



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4 n°. 2-18 Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2014-00091-00
DEMANDANTE: MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL NIVEL II SUSANA LOPEZ DE VALENCIA E.S.E
M. DE CONTROL: REPARACION DIRECTA

SENTENCIA núm. 061

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda¹.

Procede el Despacho a decidir la acción contenciosa administrativa promovida a través del medio de control de reparación directa por MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS y otros accionantes en contra del HOSPITAL NIVEL II SUSANA LOPEZ DE VALENCIA E.S.E., tendiente a obtener indemnización por los perjuicios presuntamente a ellos ocasionados.

Como fundamento fáctico de la demanda, en suma, se indicó que la señora Mónica Carolina ingresó al servicio de urgencias del Hospital Nivel II Susana López de Valencia E.S.E. el 29 de febrero de 2012, por sangrado vaginal de 12 días, moderado, asociado a dolor en hipogástrico, siendo su diagnóstico "*embarazo confirmado y enfermedad pélvica inflamatoria y aborto incompleto*".

Que el 1º de marzo de 2012 conocido el reporte de ecografía trasvaginal, se le practicó bajo anestesia general, un legrado uterino obstétrico por aborto incompleto y una endometritis puerperal.

Posteriormente, el 17 de marzo de 2012, la señora Moncayo Bolaños acudió nuevamente al centro hospitalario por referir sintomatología igual a la consulta anterior, sumada a cuatro días de náusea y vómito, cuyo diagnóstico en esta oportunidad arrojó "*dolor abdominal a estudio, gastritis no especificada, cálculo en la vesícula biliar, colecistitis a descartar y pancreatitis a descartar*", manejados en observación, con líquidos endovenosos, medicamentos antieméticos, analgésicos y exámenes de laboratorio, entre los que se destaca nuevo test de embarazo.

El 30 de abril de 2012 la paciente consultó en institución prestadora de salud de III nivel EPS Coomeva, con la misma sintomatología de las anteriores consultas, en esta entregó resultado de ecografía trasvaginal realizada el 27 de abril de 2012,

1 Folios 169 a 199 cuaderno principal 1.

ordenada en consulta, se realizó por parte de los galenos una ecografía que reportó embarazo de localización a establecer, puede ser ectópico abdominal, se solicitó Resonancia Nuclear Magnética que indicó embarazo de localización no uterina.

Debido a la gravedad de su estado de salud, la paciente fue remitida a la clínica La Estancia. El 1º de mayo de 2012 fue llevada a laparotomía encontrando embarazo cornual con cuerno de la trompa derecha roto, con sangrado activo y profuso y hemoperitoneo de 2.500 ml de sangre en la cavidad abdominal, por la gravedad de la lesión realizan histerectomía.

Se afirmó en la demanda que no se sospechó por parte de los galenos del ente hospitalario la presencia de un embarazo ectópico a pesar que el cuadro clínico era sugestivo desde el inicio, y por esta razón no se tomaron las medidas necesarias que están establecidas en los protocolos de manejo para esta patología, desencadenando las consecuencias antes descritas.

Seguidamente afirmó que es evidente la falla en la realización e interpretación de la ecografía trasvaginal temprana, que según el reporte presentaba los criterios para entrar a detectar un embarazo de localización ectópica como son: cavidad uterina vacía y endometrio de aspecto proliferativo o decidual.

De igual manera señaló que el censurable episodio generado por la irregular actuación del personal médico del ente hospitalario ha ocasionado gravísimos perjuicios a los demandantes, pues ha generado angustia y congoja, ya que la señora MONCAYO BOLAÑOS ya no puede procrear, lo que ha generado en ella y en su grupo familiar problemas psicológicos, se ha deteriorado su relación sentimental con su compañero permanente con quien había decidido concretar un proyecto de vida, afectando así sus condiciones de existencia.

1.2.- Contestación de la demanda².

Con escrito allegado el 9 de septiembre de 2014, la apoderada del Hospital Susana López de Valencia E.S.E contestó la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones de los actores, basando su defensa en las siguientes razones:

En primer lugar, afirmó que en la consulta en el servicio de urgencias del 17 de marzo de 2012 la señora MONICA CAROLINA solicitó el alta voluntaria, rehusándose a recibir el tratamiento médico y por ende impidió que se realizaran estudios complementarios, los cuales habrían podido dar cuenta del embarazo ectópico que presentaba.

En segundo lugar, señaló que la atención que en la institución recibió la señora MONICA CAROLINA fue adecuada, ya que se siguió el protocolo de atención para el caso respectivo -protocolo de aborto incompleto-, por cuanto con la evidencia médica, los hallazgos clínicos y paraclínicos, el ginecólogo de turno estableció un diagnóstico de aborto incompleto.

Finalmente señaló que el diagnóstico de embarazo ectópico es un diagnóstico difícil, y más en la etapa temprana del embarazo, es así como en la ecografía tomada en la institución el 17 de marzo de 2012 la paciente presentaba un embarazo de 5 semanas, siendo de esta manera más difícil observar un embarazo aparentemente cornual.

De lo anterior concluyó que no se le puede endilgar responsabilidad alguna a su representada, ya que la atención brindada a la paciente fue oportuna, diligente y cuidadosa, atendiendo a los protocolos para el caso en cuestión, consecuentemente el hospital no incurrió en ninguna falla y los perjuicios sufridos por la parte demandante no son consecuencia del servicio que le fue prestado.

Propuso como excepciones de fondo *“inexistencia de responsabilidad”* e *“inexistencia de nexo causal”*.

1.3.- Llamamiento en garantía³.

La Previsora S.A. Compañía de Seguros a través de apoderado debidamente constituido, procedió a manifestarse sobre el llamamiento en garantía realizado por el Hospital Susana López de Valencia E.S.E., y sobre la demanda, oponiéndose a las pretensiones de los actores.

Señaló que las pretensiones de la demanda carecen de fundamentos fáctico y jurídico que hagan viable su prosperidad, como quiera que la historia clínica que obra en el expediente acredita que la atención que se le brindó a la señora MONICA CAROLINA fue oportuna, adecuada y se ajustó a los protocolos.

Adicionalmente señaló que se reclaman exorbitantes indemnizaciones por perjuicios de los que no obra prueba alguna en el expediente.

Frente a la demanda formuló las excepciones de *“inexistencia de responsabilidad y de obligación indemnizatoria a cargo del Hospital Susana López de Valencia E.S.E, carencia de prueba del supuesto perjuicio, enriquecimiento sin causa y la genérica”*.

Seguidamente se pronunció frente a los hechos del llamamiento en garantía, afirmando que se celebró contrato de seguro con Póliza de Responsabilidad Civil nro. 1001242, mediante la cual se otorgó cobertura de responsabilidad civil para clínicas y hospitales, y que el alcance de la cobertura otorgada se encuentra expresamente estipulada en sus condiciones y anexos.

Respecto de las pretensiones al llamamiento en garantía señaló que en el remoto evento de que prosperen las pretensiones de la demanda, se opone a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía en la medida en que excedan los límites y coberturas acordadas, y/o desconozcan las condiciones particulares y/o generales de las pólizas y las disposiciones que rigen el contrato de seguro.

3 Folios 32 a 39 del cuaderno de llamamiento en garantía.

Formuló como excepciones perentorias al llamamiento en garantía las denominadas: *“inexistencia de cobertura de la póliza, pues no se realizó el riesgo asegurado –límites máximos de la responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado– exclusiones de amparo– genérica”*.

1.4.- Pronunciamiento frente a las excepciones de mérito propuestas.

Frente a las excepciones propuestas por la entidad demandada y por la compañía llamada en garantía, el apoderado de la parte actora guardó silencio.

1.5.- Los alegatos de conclusión.

1.5.1.- De la Previsora S.A. Compañía de Seguros⁴.

El apoderado de la entidad llamada en garantía refirió en su escrito final, que el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las entidades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización, que igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que este debe además ser imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, fenómeno que a su juicio no ocurre en el presente caso, por cuanto los síntomas que presentaba la señora MONCAYO BOLAÑOS al momento de su ingreso al Hospital Susana López de Valencia, no daban certeza para sospechar el embarazo ectópico.

Señaló que pese a recaer la carga probatoria en cabeza de la parte actora, ésta no se ocupó de allegar al proceso prueba técnica o científica que demostrara fehacientemente que la atención brindada a la señora MONICA CAROLINA en la institución demandada hubiese sido insuficiente, inoportuna o dotada a la configuración del daño y, en su lugar se probó que éstas fueron oportunas e idóneas, arraigadas y estrictamente ceñidas a los protocolos a la *lex artis* médica.

Concluyó que las pretensiones no son solo infundadas, sino que adicionalmente revelan un exorbitante e inaceptable afán de lucro, imposible de atender, con una pretensión descomunal por un supuesto detrimento, del que no existe prueba en el expediente.

Frente al llamamiento en garantía, manifestó que no se demostró la responsabilidad del Hospital Susana López de Valencia E.S.E. en la supuesta falla en el servicio médico que ocasionó los presuntos perjuicios a los actores, y respecto del riesgo asegurado señaló que la compañía de seguros solo está obligada a responder por un siniestro al tenor de las obligaciones expresamente estipuladas en la póliza, luego no puede entenderse comprometido al asegurador por riesgos que no le fueron trasladados por el tomador.

4 Folios 352 a 367 del cuaderno principal 2.

1.5.2.- Del Hospital Susana López de Valencia E.S.E⁵.

La apoderada del Hospital Susana López de Valencia señaló que no se demostró con prueba médico científica los supuestos fácticos y jurídicos de la responsabilidad que se pretende, y que no se evidencia actuación defectuosa en la atención médica que se le brindó a la señora MONCAYO BOLAÑOS.

