en el plano nacional como en el territorial brilla por su ausencia una política de género acompañada de las acciones para velar porque esta se materialice en la práctica, pues así lo demuestran los hechos, acorde con los cuales el establecimiento médico no adoptó medidas mínimas de apoyo y de prevención. Se efectuó una intervención quirúrgica cuyo impacto negativo e irreversible en la vida en condiciones dignas, autonomía y derechos sexuales y reproductivos de la víctima fue manifiesto.

En fin, se desconoció el principio de integralidad en todas las facetas que fueron descritas más arriba las cuales, como se indicó, representan elementos definitorios del derecho fundamental a la salud y en

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

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

Omisiones que trajeron consigo el gravísimo desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales de una joven (género) de 21 años (edad), con una condición económica y educativa que le daba el derecho a recibir una protección especial. Y ello —se repite— no como resultado de una “concesión estatal” —en virtud de la “misericordia”, “caridad” o “conmiseración”—, sino por mandato mismo de la Constitución con el propósito claro y directo de empoderarla y de ponerla en condición de elegir, autónoma y libremente, su propio curso de acción.

Bien sabido es que la situación de desventaja histórica de las mujeres se agrava, cuando a ella se le suma la ausencia de medios económicos y/o

educativos. Con todo, en sectores en los que se cuenta con estos medios de modo suficiente, se plantea incluso la pregunta acerca de si todavía tiene algún sentido hablar de *políticas con perspectiva de género*, pues se considera que con los avances ocurridos en el terreno normativo basta.

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

Es más, tal circunstancia “aparentemente satisfactoria” entorpece vislumbrar “las implicaciones de la diversidad de formas que adopta la desigualdad de género”²³, dificulta discernir asimismo “hasta qué punto es nociva la desigualdad de género” y no permite entender que, la ausencia de políticas, actitudes, medidas que valiéndose de una perspectiva de género contribuyan a superar la situación de desventaja histórica de las mujeres, afecta todos los aspectos de la vida social, económica, cultural y política de la sociedad en su conjunto –se destaca–, pues, como lo ha recordado la doctrina, “[l]os distintos tipos de inequidades tienden, por último, a alimentarse unos a otros” motivo por el cual “debemos ser conscientes de sus conexiones”²⁴.

²³ Amartya SEN, “Desigualdad de género. La misoginia como problema de salud pública”, documento consultado en la red en el sitio www.letreslibres.com el día 8 de marzo de 2013.

²⁴ Ibid.

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

En breve, lo lleva a disponer a favor de la parte actora la reparación integral del daño, sin que para el efecto cuente los límites del principio de la *no reformatio in pejus*, en tanto aparece comprometido gravemente al derecho fundamental a la salud de una mujer joven, al verse privada de forma permanente de sus órganos reproductivos, quedando sometida a una menopausia precoz y afectando de manera importante su dignidad humana. En casos similares, cabe advertir que la jurisprudencia ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*.

3.1.5. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

3.1.5.1. PERJUICIOS MORALES

En este punto la Sala mantendrá la condena, aunque ante circunstancias similares se ha concedido una indemnización superior, dado el imperativo constitucional y legal de no hacer más gravosa la situación del apelante único, tratándose de reparaciones valoradas en término económicos. Siendo así, conforme lo resuelto por el tribunal, el Instituto de Seguros Sociales E.S.E pagará por concepto de perjuicios morales a favor de la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, la suma equivalente a SETENTA (70) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES vigentes a la ejecutoria de esta sentencia y por lo tanto mantendrá la decisión del tribunal.

3.1.5.2. MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA²⁵

Aunque en principio no cabe hacer más gravosa la situación del apelante único, conforme al principio de la *no reformatio in pejus*, dicho límite se figura frente al deber estatal de reparar en integridad la afectación significativa de un derecho fundamental, caso en el que resulta posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa.

Lo anterior porque en el presente asunto se vulneró **gravemente** el derecho fundamental a la salud de la joven demandante afectando su dignidad humana, es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del derecho vulnerado. En este punto cabe advertir que la jurisprudencia ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*, en los casos de i) grave violación a derechos humanos por parte del Estado –acción u omisión– o por la actividad de terceros pero imputable al primero y ii) la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional.