Frente a las atenciones médicas prestadas por el ente hospitalario, resaltó que el 29 de febrero de 2012 consultó la paciente con motivo de sangrado vaginal desde hace 12 días, asociado a dolor en hipogastrio, presenta amenorrea clara y se toma test de embarazo en orina, el cual sale débilmente positivo; señala que es valorada por médico general, quien realizó examen ginecológico y solicitó valoración por ginecobstetricia, ecografía trasvaginal, cuadro hemático, VDRL, prueba de embarazo en sangre y uro análisis. Se realizó impresión diagnóstica de embarazo confirmado y enfermedad pélvica inflamatoria, con dicho reporte la paciente fue valorada por ginecólogo de turno quien consideró un aborto incompleto y ordenó turno para legrado.

De igual manera manifestó que conforme a la historia clínica en la segunda atención del 17 de marzo de 2012, la señora MONICA MONCAYO solicitó alta voluntaria, por tanto se rehusó a recibir el tratamiento médico, impidiendo que se realizaran estudios complementarios, con los cuales, desde el punto de vista médico, era probable que se hubiese podido diagnosticar el embarazo ectópico que presentaba.

Adicionalmente señaló que la primera atención de la paciente fue la adecuada, ya que se siguió el protocolo de atención para el caso respectivo, esto es, de aborto incompleto, por cuanto con la evidencia médica, los hallazgos clínicos y paraclínicos, el ginecólogo de turno estableció dicho diagnóstico.

Finalmente consideró que del análisis presentado se debe proferir sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el perjuicio alegado no es producto de la acción o la omisión del equipo médico y asistencial que se encontraba de turno en el Hospital Susana López de Valencia E.S.E., y que en consecuencia no existe nexo causal entre el hecho dañoso alegado y la conducta médica ejercida en el centro hospitalario, consecuentemente solicita se despache negativamente las pretensiones de la demanda y se condene en costas y agencias en derecho a los demandantes.

1.5.3.- De la parte actora.

A esta instancia del proceso este extremo procesal guardó silencio.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Procedibilidad del medio de control de reparación directa:

Por la naturaleza del medio de control, la cuantía de las pretensiones y el lugar de ocurrencia de los hechos, este Juzgado es competente para conocer el asunto en

5 folios 368 a 392 del cuaderno principal 2.

primera instancia conforme lo prevé los artículos 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

2.2.- La caducidad del medio de control de reparación directa:

En el *sub examine* no ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control conforme al contenido del artículo 164 numeral 2 literal i) de la Ley 1437 de 2011 que prescribe 2 años para el efecto, pues los hechos datan del 29 de febrero, 1° y 17 de marzo de 2012, y la demanda se interpuso el 28 de febrero de 2014, es decir, dentro de la oportunidad legalmente prevista.

2.3.- Problemas jurídicos.

2.3.1.- Problema jurídico principal.

En audiencia inicial se estableció que el litigio se centraría en determinar si el HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. incurrió en una falla médica que derivó en el procedimiento de histerectomía practicado a la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS el 1° de mayo de 2012, y si por esta razón hay lugar a que sea declarada responsable administrativamente por el daño antijurídico que se alega, con la consecuente indemnización de perjuicios que se reclama.

Igualmente deberá determinarse si la entidad llamada en garantía debe responder por la eventual condena que se imponga a la entidad hospitalaria demandada.

2.3.2.- Problemas jurídicos asociados:

(i) ¿La entidad demandada incurrió en una falla médica al realizar e interpretar la ecografía trasvaginal temprana practicada a la señora MONCAYO BOLAÑOS?

(ii) ¿En el caso *sub examine* se logró probar la existencia de una falla del servicio en la prestación del servicio de salud brindado a la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS el 17 de marzo de 2012?

(iii) ¿En el caso *sub examine* se logró probar una pérdida de oportunidad de la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS por la prestación del servicio de salud brindado en el ente hospitalario demandado?

2.4.- Tesis:

Se declarará la responsabilidad administrativa del Estado, en la medida que, del material probatorio aportado se advierte una falla institucional del Hospital Susana López de Valencia E.S.E. en la prestación del servicio brindado a la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, que derivó para la paciente en una pérdida de oportunidad respecto de la posibilidad de no perder su facultad reproductora.

Se sustentará la tesis sobre los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico de responsabilidad del Estado en asuntos de responsabilidad médica, y (iii) Marco jurídico de amparo de los derechos de las

mujeres, particularmente los derechos reproductivos. Luego se abordará el caso concreto.

2.5.- Razones de la decisión.

2.5.1.- Lo probado en el proceso.

❖ El parentesco:

✓ La señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS nació el 16 de agosto de 1986, y es hija del señor ALFREDO MONCAYO y de la señora BLANCA NUBIA BOLAÑOS NOGUERA, esto de conformidad con la copia del folio del registro civil de nacimiento que obra a folio 3 del c. principal.

✓ JULIETH CAROLINA CERTUCHE MONCAYO, es hija del señor WILLIAM ALFREDO CERTUCHE GUERRERO y de la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, según copia del folio del registro civil de nacimiento que obra a folio 4 del cuaderno principal.

✓ La señora MARLY DANYELY MONCAYO BOLAÑOS es hija del señor ALFREDO MONCAYO ARCOS y de la señora BLANCA NUBIA BOLAÑOS NOGUERA, siendo hermana de la afectada directa según copia del folio del registro civil de nacimiento que obra a folio 5 del c. principal.

✓ El señor JOHN FABIO MONCAYO BOLAÑOS es hijo del señor ALFREDO MONCAYO ARCOS y de la señora BLANCA NUBIA BOLAÑOS NOGUERA, siendo hermana de la afectada directa, esto según copia del folio del registro civil de nacimiento que obra a folio 6 del cuaderno principal.

✓ La señora SARA ISABEL MONCAYO BOLAÑOS es hija del señor ALFREDO MONCAYO ARCOS y de la señora BLANCA NUBIA BOLAÑOS DE MONCAYO, siendo hermana de la afectada directa, esto con base en la copia del folio del registro civil de nacimiento obrante a folio 7 del c. principal.

❖ Los hechos:

✓ El **29 de febrero de 2012** la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS fue atendida a las 02:46 p.m. por urgencias ginecológicas en el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. donde se consignó como motivo de consulta: "*sangrado vaginal*", y enfermedad actual:

"PTE 25 AÑOS CON AMENORREA NO CLARA, QUIEN REFIERE SANGRADO VAGINAL DESDE HACE 12 DIAS MODERADO Y ASOCIADO A DOLOR EN HIPOGASTRIO INTENSO NO REFIERE SINTOMAS INFECCIOSOS SISTEMICOS NI URINARIOS. NO TRAUMAS NI MANIOBRAS ABORTIVAS, NO REFIERE OTROS SINTOMAS DE ALARMA, SE TOMA TSTE DE MB EN ORINA AHORA Y SALE DEBILMENTE POSITIVO, LLEGA SINTOMATICA".

En la misma fecha se anotó como diagnóstico principal "*embarazo confirmado*" –fl. 213 vuelto y 214 C. Ppal. 2-.

Se le dio orden de ecografía trasvaginal hacia las 4:14 p.m., la cual no fue realizada, y ante el dolor que presentaba siendo aproximadamente las 7:00 p.m. se optó por aplicarle diclofenaco y citarla para el siguiente día realizar dicho examen -fl. 215 C. Ppal. 2-.

✓ El **1° de marzo de 2012** la señora MONICA CAROLINA a las 08:26 a.m. fue atendida por urgencias ginecológicas en el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. con dolor pélvico y sangrado vaginal, donde se consignó como motivo de consulta: *"regresa para revaloración"*, y enfermedad actual:

"PACIENTE CON DIU QUIEN TIENE TEST DE EMBARAZO POSITIVO DE AYER, FUM: 23/01/2012, CON EG: 5.3 SS. AYER CONSULTO POR SANGRADO VAGINAL Y DOLOR PELVICO, SE TOMO PARA CLINICOS NORMALES Y TEST DE EMBARAZO POSITIVO, NO LE REALIZARON ECO TV. VIENE AHORA PARA TOMA DE ECO TV AUNQUE REFIERE QUE PERSISTE CON DOLOR Y SANGRADO GENITAL".

Como diagnóstico se tuvo el siguiente: *"AMENAZA DE ABORTO"*. Las indicaciones médicas fueron: *"DICLOFENAC IM DU AHORA; ECO TV; REVALORACION CON RESULTADOS POR G/O"* -fl. 217 C. Ppal. 2-.

A folio 27 del cuaderno principal obra resultado de ecografía Tv de 1° de marzo de 2012 del cual se destaca:

*"Descripción:
ÚTERO EN AVF CON DIMENSIONES AUMENTADAS, MIDE: 97X57X66 MM. EN SUS DIAMETROS, LONGITUDINAL, AV Y TRANSVERSO RESPECTIVAMENTE VOL 193 CC
MIOMETRIO HOMOGÉNEO.
PRESENCIA DE MATERIAL HETEROGENEO EN CAVIDAD UTERINA CON ESPESOR DE: 17 MM
DUI TIPO T BIEN IMPLANTADO EN CAVIDAD
CUELLO UTERINO CERRADO
OVARIOS
OVARIO DERECHO MIDE: 20X30 MM
OVARIO IZQUIERDO MIDE: 16X24 MM. CON QUISTE SIMPLE DE: 15X19 MM
NO HAY MASAS ANEXIALES NI LIQUIDO EN FONDO DE SACO
CONCLUSION:
MATERIAL HETEROGENEO EN CAVIDAD UTERINA CON ESPESOR DE: 17 MM
DIU TIPO T BIEN IMPLANTADO".*

Ese mismo 1° de marzo de 2012, se consignó como hallazgos:

"Paciente G2P1 con historia de metrorragia con coágulos y test de embarazo positivo. Planificaba con DIU desde hace 2 años y desconocía su embarazo. Ecografía de hoy muestra DIU in útero y restos ovulares con espesor de 17mm Hemograma normal uroanálisis normal, VDRL no reactivo" -fl. 218 C. Ppal. 2-.