Aunado a lo expuesto, la Corporación ha precisado que si se presenta 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 canon indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales es el único contenido del principio de reparación integral que se encuentra amparado por los citados principios del proceso que tienden a

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

garantizar el derecho de defensa del demandado²⁶. En consecuencia, siempre que se trate de asuntos en los cuales se esté frente a la grave vulneración de los derechos humanos o la afectación significativa de un derecho fundamental, como ocurrió en el caso concreto, la garantía de la congruencia y de la no *reformatio in pejus*, se soslaya para darle paso a una verdadera reparación integral, desde una dimensión material y efectiva.

En consecuencia, en los eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho fundamental, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas como instrumentos de la justicia restaurativa²⁷, encaminadas a la garantía y amparo del núcleo esencial del derecho afectado, para darle contenido al principio de reparación integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998²⁸.

Al respecto, la Sección ha precisado²⁹:

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

²⁶ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁷ Cita original: Al respecto, se puede consultar la sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁸ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 36912, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁹ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

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

(...)

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

203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, "a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso."^{30 31}

En el caso concreto, es evidente la vulneración al derecho a la salud de la víctima, quien a tan temprana edad quedó privada de forma permanente de sus órganos reproductivos e inmersa en un estado de menopausia precoz que devino por falla en la prestación del servicio, consistente en la falta y demora en la atención e indebido diagnóstico, no obstante la mediación de una operación cesárea, lo cual genera a todas luces una vulneración

³⁰ Cita original: CIDH, caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222.

³¹ Cita original: CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

significativa y representativa del derecho fundamental a la salud. Además, se trata de una conducta reprochable que no puede ser avalada desde ningún punto de vista y menos por el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado, dados los compromisos constitucionales.

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

3.1.5.3.1. Rehabilitación

El Instituto de Seguros Sociales E.S.E. suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias derivadas de la práctica de la histerectomía, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso. Al tiempo, brindará y suministrará todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que sean dispuestos por los médicos tratantes y relacionados los mismos con el procedimiento al que fue sometido la víctima.

3.1.5.3.2. Satisfacción

El Instituto de Seguros Sociales E.S.E. ofrecerá excusas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, a la señora Martha Lucía Guzmán Hernández por los hechos ocurridos en diciembre de 1988. Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber brindado un diagnóstico errado y la inadecuada atención médica, que dieron lugar a la histerectomía total con la afectación propia de su capacidad reproductora y la presencia de menopausia precoz. Lo anterior salvo que la actora, prefiera no recibir las excusas de la manera indicada.

3.1.5.3.3. Garantías de no repetición

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

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

*"lograr la igualdad es la equidad de género, entendida como la justicia en el tratamiento a mujeres y hombres de acuerdo a sus respectivas necesidades. La equidad de género implica la posibilidad de tratamientos diferenciales para corregir desigualdades de partida; medidas no necesariamente iguales, pero conducentes a la igualdad en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades"*³².

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

"asume la transversalización de género como una transformación profunda de la organización en todos los niveles: '[l]a transformación significa reconocer que el género no concierne sólo a los programas, políticas y

³² Cfr. *Estrategia, Equidad de Género PNUD Colombia*, disponible en: <http://www.pnud.org.co>