En esa fecha, a las 2:11 p.m. se consignó:

*"AGU/ Útero aumentado de tamaño como para 8 semanas levemente doloroso.
TV/ Cérvix abierto por el que salen hilos DIU el cual se retira y se enseña a la paciente.
Plan/ Se considera aborto incompleto y se pasa turno para legrado".*

Y como diagnóstico:

"ABORTO NO ESPECIFICADO: INCOMPLETO, SIN COMPLICACION" –fl. 218
reverso C. Ppal. 2-.

A folio 221 reverso del C. Ppal. 2, en la descripción de los hallazgos operatorios y del procedimiento de 1° de marzo de 2012, a las 06:52 p.m., se consignó:

"UTERO EN AVF DE 9 CMS NO MASAS ANEXIALES; PROCEDIMIENTO: 1- ASEPSIA Y ANTISEPSIA; 2- COLOCACION DE CAMPOS QUIRURGICOS; 3- TACTO VAGINAL Y ESPECULOSCOPIA, PINZAMIENTO DE CERVIX; 4- LEGRADO DE CAVIDAD CON LEGRA #4 HASTA LIMPIEZA TOTAL DE CAVIDAD. SE EXTRAEN RESTOS OVULARES NO FETIDOS; 5-NO COMPLICACIONES".

✓ A folio 28 del cuaderno principal obra resultado de patología de fecha **10 de marzo de 2012** en la cual se señala como diagnóstico:

"ENDOMETRIO-LEGRADO-BIOPSIA. RESTOS DECIDUALES".

✓ El **17 de marzo de 2012**, hacia las 11:50 a.m. la señora MONICA CAROLINA ingresó nuevamente al área de urgencias del Hospital Susana López de Valencia, con náuseas y vómito, atendida por medicina general que ordena medicamentos para el dolor, test de embarazo y ecografía HB, entre otros exámenes –fl. 24 C. Ppal. 1-.

Como motivo de consulta se plasmó "*vómito persistente, no tolero ni saliva*".

Y como descripción de enfermedad actual se indicó:

"*paciente femenina, procedente de Popayán labora como impulsadora, con cuadro clínico que inicia hace 4 días con vómito persistente, posprandial inmediato según dice, intolerancia a la vía oral, refiere dolor en hipogastrio y en hipocondrio derecho, tipo punzada, niega síntomas urinarios, niega diarrea, niega fiebre, niega síntomas respiratorios, refiere el 01/03/2012 tuvo un legrado, y estos síntomas ella los refiere "como si siguiera embarazada" está planificando con ACO*" –fl. 225 C. Ppal. 2-.

A folio 226 reverso C. Ppal., obra evolución de historia clínica de ese 17 de marzo de 2012, firmada por medicina general, en donde se consignó al egreso 02:03 p.m.:

"*PACIENTE FEMENINA, EN PLENO USO DE FACULTADES MENTALES, QUIEN SE NIEGA PERMANECER EN LA INSTITUCION Y RECIBIR MANEJO MEDICO PROPUESTO, ARGUMENTA QUE TIENE UNA HIJA PEQUEÑA ENFERMA Y QUE NO HAY QUIEN LA VEA, SE LE EXPLICAN RIESGOS DE ESTA DECISION Y SE LE EXPLICA QUE AL FIRMAR ALTA VOLUNTARIA EXIME DE CUALQUIER RESPONSABILIDAD SOBRE COMPLICACIONES, RIESGOS EN SU ESTADO DE SALUD AL PERSONAL DE SALUD QUE LA ATIENDE Y AL HOSPITAL, PARA CONSTANCIA FIRMA ALTA VOLUNTARIA EN FISICO*" (Hemos resaltado).

- ✓ A folios 31 y 32 del C. Ppal. obra ecografía trasvaginal realizada por médico ginecólogo el **27 de abril de 2012** en el Centro de Diagnóstico Perinatal, quien plasmó como evaluación uterina de la señora MONICA MONCAYO, entre otras cosas, lo siguiente:

"(...) A NIVEL DE CUERNO DERECHO SE OBSERVA SACO GESTACIONAL ÚNICO DE CONTORNOS REGULARES BIEN IMPLANTADO DE 82mm. TÓNICO EN CUYO INTERIOR SE VISUALIZA EMBRIÓN UNICO VIVO, ACTIVIDAD CARDIACA PRESENTE, VISIBLE Y REGULAR CON MODO B Y M, FCF: 171 LATIDOS POR MINUTO".

Como opinión del médico ginecoobstetra tratante se consignó:

"EMBARAZO APARENTEMENTE CUERNAL DERECHO; BIOMETRIA PARA 13 SEMANAS 5 DIAS; FECHA PROBABLE DE PARTO 28 DE OCTUBRE DE 2012; REQUIERE ESTUDIO ECOGRAFICO DETALLADO PARA EVALUACION DE IMPLANTACION DE GESTACION" (Hemos resaltado).

- ✓ A folio 81 obra epicrisis de la clínica La Estancia, de **30 de abril a 5 de mayo de 2012**, en donde se evidencia como evolución de la paciente:

"Paciente de 25 años, G2P1 FUM 19 de febrero de 2012 remitida de Coomeva, antecedente de legrado obstétrico el 01 de marzo de 2012, trae ecografía que muestra embarazo de 13 semanas + 5 días aparentemente cornual derecho al examen físico hemodinámicamente estable, con dolor a la palpación de flanco y fosa iliaca derecha, útero aumentado de tamaño sin sangrado vaginal. Se le toma ecografía que reporta embarazo de localización a establecer puede ser ectópico abdominal, se solicita resonancia nuclear magnética. La resonancia muestra embarazo de localización no uterina la paciente desarrolla dolor abdominal intenso e hipotensión, palidez, diaforesis, el 01 de mayo de 2012 es llevada a laparotomía encontrando embarazo cornual roto con sangrado activo profuso y hemoperitoneal 2500 cc se le practica histerectomía. En posquirúrgico requiere transfusión de hemoderivados (glóbulos rojos y plasma) y se traslada a unidad de cuidados intensivos por choque hipovolémico, acidosis y desequilibrio electrolítico (...) se da de alta el 05 de mayo de 2012". (Hemos resaltado).

- ✓ A folios 23 a 44 del cuaderno de pruebas obra en medio magnético y físico, copia de la historia clínica de la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, remitida por el Hospital Susana López de Valencia E.S.E..

- ✓ A folios 49 y 50 del cuaderno de pruebas obra certificación sobre la disponibilidad del valor asegurado en la póliza de seguro n°. 1001242, vigente del 2 de enero de 2013 al 2 de enero de 2014, tomada por el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. y remitida por la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

- ✓ Prueba pericial. A folios 117 a 127 obra el Informe Técnico elaborado y remitido por la Universidad Nacional de Colombia, basado en la historia clínica de la paciente MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS.

Allí, el médico perito ginecoobstetra señaló que según resultado del ultrasonido vaginal (ecografía) del 1º de marzo de 2012, prueba de

embarazo positiva y sangrado vaginal de 12 días, el diagnóstico *más aproximado* sería aborto incompleto.

Que frente al diagnóstico de aborto incompleto se le realizó legrado uterino, procedimiento indicado desde la perspectiva médica que consiste en limpiar la cavidad uterina de restos ovulares.

Refiere también, que para el 1º de marzo de 2012 la paciente presentaba aproximadamente 2 semanas y unos días de embarazo (edad menstrual que es distinta de la edad gestacional biológica), siendo que generalmente en ultrasonido se logra visualizar algún signo de embarazo después de cinco (5) semanas de edad menstrual.

Que el examen ecográfico realizado en el Centro Diagnóstico Perinatal el 27 de abril de 2012 arrojó como resultado saco gestacional único de contornos regulares bien implantado de 82 mm a nivel de cuerno derecho, visualizando embrión único vivo, actividad cardíaca presente, visible y regular. Además que la edad gestacional del feto a esa fecha era de 13.5 semanas.

Continuó señalando que la paciente es valorada el 30 de abril de 2012 en COOMEVA EPS y remitida de urgencia a la clínica La Estancia, con diagnóstico de embarazo ectópico por los hallazgos de la ecografía atrás referida, allí se ordenó hospitalización hasta establecer mediante resonancia nuclear la localización del embarazo.

En este dictamen se indica que,

"(...) se presenta un embarazo ectópico de cada 80 embarazos, este diagnóstico es frecuente, generalmente las pacientes consultan por dolor pélvico, retraso menstrual y sangrado genital. Se realiza una prueba de embarazo cualitativa o cuantitativa, sale positiva y se realiza ultrasonido trasvaginal cuyo signo más definitivo es encontrar la cavidad uterina vacía y visualizar una imagen compatible con la masa anexial, ovárica o abdominal. También, es importante analizar cada caso de acuerdo al momento evolutivo del embarazo ectópico. Esta patología tiene varias expresiones clínicas: Estar la paciente asintomática en el caso del embarazo ectópico No Roto. Estar la paciente gravemente enferma con hipotensión severa y anemia en el caso del Embarazo Ectópico Roto. Estar la paciente con un cuadro clínico insidioso y poco grave en el caso del Embarazo Ectópico Organizado y a veces el Embarazo Ectópico es de resolución espontánea en los casos que ocurre Aborto Tubárico.

De esta manera el protocolo médico para detectarlo es: Siempre sospecharlo en toda paciente con vida sexual activa, durante la edad reproductiva y buscarlo en todos los casos de Dolor Pélvico, retraso menstrual o alteración menstrual. Si la prueba de embarazo es positiva realizar ecografía Trasvaginal que debe mostrar signos importantes cuando la concentración de la hormona propia del embarazo, la Gonadotropina Coriónica está por encima de 1500 uU/mL (Resaltamos).

El perito precisó que la paciente había consultado por dolor abdomino-pélvico,

"siempre el embarazo ectópico hace parte del diagnóstico diferencial, sin embargo, el 29 de febrero no había suficientes elementos para sospechar el Embarazo Ectópico, el 17 de marzo vuelve a consultar por dolor abdominal, se le intenta realizar la secuencia diagnóstica bien indicada de acuerdo a la página

19/42, solicitan: Embarazo prueba cualitativa, Cuadro hemático, Parcial de orina, amilasa sérica, eco hígado y vías biliares. Es probable que en esta nueva valoración de Urgencias al encontrar la prueba de embarazo positiva persistentemente a pesar del legrado realizado 17 días antes se hubiera realizado la secuencia para el diagnóstico de Embarazo Ectópico. Es lamentable que en la página 20/42, la paciente decide firmar el ALTA VOLUNTARIA y vuelve a consultar a los 40 días cuando ya el Embarazo Cornual estaba muy avanzado" (Resaltamos).

El perito señaló que para el 1º de mayo de 2012, realizada la resonancia magnética la señora es encontrada con deterioro agudo del dolor abdominal, hipotensión, sudorosa, se le realiza laparotomía exploratoria, aparece un síndrome anémico agudo, se rompe el embarazo cornual, se le controla el sangrado agudo y se realiza histerectomía total abdominal, transfunden a la paciente y la pasan en el posoperatorio inmediato a Cuidado Intensivo.

Explicó que la Histerectomía Total Abdominal realizada a la señora MÓNICA CAROLINA fue el procedimiento realizado para solucionar el sangrado profuso activo de la ruptura del embarazo cornual. Que la histerectomía consiste en retirar la totalidad del útero, retirando todo el órgano incluido el cuello uterino, está indicada cuando ocurre el estallido cornual de un embarazo localizado en uno de los dos cuernos uterinos y se requiere su realización porque ocurre una Ruptura Traumática del Útero, siendo el único recurso para evitar la muerte inminente de una paciente en shock hipovolémico.

De otro lado, afirmó que el embarazo ectópico tiene tratamiento, dependiendo del momento evolutivo de la patología se puede realizar tratamiento médico o tratamiento quirúrgico:

"Cuando el Ectópico no está roto y cumple ciertos criterios específicos se puede dar tratamiento con Metrotexate o tratamiento quirúrgico conservador realizando un procedimiento quirúrgico que no incluye retirar la trompa. Acá se puede realizar una intervención denominada Salpingostomía.

Cuando está roto, siempre amerita un tratamiento Quirúrgico urgente, que puede ser realizado por Laparotomía y siempre incluye retirar el Ectópico, lo más frecuente es realizar Salpingectomía (extraer la trompa enferma).

Cuando el ectópico es cornual, la mayoría de las veces hay que realizar Histerectomía, porque el diagnóstico es tardío, el embarazo se rompe más tarde que el Ectópico de las otras porciones de la trompa, y por el tamaño de la masa es imposible conservar el útero".

Puntualizó también que el 1º de marzo de 2012 estaba indicada la salida del hospital una vez realizado el legrado, fecha para la que no se estaba sospechando el ectópico. La salida implicaba un seguimiento para revisar la patología pero esta consulta no está registrada de manera específica. Que la paciente continúa grave y:

"re consulta el 17 de marzo, este hubiera sido el momento de precisar el diagnóstico con la persistencia de la prueba de embarazo persistentemente positiva. Acá, la paciente pide ALTA VOLUNTARIA. Quizás al realizar más exámenes en este momento, se hubiera evitado la histerectomía. Cuando ya se detectó un embrión de 75 mm la Histerectomía era inevitable. Al realizar la laparotomía y encontrar la deformidad del cuerno así no se hubiera roto, era muy difícil preservar o conservar el útero. Por el tamaño del saco la reconstrucción uterina era imposible".
(...)

"La histerectomía no está relacionada con envejecimiento prematuro. (...) Hormonalmente la paciente no fue comprometida. La histerectomía tiene como consecuencia la pérdida de la función reproductora o reproductiva".

Y finalizó concluyendo:

"Revisando la historia clínica, hablar de error diagnóstico es inapropiado. Creo que más un error diagnóstico hubo circunstancias fortuitas que ensombrecieron el desenlace final, específicamente relacionadas con el seguimiento poslegrado (sic). Más que un error, es un caso complejo de diagnóstico difícil, que amerita un tratamiento agresivo por la localización rara del Embarazo ectópico. No existe en la Medicina Moderna ninguna conducta tendiente a evitar o prevenir el Embarazo Cornual y sus secuelas clínicas. Este embarazo es potencialmente mortal, si se rompe estando la paciente en su domicilio, probablemente el desenlace hubiere sido fatal. (...) la secuela inherente a la Histerectomía es la esterilidad definitiva. (...) no puede tener más hijos frutos de embarazo natural".

- ✓ Prueba testimonial: Con el objeto de demostrar las relaciones de afecto y convivencia del grupo familiar de la afectada MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, se recibieron los siguientes testimonios:

- LUZ YANCI GOMEZ GAMBOA:

Condensando, manifestó conocer hacía aproximadamente 25 años a la señora Mónica Carolina Moncayo Bolaños y a su grupo familiar, señalando los nombres de la madre, del esposo, de la hija y de los hermanos de esta. Afirmó constarle la convivencia de pareja de 8 años con el señor William Alfredo Certuche.

Aseguró que la señora MONICA CAROLINA le comentó que quería ser nuevamente madre y que este era el querer también de su esposo, razón por la cual el suceso presentado los había afectado profundamente. Además de una cicatriz que cataloga como "horrible", indicó que aquella sufre episodios de llanto porque está impedida para tener bebés nuevamente.

También refirió que la señora MONICA CAROLINA duró más de un año en tratamiento psicológico y contó y cuenta con el apoyo de su grupo familiar. Respecto del retiro voluntario del hospital, por tener la hija enferma, señaló no tener conocimiento de quien cuidaba la niña.

- NORA JIMÉNEZ CHITO:

En síntesis manifestó ser vecina desde hacía 7 años de la señora MONICA CAROLINA y conocer a su esposo y a su grupo familiar, afirmando que todos conviven bajo el mismo techo. Expresó que aquella se afectó y lloraba mucho por la situación vivida que la dejó sin posibilidad de procrear, encontrándose en tratamiento psicológico.

- FRANCISCO RUBÉN PLAZA ARRIETA:

Dijo conocer a la señora MONICA CAROLINA y a su grupo familiar, conformado por madre, esposo, hija y hermanos, quienes conviven bajo el mismo techo; y tener conocimiento de la expectativa de ella de tener otro bebé, por lo que ante el suceso presentado ha debido recibir tratamiento psicológico.

El testigo manifestó no tener conocimiento de la razón por la cual, pese a que la señora MONICA CAROLINA tenía el anhelo de procrear nuevamente, se encontraba planificando para la época de los hechos.

- ✓ Otros testimonios. Con el objeto de esclarecer las circunstancias que rodearon la aparente falla del servicio prestado a la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, antecedentes concomitantes y posteriores a los hechos, se recaudaron las siguientes declaraciones:

- JOSÉ ANTONIO GUZMÁN URBANO. Ginecólogo que realizó el legrado a la paciente el 1º de marzo de 2012 en el Hospital Susana López de Valencia E.S.E..

Prevía revisión de la historia clínica, manifestó que a la señora MONICA CAROLINA se le diagnosticó, por cumplir los criterios, aborto incompleto con respaldo en los síntomas y resultados de los exámenes realizados en ese momento, razón por la cual se decidió hacerle legrado.

Explicó que es un DIU y detalló el resultado de la ecografía trasvaginal, indicando que mostraba restos ovulares con un espesor de 17 mm, es decir engrosado, por lo que por protocolo en la institución a todos los espesores menstruales por arriba de 15 mm los llevan a legrado para prevenir que la paciente siga sangrando y se pueda choquear o infectarse.

Afirmó que en la especialidad de ginecología, el embarazo ectópico es un diagnóstico difícil, y que en el primer momento que se vio a la paciente no había signos claros en la ecografía que diera muestras de este. Sin embargo acentuó que dicho diagnóstico no se descarta porque las gestaciones tempranas a veces se catalogan como embarazos de localización desconocida, pueden estar dentro de la cavidad uterina o en una parte externa como las trompas, los ovarios.

Señaló que los médicos generalmente hacen seguimiento a las pacientes en los embarazos tempranos: después que se hace el legrado, los restos se envían a patología y se cita a la paciente en 15 días con el resultado a efecto de confirmar el embarazo incompleto, caso en el cual cesa el procedimiento, pero si la patología muestra una **decidua o decidualización** que es una reacción del embarazo ectópico, se debe realizar una nueva ecografía para establecer realmente la existencia del embarazo ectópico.

Explicó que cuando una mujer se embaraza se liberan una serie de hormonas, que son los estrógenos y la progesterona, y eso hace que se estimule la parte interna de la matriz que se llama el endometrio, esta progesterona es como una preparación del endometrio, para anidar ese óvulo que se ha fecundado y se logre seguir en el proceso del embarazo normal. Por ello la presencia de **decidua** significa que hay un embarazo.

Aclaró que la paciente nunca tuvo una endometritis prouperal y que a ella se le hizo un legrado obstétrico, procedimiento bajo anestesia, en el cual se hace,

"(...) limpieza externa del área genital de la vulva, posteriormente introducen un espéculo luego se hace la limpieza interna del cuello de la vagina también con

soluciones yodadas antisépticas para evitar la infección, posteriormente se pinza el cuello del útero y se introduce un aparato que se llama legra, que es como una cucharilla con la cual uno raspa, extrae todo el material que queda de los restos de los embarazos o la decidua, eso se manda a patología después de que se hace esto uno rotula y se hace la orden para que se envíe a patología, posteriormente se hace un masaje uterino para que el útero se contraiga y se vigila el sangrado de la paciente. Una vez se sale del quirófano la paciente pasa a una sala de recuperación donde es monitorizada en sus signos vitales y una vez la paciente está estable, a la paciente se le da salida a la casa con antibióticos y anticonceptivos y con la orden y recomendación de presentarse a un control por la consulta externa en 15 días. Ese es el protocolo que tenemos en el hospital”.