equilibrio de género en el personal, sino también a la cultura institucional. Está relacionado con el cuidado, la flexibilidad y el empoderamiento, que afectan los comportamientos, las normas, los programas y los impactos. Cada persona debe beneficiarse y cada persona debe tomar responsabilidad de ello”.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Que las niñas, adolescentes y mujeres en estado de embarazo, víctimas de violencia sexual o de violencia intrafamiliar o las que aquejen situaciones relacionadas con sus órganos reproductivos serán informadas de los tratamientos, procedimientos o medicamentos que, en cada situación concreta, sea dable aplicar, velando porque la salvaguarda de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico por vía constitucional, legal o jurisprudencial esté precedida de su consentimiento libre, autónomo y suficientemente informado y que no se las someterá a obstáculos injustificados, prohibidos por el ordenamiento jurídico.
3. Que la atención prestada a las niñas, adolescentes y mujeres se encaminará a garantizar la **integralidad del servicio** como uno de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud, lo que comprende presupuestos de orden:
 - a. **Preventivo**: el conjunto de actuaciones y procedimientos necesarios para evitar riesgos evitables. Esto implica ofrecer a las niñas, adolescentes y mujeres información detallada y suficiente, comunicada en términos claros, sencillos e ilustrativos acerca de las cautelas y medidas que deben tomar para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad y calidad.
 - b. **Educativo**: el compendio de conceptos, prácticas y actitudes indispensables para identificar los principales aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes y mujeres y con la importancia que ella tiene en todos los planos de la existencia física, psíquica, emocional, social y cultural. El componente educativo exige un desarrollo teórico/conceptual, a la vez que práctico, eficaz y respetuoso del pluralismo dirigido a las niñas, adolescentes y mujeres, a sus familiares y a quienes tienen a su cargo prestar el servicio de salud directamente —personal médico y/o de enfermería— o indirectamente —personal administrativo—.
 - c. **De acompañamiento y seguimiento con especial sensibilidad por la protección de los derechos generales y específicos**: la atención en salud de las niñas, adolescentes y mujeres se comprende como un proceso complejo que: i) incluye aspectos físicos, psicológicos y emocionales y debe estar custodiado desde el inicio por el personal administrativo, de enfermería y médico competente; ii) exige garantizar a cabalidad el derecho al diagnóstico así como la continuidad e integralidad en la prestación del servicio de salud; iii) se extiende durante el desarrollo del tratamiento hasta su culminación al paso que iv) requiere acompañamiento y seguimiento pormenorizado en cada una de las etapas con una especial sensibilidad por la situación de las niñas, mujeres y adolescentes, lo que implica garantizar sus derechos

generales y los específicos y supone, ante todo, tener claridad sobre el impacto, en ocasiones irreversible, que ciertas intervenciones o tratamientos tienen sobre su libertad, autonomía, identidad y dignidad tanto como sobre el pleno disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos conforme los garantiza el ordenamiento constitucional.

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

3.1.5.3.4. Medida de protección del derecho fundamental a la intimidad

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

Por tal motivo, en las reproducciones y publicaciones de esta sentencia se omitirá el nombre de la demandante, ya que en el proceso se ventilaron aspectos que se restringen a su esfera individual, personal y social y que dadas las drásticas consecuencias a las que la misma fue expuesta, comprometen datos sensibles a su intimidad.

Así las cosas, el derecho a la intimidad se protegerá de la siguiente forma: i) la publicación de esta sentencia quedará circunscrita al expediente y al tomo copiador de la Corporación en el que se tomará nota de la prohibición de reproducción, ii) la Relatoría de la Corporación se encargará de sustituir el nombre de la demandante a lo largo del fallo por siglas (v.gr. XX), con lo cual se garantizará la no identificación o identidad de la demandante, iii) la publicación que se haga en la página web del Instituto de Seguros Sociales E.S.E. se efectuará omitiendo el nombre de la demandante, para lo cual obtendrá el respectivo archivo magnético de la Relatoría de esta

Corporación y iv) la audiencia o ceremonia de excusas a cargo del Instituto de Seguros Sociales, se hará de manera privada, con la asistencia de las personas que la actora determine y se prescindirá de las mismas, si la afectada lo prefiere.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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,

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia proferida el 21 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera- Sala de Descongestión, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLÁRASE administrativamente responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.S.E., por los daños ocasionados a la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: CONDÉNASE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.S.E., a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, la suma de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: A título de medidas de justicia restaurativa, **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales E.S.E., al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(i) Suministrará toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que requiera la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ y que se relacione directa o indirectamente con su patología o padecimiento, esto es, las consecuencias de la práctica de la histerectomía, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que ocurra su deceso.

Por lo tanto, la entidad demandada no se podrá negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud –incluidos los de ayuda psicológica–, así como brindará y suministrará todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida, siempre que se requieran para mejorar su condición producto del procedimiento quirúrgico que le fue practicado.