Señaló que el 17 de marzo de 2012 la señora MÓNICA CAROLINA consultó porque presentaba un cuadro de vómito persistente, intolerancia vía oral y a la saliva, dolor en el hipogastrio tipo punzado, y le puso de presente a la médica el legrado realizado el 1º de marzo, manifestando además que esos síntomas eran como si siguiera en embarazo. Aclaró que la paciente acudió al servicio de urgencias de adultos, no a servicios de urgencias de ginecología, y aunque están es un mismo piso son dos servicios diferentes. De la lectura de la historia clínica, también destacó que,

“(…) en los exámenes físicos los signos vitales están estables y la médica hace una impresión diagnóstica de náusea y vómito, otros dolores abdominales y los no especificados gastritis no especificada, cálculo en la vesícula biliar con otra colecistitis le colocan líquidos le ponen un medicamento para el vómito ranitidina que es un medicamento para la gastritis y le piden unos exámenes, dentro de esos un cuadro hemático es decir un hemograma, un examen de orina, una fosfatasa alcalina, una amilaseamia, una ecografía hepatobiliar y un test de embarazo y coloca que hay que revalorar nuevamente con los exámenes, hay una nota hecha por la misma doctora que la atiende a las 11:50 de la mañana en la cual dice paciente femenina en pleno uso de sus facultades mentales quien se niega a permanecer en la institución y recibir manejo médico propuesto argumenta que tiene una hija pequeña enferma y que no hay quien la vea, pero implica riesgos de esta decisión, y se le explica que al firmar el acta de voluntad se exime de cualquier responsabilidad de complicaciones riesgos en su estado de salud al personal de salud que la atiende y al hospital y para constancia firma alta voluntaria en físico”.

Puntualizó que en la primera ecografía trasvaginal no se detectó el embarazo ectópico porque en ese momento la gestación era temprana, que si a la paciente en la cita posterior que se le dio en el hospital,

“(…) se le hubiese practicado los exámenes pertinentes en el control, muy posiblemente se hubiera podido identificar ese embarazo ectópico más tempranamente y no haber esperado hasta el 27 de abril que es donde le hacen el diagnóstico del embarazo cornual. Las gestaciones tempranas, vuelvo e insisto son muy difíciles a veces de ubicar, por eso el diagnóstico de localización de embarazo o gestación de embarazo de gestación desconocida cuando uno no logra evidenciar exactamente dónde está con la ecografía mirándola retrospectivamente cuando consultó al Susana evidentemente no se visualizaba el embarazo ectópico”.

Refirió que el embarazo ectópico se diagnostica con la historia clínica de la paciente,

“(…) se interroga sobre los antecedentes, la fecha de la última menstruación, los métodos de planificación, la ecografía trasvaginal, en la actualidad en casi en la mayoría de los protocolos se toma la cuantificación de una hormona gonadotropina coriónica subunidad beta, que es una tecnología novedosa, que nos ayuda a dictaminar tempranamente los embarazos ectópicos, pero que tal

vez en esa época no la teníamos disponible, y la historia clínica y el seguimiento tanto con los niveles Beta como con la ecografía trasvaginal”.

En cuanto al legrado, afirmó que en su momento tuvo su beneficio en el sentido que en el contexto del diagnóstico inicial de la señora MÓNICA CAROLINA evitó que sangrara, se choqueara, se previno la infección, lo cual resultó relevante porque la paciente puede morir y para eso se hace el seguimiento, se cita a control para observar la evolución, ver el resultado de la patología y determinar si es necesario cambiar la conducta respecto de la paciente y eso fue lo que se hizo.

Manifestó que por protocolo del hospital, se tienen establecidas unas indicaciones de salida, en ellas se formulan los medicamentos que para el caso de la paciente fueron antibióticos para prevenir infecciones, anticonceptivos, y que siempre se les da una cita en 15 días por consulta externa para mirar los resultados y se hace énfasis en los signos de alarma para que en caso de que se presenten consulte inmediatamente al servicio de urgencias, y que conforme a la historia clínica a la paciente se le dieron esas indicaciones, pero no se presentó al control.

Finalmente concluyó que si la señora MONICA CAROLINA el 17 de marzo de 2012 no hubiere solicitado alta voluntaria habría sido posible establecer el diagnóstico porque al hacer los exámenes muy probablemente se hubiera identificado el embarazo cornual; que a causa de la decisión de la paciente de abandonar el hospital no se pudo hacer el diagnóstico a tiempo, cambiando la secuencia de ese embarazo ectópico.

✓ PABLO CESAR LÓPEZ MOLINA (médico). Frente a la pregunta de si con el resultado de la ecografía trasvaginal era posible detectar un embarazo ectópico, respondió que precisamente se pide ese examen para descartarlo, pero cuando los embarazos son muy tempranos, ni así puede tenerse certeza que sea o no un embarazo ectópico.

✓ FERNANDO ANDRÉS CAICEDO ZÚÑIGA (médico). Luego de explicar en qué consiste un embarazo cornual, señaló que la paciente consultó dos veces en el Hospital Susana López de Valencia: la primera fue el ingreso en el servicio de ginecoobstetricia y una segunda atención 17 días después en el servicio de urgencias adultos que es una dependencia no relacionada con el embarazo.

Afirmó que para el 29 de febrero de 2012, con los hallazgos iniciales era supremamente difícil sospechar un embarazo ectópico, con más razón puesto que los hallazgos que allí se consignan son mucho más cercanos a un aborto incompleto. De acuerdo con la historia clínica digital que reposa en el HSLV, dijo:

"está escrito de indicación de salida que el doctor Guzmán, colega que realizó el procedimiento indicaba que debería presentarse por consulta externa 15 días después del procedimiento para la revisión respectiva de los restos que en cavidad uterina se reportaron como restos heterogéneos, aparte de que se le formula un analgésico, un antibiótico para evitar infecciones y un anticonceptivo con fines de que la señora cicatrice bien su endometrio, reduzca el sangrado que puede producir debido al procedimiento por el aborto en sí y que no se embarace entre los próximos tres meses”.

Y que aunque la paciente no consultó para la fecha que se le había indicado, en la valoración del 17 de marzo ella informó que estaba tomando los anticonceptivos orales, tal cual se le había ordenado en la orden de salida.

Asimismo señaló que pese a la realización de un legrado es factible continuar en embarazo, porque **el diagnóstico final de un legrado se da es con el resultado de patología**, pero lastimosamente la paciente no cumplió la cita ordenada y en ese contexto era difícil poder intervenir antes, o al menos sospechar el ectópico. Entonces, que de acuerdo con el reporte de ecografía que mostraba una cavidad con restos se concluía un diagnóstico de aborto incompleto; que en el evento que se hubiere evidenciado una cavidad uterina vacía asociada a alguna estructura anormal exterior de inmediato la medida habría sido descartar embarazo ectópico.

Al interrogante de por qué no se detectó el saco embrionario, respondió que la razón es porque se presume destruido, sin embargo se dejó abierta la posibilidad de que pudiera ser otra cosa y por ello se citó a la paciente en 15 días con el resultado de patología.

✓ AMALFI SOCORRO ORDÓÑEZ (médica radióloga). Definió el embarazo cornual e indicó que generalmente se diagnostica a partir de las 7 u 8 semanas. Asimismo afirmó que era imposible desde el punto de vista ecográfico sospechar un embarazo ectópico para la fecha de la primera atención médica.

Refirió que siempre que llega una paciente con sangrado al servicio de urgencias debe sospecharse un embarazo ectópico, pero que los médicos radiólogos no pueden poner en el informe cosas que no evidencia la ecografía, incluso se reporta el material existente como heterogéneo, pues tampoco se puede determinar si corresponde a decidua, coágulos o restos ovulares.

2.5.2.- Marco jurídico de la responsabilidad del Estado.

Conforme al artículo 90 constitucional son dos los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado: el daño antijurídico y la imputación de éste al Estado.

Sobre este particular ha dicho el Consejo de Estado⁶:

"Nunca, hasta 1991, nuestro ordenamiento jurídico había consagrado un precepto constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que recogiera tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como la extra contrato; tal cosa ocurrió con el artículo 90 de la Constitución Política vigente, de cuyo inciso primero, se deduce, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado". (Hemos destacado).

El daño antijurídico ha sido definido por la doctrina española, particularmente por el profesor Eduardo García de Enterría, y a su vez el concepto ha sido apropiado por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación número: 10948-11643.

En este punto, se verificará primero, la existencia del daño antijurídico como requisito *sine qua non* de la responsabilidad estatal, ya que sin éste no tendría sentido abordar el análisis de un juicio de imputación al Estado.

El Consejo de Estado⁷ ha definido el daño antijurídico presentando sus diferentes alcances o expresiones, las cuales vale la pena citar, por cuanto hace un manejo de la figura desde su propia definición y a su vez, lo enmarca dentro de los más altos postulados propios de nuestro ordenamiento constitucional, así:

"El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima". Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración".

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución".

Según lo expuesto, para que el daño sea catalogado como antijurídico en nada influye la conducta del agente o entidad causante del daño; la antijuridicidad de la lesión deviene de la ausencia de título legal que imponga a quien padece el daño la obligación de soportarlo, un daño pues, será antijurídico, si quien lo sufre no estaba jurídicamente obligado a cargar con sus efectos nocivos, independientemente de que el mismo haya sido causado de manera lícita o ilícita, por una conducta diligente y cuidadosa o imprudente o descuidada; ora contrariando un deber de actuar, ora dando cumplimiento a un mandato legal.

Para el caso concreto, encontramos que el daño sufrido por el grupo actor se encuentra demostrado, en la medida que la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS fue sometida a un procedimiento de histerectomía.

Ahora bien, la existencia y verificación de ese daño antijurídico es un requisito indispensable más no suficiente para derivar la responsabilidad del Estado, pues

⁷ Consejo de Estado- Sección Tercera- sentencia de 27 de febrero de 2013- Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicación número: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334).

tal como se expuso en párrafos precedentes, el artículo 90 de la Carta impone al operador jurídico determinar si el mismo resulta imputable a una autoridad pública.

Sobre el título de imputación bajo el cual se debe analizar la responsabilidad administrativa en asuntos de responsabilidad médica, recuérdese que, en relación con la carga de la prueba en asuntos relacionados con responsabilidad médica, la Corporación aplicó en un principio el régimen de falla probada⁸, consistente en que era del resorte de los accionantes demostrar el supuesto error médico que causó el daño antijurídico, criterio jurisprudencial que fue revaluado para adoptar la falla presunta según la cual, correspondía a los demandados acreditar que la atención brindada al paciente era adecuada para tratar las patologías padecidas so pena de declarar la responsabilidad extracontractual del Estado⁹.

Ulteriormente, esa postura fue variada para acoger la de la carga dinámica de la prueba, que consiste en que debe probar la desatención del servicio de salud la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo¹⁰. Sin embargo, ese criterio no se mantuvo, pues desde el año 2006 la Corporación volvió a arrojar el régimen de falla probada en los asuntos de responsabilidad médica, que implica que a los demandantes es a quienes les corresponde demostrar irregularidades en la prestación del servicio de salud¹¹.

Actualmente el título de imputación es la falla probada del servicio. Al respecto el Consejo de Estado¹² ha señalado en su jurisprudencia:

*"En lo que tiene que ver con la imputación del daño, la Sala considera pertinente precisar que en el asunto sub judice, el **régimen de responsabilidad** bajo el cual se deben analizar las obligaciones resarcitorias que eventualmente existan a cargo del Estado, **es el de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como se ha reiterado**¹³, en el sentido de precisar que "... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ...deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta..."¹⁴." (Negritas del texto).*

En complemento de lo anterior, sobre el régimen de la carga de la prueba, en la misma providencia dijo:

"En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios y además, se ha precisado que "la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica debida no es suficiente para imputar al Estado

8 Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, C. P. Carlos Betancur Jaramillo, número interno 6253.

9 Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 24 de octubre de 1993, C. P. Gustavo de Greiff Restrepo, número interno 5902.

10 Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, C. P. Alier Hernández Enríquez, número interno 11878.

11 Consejo de Estado- Sección tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2014, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 05001-23-31-000-1999-03218-01.

12 Consejo de Estado- Sección Tercera- sentencia de 28 de septiembre de 2012- Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth.

13 Ver, entre otras las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 31 de agosto de 2006, exp. 15.238, de 30 de noviembre del mismo año, exp. 15201, la proferida en la misma fecha dentro del exp. 25063; y la de 23 de abril de 2008, exp. 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que esa actuación fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño...; se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente”¹⁵.” (Hemos destacado).

De acuerdo con el actual precedente jurisprudencial sobre el título de imputación aplicable y la carga de la prueba: (i) Los litigios sobre falla médica se deben resolver bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, esto es, falla probada; (ii) La carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad administrativa recae sobre la parte demandante; (iii) Es posible acudir al medio probatorio de los indicios para probar los elementos de responsabilidad y (iv) la sola demostración de las actuaciones u omisiones de la prestación médica debida no es suficiente para imputar daños al Estado.

Por su parte, sobre el derecho a recibir un servicio oportuno y eficaz en salud, la máxima Corporación ha dicho en jurisprudencia reiterada, lo siguiente¹⁶:

"Ahora, la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se cause un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyan en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio. La Sala, en jurisprudencia que se reitera, ha considerado que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo (...). En síntesis, el Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven por la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que la prestación asistencial no le fue brindada al paciente de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos científicos de los que deben disponer las entidades médicas estatales, de acuerdo con su nivel de complejidad, o no se remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, porque esas fallas vulneran su derecho a la salud". (Hemos destacado).

Y más precisamente sobre la pérdida de oportunidad, ha dicho lo siguiente¹⁷:

"(...) cuando se quebranta el interés jurídico de recibir un beneficio o evitar un riesgo, es decir, cuando está acreditado que la falla en la prestación del servicio de salud representó una pérdida de oportunidad para el paciente, esta última constituye una modalidad autónoma de daño susceptible de ser indemnizado. Sobre el particular ha dicho la Sala:

(...) la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se

15 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

16 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio- Radicación 17001-23-31-000-1996-08017-01 (20502).

17 Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2013- Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, radicación número: 18001-23-31-000-1999-00124-01(26406).

habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial¹⁸; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio - material o inmaterial- para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba¹⁹, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento... Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado²⁰”.

2.5.3.- Marco jurídico de amparo de los derechos de las mujeres.

En las últimas décadas, a nivel global, las mujeres vienen siendo empoderadas en sus derechos debido a la reflexión sobre las desventajas sociales históricas que han padecido.

La preocupación de muchos Estados y sus organizaciones sociales ha permitido avanzar frente a los derechos de las mujeres, logrando que sus derechos sean reconocidos como derechos humanos y existan herramientas jurídicas para su protección, tanto en el ordenamiento internacional como en el interno.

Basta una lectura de los artículos 13, 43, 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, para concluir que a nivel interno el constituyente consagró una protección especial y reforzada a favor de la mujer, y que por virtud del bloque de constitucionalidad resultan de obligatoria observación los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República que les reconoce a las mujeres sus derechos humanos.

La Constitución Política, en los artículos 13 y 43, impone una carga obligacional de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, creando garantías para los grupos discriminados o marginados, como lo han sido las mujeres a través de la historia:

"ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza,

18 [2] MAYO, Jorge, "El concepto de pérdida de chance", en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

19 [3] En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño "lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *acere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio" (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

20 [4] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

“ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

En la Carta de 1991 se refleja esa necesidad de proteger a la mujer, muy especialmente a la mujer grávida, muy a tono con la protección que prevén las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las que integran el bloque de constitucionalidad, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en adelante CEDAW por sus siglas en inglés, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “*Convención de Belem do Para*”, normatividad que exhorta a respetar la dignidad de las mujeres, propugna para ellas una igualdad real y efectiva, incluyendo de manera expresa el trato en el sector salud, tal y como más adelante se indicará.

Así, además de otros muchos desarrollos legales, en el año 2008 se profiere la Ley 1257 que reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y consagró que los derechos de las mujeres son derechos humanos, remitiéndose en forma especial a la CEDAW y a la Convención de Belém do Pará.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado mediante la Ley 74 de 1968, reserva para los Estados Partes obligaciones para las mujeres gestantes:

“Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

(...)

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. (...)”

La Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, ratificada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972, consagra que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna. Respecto del ámbito de la atención en el servicio de salud, contiene la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, que de acuerdo con su Intérprete autorizada, implica que los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en la prestación de tales servicios:

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (...)”

"Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (...)"

La CEDAW, aprobada e incorporada en la legislación interna mediante Ley 51 de 1981, es de gran importancia en la historia de la reivindicación de los derechos de las mujeres al constituirse en el primer instrumento internacional que se refiere exclusivamente a estos derechos y en definir el concepto de igualdad y no discriminación contra las mujeres. Sobre el servicio de salud indica:

"Artículo 12.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia" (Hemos destacado).

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "*Convención de Belem do Para*", fue aprobada e incorporada a nuestra legislación mediante la Ley 248 de 1995; allí se define el concepto de violencia contra la mujer y los escenarios en los que puede tener lugar, además de otros muchos aspectos:

"Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

*Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:
(...)*

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y (...)

Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; (...)" (Hemos destacado).

Continuando con el estado del arte de los derechos de las mujeres, tenemos que la Recomendación General 24 adoptada en 1999 evidenció que la violencia por motivos de género afecta gravemente la salud de las mujeres, señalando que los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para

garantizar el acceso a servicios de atención médica de calidad, conceptuando que son aceptables si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas; que las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informada por personal calificado de sus opciones médicas, incluidos los beneficios y efectos negativos de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.

La Comisión IDH en su informe de 2011, sobre el acceso a la información en materia reproductiva, abordado desde una perspectiva de derechos humanos, recordó que la CADH consagra expresamente en su artículo 13 el acceso a la información, interpretado por la Corte IDH en el caso Claude Reyes y otros vs Chile como un derecho humano, el cual está vinculado con la realización de otros derechos humanos. Por tanto, la falta de respeto y garantía de ese derecho puede afectar a las mujeres de manera importante, relevante en el ámbito de la salud y específicamente en el área de la sexualidad y la reproducción, pues es base para adoptar decisiones libres y fundamentadas que garanticen el derecho a vivir libre de violencia, surgiendo en esta materia una obligación oficiosa a cargo del Estado²¹.

El derecho a la salud (y salud sexual y reproductiva), como puede verse, está reconocido por normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, cuya fuerza vinculante en virtud del bloque de constitucionalidad fija una serie de obligaciones al Estado para la efectividad de este derecho, las que para el caso de las mujeres como sujetos de especial protección encuentran una obligación reforzada en la CEDAW y en la Convención de Belém do Pará.

Siguiendo con el mismo hilo, tenemos que la Corte IDH, a través de su jurisprudencia y como intérprete autorizada de la CADH, ha señalado que los derechos de las mujeres son derechos humanos que deben protegerse, haciéndose necesario adoptar por parte de los Estados Partes medidas positivas de protección. En el Caso I.V. vs. BOLIVIA, sentencia de 30 de noviembre de 2016, señaló:

"La Corte ha precisado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la atención en salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto²².