(ii) Salvo que la afectada manifieste su inconformidad, ofrecerá excusas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, a la señora MARTHA LUCÍA GUZMÁN HERNÁNDEZ, por los hechos ocurridos en diciembre de 1988 y que terminaron en la lastimosa práctica de una histerectomía.

Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber brindado un diagnóstico errado y una inadecuada atención médica que condujeron a la grave vulneración del derecho a la salud de la señora GUZMÁN HERNÁNDEZ.

En su página web establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo

tanto, la entidad demandada, en el término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de información.

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

1. Que las niñas, adolescentes y mujeres recibirán atención en salud oportuna acorde con su edad, identidad de género –pertenencia a la comunidad LGTBI–, condición económica y educacional, etnia, discapacidad física o psíquica. De esta suerte, se adoptarán las medidas de orden administrativo y médico para conferirles un trato equitativo efectivo y no discriminatorio, sin someterlas a cargas burocráticas innecesarias o a la dilación injustificada de la prestación del servicio.
2. Que las niñas, adolescentes y mujeres en estado de embarazo, víctimas de violencia sexual o de violencia intrafamiliar o las que aquejen situaciones relacionadas con sus órganos reproductivos serán informadas de los tratamientos, procedimientos o medicamentos que, en cada situación concreta, sea dable aplicar, velando porque la salvaguarda de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico por vía constitucional, legal o jurisprudencial esté precedida de su consentimiento libre, autónomo y suficientemente informado y que no se las someterá a obstáculos injustificados, prohibidos por el ordenamiento jurídico.
3. Que la atención prestada a las niñas, adolescentes y mujeres se encaminará a garantizar la **integralidad del servicio** como uno de los

elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud, lo que comprende presupuestos de orden:

- a. **Preventivo:** el conjunto de actuaciones y procedimientos necesarios para evitar riesgos evitables. Esto implica ofrecer a las niñas, adolescentes y mujeres información detallada y suficiente, comunicada en términos claros, sencillos e ilustrativos acerca de las cautelas y medidas que deben tomar para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad y calidad.
- b. **Educativo:** el compendio de conceptos, prácticas y actitudes indispensables para identificar los principales aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes y mujeres y con la importancia que ella tiene en todos los planos de la existencia física, psíquica, emocional, social y cultural. El componente educativo exige un desarrollo teórico/conceptual, a la vez que práctico, eficaz y respetuoso del pluralismo, dirigido a las niñas, adolescentes y mujeres, a sus familiares y a quienes tienen a su cargo prestar el servicio de salud directamente –personal médico y/o de enfermería– o indirectamente –personal administrativo–.
- c. **De acompañamiento y seguimiento con especial sensibilidad por la protección de los derechos generales y específicos:** la atención en salud de las niñas, adolescentes y mujeres se comprende como un proceso complejo que: i) incluye aspectos físicos, psicológicos y emocionales y debe estar custodiado desde el inicio por el personal administrativo, de enfermería y médico competente; ii) exige garantizar a cabalidad el derecho al diagnóstico así como la continuidad e integralidad en la prestación del servicio de salud; iii) se extiende durante el desarrollo del tratamiento hasta su culminación al paso que iv) requiere acompañamiento y seguimiento porrrrenorizado en cada una de las etapas con una especial sensibilidad por la situación de las niñas, mujeres y adolescentes, lo que implica garantizar sus derechos generales y los específicos y supone, ante todo, tener claridad sobre el impacto, en ocasiones irreversible, que ciertas intervenciones o tratamientos tienen sobre su libertad, autonomía, identidad y dignidad tanto como sobre el pleno disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos conforme los garantiza el ordenamiento constitucional.

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

SEXTO: ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales E.S.E. y a la Relatoría del Consejo de Estado el cumplimiento de las medidas de protección a la intimidad que están relacionadas y descritas en la parte considerativa de esta providencia. Por consiguiente, se deberá garantizar en todo momento la protección a la identidad de los demandantes en los archivos magnéticos y las copias que se entreguen de esta providencia para acceso al público, así como para el cumplimiento de las medidas de justicia restaurativa.

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

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

NOVENO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Magistrado