(...)

De este modo, la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en

21 Trabajo de grado Maestría Derecho Administrativo Universidad del Cauca "Evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, entre los años 1991 y 2016, en la aplicación de un enfoque de género y de los estándares de reparación en algunos daños causados a las mujeres", Deissy Ximena Medina López y Zuldery Rivera Angulo, 2017.

22 Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 89 y 99, y Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, supra, párr. 132.

condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia. En materia de salud, el suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna, debe realizarse de oficio, debido a que esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas en dicho ámbito²³.

En esta línea, conforme lo ha reconocido esta Corte, el artículo 13 de la Convención Americana incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole²⁴, lo cual protege el derecho de acceso a la información, incluyendo información relacionada con la salud de las personas²⁵. El derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla²⁶. En este sentido, el personal de salud no debe esperar a que el paciente solicite información o haga preguntas relativas a su salud, para que esta sea entregada. La obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la "obligación de transparencia activa", impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia de atención a la salud, ya que ello contribuye a la accesibilidad a los servicios de salud y a que las personas puedan tomar decisiones libres, bien informadas, de forma plena. Por consiguiente, el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental para lograr la satisfacción de otros derechos de la Convención²⁷.

La salud sexual y reproductiva²⁸ constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación²⁹. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos³⁰. La Corte ha considerado que "la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave [de] la autonomía y la libertad reproductiva"³¹.
(...)

²³ Cfr., *mutatis mutandi*, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, *supra*, párr. 294.

²⁴ Cfr. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64, y Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam, *supra*, párr. 261.

²⁵ Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, *supra*, párr. 294. Véase también, ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

²⁶ Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, *supra*, párr. 77.

²⁷ Cfr. CIDH, Informe sobre Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, 22 de noviembre de 2011, párrs. 25 a 26.

²⁸ La Corte ha adoptado el concepto de salud reproductiva formulado por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrado en El Cairo en 1994, como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos". En consecuencia, "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos". Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, ONU A/CONF.171/13/Rev.1, 1994, párr. 7.2. Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica, *supra*, párr. 148. De igual forma, la Corte ha considerado que, de acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que "las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia". Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C., 2007, pág. 151.

²⁹ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 22, *El derecho a la salud sexual y reproductiva*, 2 de mayo de 2016, párr. 5.

³⁰ Artículo 16(e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

³¹ Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica, *supra*, párr. 147.

De esta forma, la Corte estima que los Estados deben garantizar el acceso a la información en temas de salud, sobre todo en relación con la salud sexual y reproductiva³², cuya denegación muchas veces ha significado una barrera para el ejercicio pleno de este derecho y un impedimento para la toma de decisiones de forma libre y plena. Por lo tanto, la Corte considera que, en materia de salud sexual y reproductiva, la obligación de transparencia activa imputable al Estado aparea el deber del personal de salud de suministrar información que contribuya a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y responsables respecto de su propio cuerpo y salud sexual y reproductiva, los cuales se relacionan con aspectos íntimos de su personalidad y de la vida privada y familiar.

(...)

En este marco, cobra relevancia la especial relación entre el médico y el paciente. La Corte nota que esta relación está caracterizada por la asimetría en el ejercicio del poder que el médico asume en razón de su conocimiento profesional especializado y del control de la información que conserva. Esta relación de poder se encuentra gobernada por ciertos principios de la ética médica, principalmente los principios de autonomía del paciente, beneficencia, no maleficencia y justicia. Siendo el médico una persona que actúa también bajo sus propias convicciones y preferencias es plausible que algunas de sus actuaciones puedan entrar en contradicción con los planes de vida de los pacientes.

(...)

La Corte reconoce que la relación de poder entre el médico y la paciente, puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han caracterizado a hombres y mujeres, así como por los estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes que constituyen de forma consciente o inconsciente la base de prácticas que refuerzan la posición de las mujeres como dependientes y subordinadas³³. Al respecto, la Corte ha reconocido que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género³⁴.

Los estereotipos de género se refieren a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente³⁵. En el sector de la salud, los estereotipos de género pueden resultar en distinciones, exclusiones o restricciones que menoscaban o anulan el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, y específicamente, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer con base en su condición.

(...)

La Corte considera, luego de haber llevado a cabo un análisis de diversas fuentes, que los prestadores de salud deberán informar al menos, sobre: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento³⁶.

³² El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hizo un análisis específico en relación con los derechos reproductivos en su informe de 2013 y consideró que “[e]l acceso a la información sobre la salud reproductiva es imprescindible para que una mujer pueda ejercer su autonomía reproductiva, y sus derechos a la salud y a la integridad física”. ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 33.

³³ Cfr. FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las recomendaciones respecto del Riesgo de la estereotipación de la mujer en el cuidado de la salud de 2011, págs. 332 a 336 (2012) y págs. 418 a 422 (2015).

³⁴ Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 268.

³⁵ Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, supra, párr. 401, y Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 180.

³⁶ Cfr. Código de Ética Médica de Núremberg, 1947; Declaración de Helsinki, principios 25 a 27; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principios 3, 7 y 10; ONU, Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, A/RES/46/119, 17 de diciembre de 1991, principio 11.2; OMS, Esterilización femenina: guía para la prestación de servicios, 1993

(...)
Ahora bien, como ya quedó establecido anteriormente, la obtención del consentimiento debe derivar de un proceso de comunicación, mediante el cual personal calificado presente información clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y oficiosa, es decir, información que otorgue los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa. El personal de salud no debe actuar de forma coercitiva o inductiva con el fin de lograr la aceptación del acto médico, con base en el entendido que la opinión médica prima sobre la autonomía y deseos del paciente. Los proveedores de servicios de salud son agentes fundamentales para asegurar que se brinde información adecuada, por lo que la forma como se presenta la información es muy importante porque tanto el personal de salud como el propio paciente pueden tener concepciones preconcebidas del tratamiento, sumado al hecho de que muchas veces existen problemas comunicando ideas entre seres humanos³⁷.

En este sentido, con el fin de que la información pueda ser cabalmente entendida, el personal de salud deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente³⁸, como por ejemplo su cultura, religión, estilos de vida, así como su nivel de educación. Ello hace parte del deber de brindar una atención en salud culturalmente aceptable. La Corte resalta que, desde la Declaración de Helsinki, se estableció la necesidad de "prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada participante potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información"³⁹. De igual manera, la Declaración de Lisboa señala que la información debe ser entregada "de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pudiera entenderla"⁴⁰. Al respecto, la orientación de la información no sólo va dirigida a lo que el médico podría considerar como razonable y necesario compartir, sino que también debería enfocarse en lo que es importante para su paciente. Es decir que la información brindada deberá tener un elemento objetivo y subjetivo. Tomar en cuenta las particularidades de la persona es especialmente importante cuando los pacientes pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión, marginalización o discriminación, relevantes para el entendimiento de la información. A su vez, la Corte considera que, para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo a las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona. Ello constituye una garantía especialmente eficaz para evitar esterilizaciones no consentidas o involuntarias⁴¹.

(expediente de prueba, tomo XIII, anexo 3 a los alegatos finales del Estado, folios 5496 a 5499; 5510 a 5520 y 5530 a 5531); FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las Directrices relativas a un consentimiento bien informado adoptadas en 1995 y reafirmadas y complementadas en 2007, págs. 166 a 167 (2003), págs. 316 a 318 (2012) y págs. 399 a 401 (2015), así como las Consideraciones éticas sobre la esterilización de 1989, 1990, 2000 y 2011, págs. 55 a 57 y 213 a 218 (2003), págs. 436 a 440 (2012) y págs. 537 a 541 (2015); ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, *La mujer y la salud*, 1999, párrs. 20 a 22 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 39 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 2711); Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, artículo 6; ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párrs. 15 y 16; AMM, Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Esterilización Forzada, adoptada por la 63 Asamblea General, Bangkok, Tailandia, octubre de 2012 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 31 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2613 a 2614), y Declaración Interinstitucional de las Naciones Unidas para eliminar la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria, adoptada por la OACNUDH, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF y OMS, 2014 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 25 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2452 a 2454 y 2457).

³⁷ Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párr. 59.

³⁸ Cfr. OMS, Esterilización femenina: guía para la prestación de servicios, 1993 (expediente de prueba, tomo XIII, anexo 3 a los alegatos finales del Estado, folios 5510 a 5520), y FIGO, Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015, las que recogen las Directrices relativas a un consentimiento bien informado adoptadas en 1995 y reafirmadas y complementadas en 2007, págs. 166 a 167 (2003), págs. 316 a 318 (2012) y págs. 399 a 401 (2015), así como las Consideraciones éticas sobre la esterilización de 1989, 1990, 2000 y 2011, págs. 55 a 57 y 213 a 218 (2003), págs. 436 a 440 (2012) y págs. 537 a 541 (2015).

³⁹ Declaración de Helsinki, principio 26.

⁴⁰ Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principio 7.

⁴¹ El TEDH consideró en el caso *V.C Vs. Eslovaquia* que la señora V.C. otorgó su consentimiento durante el trabajo de parto, sólo dos horas y media después de haber ingresado al hospital, y en circunstancias que no le permitieron tomar una decisión libre, luego de haber considerado lo que se encontraba en juego y las implicaciones de su decisión respecto a la esterilización. Cfr. TEDH, Caso *V.C. Vs. Eslovaquia*, No.

(...)

En el ámbito interamericano, la (...) "Convención de Belém do Pará" establece que todas las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia, y que este derecho incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación⁴². Además, señala que los Estados deben "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación"⁴³. En este sentido, la Corte recuerda que **la protección a los derechos humanos**, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar⁴⁴. Para hacer efectiva esta protección, la Corte ha considerado que **no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre**⁴⁵. (...)” (Hemos destacado).

Como consecuencia de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en materia de derechos humanos de las mujeres, en la última década se introdujo la Política Pública Nacional de Equidad de Género mediante documento CONPES SOCIAL 161 de 2013, que desarrolla los "Lineamientos para la política pública nacional de equidad de género para las mujeres" y el "Plan para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias" formulado en el **Plan de Desarrollo 2010-2014**, el cual refleja aspectos centrales de las desigualdades que afectan a las mujeres en Colombia, evidenciando la pertinencia de su tratamiento intersectorial en forma articulada por parte del Estado⁴⁶.

Así, dentro de los seis (6) ejes temáticos del documento se encuentra el de la salud y derechos sexuales y reproductivos⁴⁷, destacando allí que la Organización Mundial de la Salud ha promovido un análisis de la situación sanitaria de los países desde una perspectiva de determinantes sociales⁴⁸, disponiendo en el apartado 2.4. que "Si bien se reconocen avances en estos aspectos, es fundamental para los objetivos de la Política Nacional de Equidad de Género para las mujeres, precisar acciones dirigidas a elaborar y poner en funcionamiento herramientas, programas y procesos para fortalecer el enfoque diferencial de derechos en las condiciones de acceso y la calidad de la atención en los diferentes niveles del sistema de salud y en el ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en todo su ciclo vital". Incluyendo dentro de las acciones indicativas del eje: "Adelantar acciones dirigidas al mejoramiento de las condiciones de acceso a los servicios de salud, con enfoque diferencial de derechos".

18968/07. Sentencia de 8 de noviembre de 2011, párrs. 111 y 117 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 28 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2531 a 2577). De igual forma el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el caso A.S. v. Hungría, concluyó que el lapso de 17 minutos y las circunstancias por medio de las cuales A.S. decidió someterse a la esterilización, no le permitieron brindar un consentimiento libre, pleno e informado. Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A.S. contra Hungría (Comunicación No. 4/2004), CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 de agosto de 2006, párr. 11.3.

⁴² Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, *supra*, párr. 394, y Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, *supra*, párr. 175, ambas citando la Convención de Belém do Pará, preámbulo y artículo 6.

⁴³ Convención de Belém do Pará, artículo 7.a).

⁴⁴ Cfr. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 21, y Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 120.

⁴⁵ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, *supra*, párr. 111, y Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, *supra*, párr. 168.

⁴⁶ <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Paginas/politica-publica-de-equidad-de-genero.aspx>

⁴⁷ <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/Conpes-Social-161-de-2013-Equidad-de-Genero.pdf>, pág. 26.

⁴⁸ Señalando que los "resultados en salud de una persona están determinados por las condiciones de su sexo, lugar de nacimiento, aspectos culturales, sociales, políticos y económicos que se tiene pero a su vez esas condiciones están determinadas por los acuerdos institucionales en estos ámbitos, situación de vital importancia para analizar lo que ocurre con las mujeres desde un enfoque de género".

En ese orden de ideas, en asuntos en los cuales se ventila la posible responsabilidad del Estado por el servicio de salud, el enfoque diferencial de género⁴⁹ se constituye en una herramienta valiosa que de cara a los principios de igualdad y no discriminación, transversales a todos los derechos, permite al juez identificar focos de discriminación en virtud del género.

En lo que atañe a las mujeres, si bien sus derechos al igual que los de los hombres pueden ser infringidos, en algunas ocasiones, los derechos de ellas son violados de maneras en que no lo son los derechos de los hombres, y suelen estar referidos a la vida sexual y reproductiva de las mujeres⁵⁰. De ahí que se haga imprescindible en litigios sobre posible responsabilidad del Estado originada en el servicio de salud de las mujeres, que su abordaje se haga desde un enfoque de género, siguiendo las variables indicadas por la CNGRJ⁵¹.

3.- Juicio de responsabilidad del Estado.

Aterrizando al caso en concreto y de cara a realizar el análisis del asunto, empezaremos por hacer una relación sucinta de los supuestos fácticos, los cuales se centran en la inconformidad de los demandantes con la prestación del servicio de salud recibido por la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS al no sospecharse por los médicos tratantes el embarazo ectópico en las consultas del servicio de urgencias, que condujo a la práctica de un procedimiento médico esterilizante.

Según su dicho, la atención brindada no fue la adecuada, ya que de acuerdo a la sintomatología que presentaba la paciente y conforme a los exámenes practicados, debió sospecharse de la existencia de un embarazo ectópico, aplicarse el respectivo protocolo de atención para esa condición, y de esta manera evitarse la histerectomía practicada.

Por lo anterior, el extremo activo de la litis reclama la declaratoria de responsabilidad del Hospital Susana López de Valencia E.S.E. por una aparente prestación ineficiente del servicio de salud a la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, de quien se predica una afectación a la salud de manera permanente, esto es, la pérdida de la función reproductora.

En este escenario pasamos a decidir.

Partiendo del hecho que se debate una posible falla en el servicio de salud de una mujer grávida, es necesario determinar si se trata o no de un tema de género y con ello establecer las implicaciones sobre los derechos humanos de la afectada.

Así, dentro de las variables señaladas por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial –CNGRJ- para establecer si nos hallamos frente a un tema de género, tenemos: (i) que en relación con la decisión judicial se encuentre de por medio una mujer, siendo así, debe hacerse un análisis de los derechos vulnerados

⁴⁹ Tiene origen en los compromisos del Estado colombiano en el plano internacional, en los tratados de derechos humanos aplicables en virtud del bloque de constitucionalidad y en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana y constitucional.

⁵⁰ Villanueva Flores, R. (2006). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. Revista IIDH. Vol. 43.

⁵¹ Comisión Nacional del Género de la Rama Judicial.

y constatare con aquellos protegidos por el marco normativo interno e internacional que protege los derechos de las mujeres, (ii) los supuestos fácticos y los derechos en litigio que se ponen a consideración evidencian un tema de equidad de género, como los relacionados con derechos sexuales y reproductivos, mujer en embarazo o lactante, cabeza de hogar, víctima de cualquier modalidad de violencia, (iii) si existen relaciones de poder entre las partes y los implicados, etc..

Bajo esos baremos, este es un asunto que comporta un tema de género, pues es una mujer la que se presenta como víctima directa del daño, el litigio involucra en principio su derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, la paciente estaba en sus primeras semanas de embarazo, e igualmente se verifica una relación de poder que consiste en que el médico tratante debido a su conocimiento profesional detenta autoridad sobre la paciente, pues en sus manos tiene la información y el imperio para suministrarla.

Nos apoyaremos entonces en la literatura médica para discernir el asunto, en razón al tema que se debate, para valorar con mayor rigor el material probatorio recaudado en el proceso y a su vez explicarlo en términos más comunes. Al respecto, sobre la posibilidad de acudir a este medio por parte del funcionario judicial, el Consejo de Estado ha dicho⁵²:

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

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

*"Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes (en lo que sea necesario)"*⁵³.

Como se aprecia, el derecho procesal y probatorio moderno ha dejado de lado el legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para que, en los términos que en su momento formulara Montesquieu, aquél sólo fuera la boca de la ley. Avalar una posición contraria, conllevaría adoptar una visión reduccionista y limitada de la labor de administrar justicia, la cual ha sido superada por una más garantista que permite al juez recurrir a todos los elementos técnicos y científicos que tiene a su alcance, en aras de comprender y valorar con mayor precisión los instrumentos probatorios que integran el proceso.

*Por lo tanto el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa."*⁵⁴ (Se destaca)

52 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de marzo de 2012, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163).

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

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

En la demanda, el apoderado de la parte actora señaló que a pesar que la señora MÓNICA MONCAYO consultó en los servicios de urgencias en las etapas tempranas de la gestación, no se sospechó un embarazo ectópico.

De las probanzas en el proceso, se logró determinar que el embarazo ectópico en una gestación temprana es muy difícil de establecer, pues como lo señalaron los galenos no existen ayudas diagnósticas con el ciento por ciento de efectividad, y menos en un embarazo inferior a la sexta semana de concepción, tiempo que no había transcurrido para la primera atención médica brindada a la paciente.

Según la historia clínica aportada, la sintomatología que presentaba la usuaria en el servicio de urgencias para el 29 de febrero de 2012⁵⁵ fue atendida por los médicos, quienes ordenaron los exámenes correspondientes a la impresión diagnóstica realizada⁵⁶, arrojando como resultado prueba de embarazo positiva, *hemograma normal, VDRL serología*, uroanálisis negativo para infección⁵⁷.

Al día siguiente, 1° de marzo de 2012⁵⁸, de acuerdo con la trazabilidad del historial clínico, en el resultado de la ecografía Tv realizada, se señaló:

"Descripción:

ÚTERO EN AVF CON DIMENSIONES AUMENTADAS, MIDE: 97X57X66 MM. EN SUS DIAMETROS, LONGITUDINAL, AV Y TRANSVERSO RESPECTIVAMENTE VOL 193 CC MIOMETRIO HOMOGÉNEO.

PRESENCIA DE MATERIAL HETEROGENEO EN CAVIDAD UTERINA CON ESPESOR DE: 17 MM

DUI TIPO T BIEN IMPLANTADO EN CAVIDAD

CUELLO UTERINO CERRADO

OVARIOS

OVARIO DERECHO MIDE: 20X30 MM

OVARIO IZQUIERDO MIDE: 16X24 MM. CON QUISTE SIMPLE DE: 15X19 MM

NO HAY MASAS ANEXIALES NI LIQUIDO EN FONDO DE SACO

CONCLUSION:

MATERIAL HETEROGENEO EN CAVIDAD UTERINA CON ESPESOR DE: 17 MM

DIU TIPO T BIEN IMPLANTADO"

El doctor Fernando Andrés Caicedo Zúñiga, señaló como hallazgos:

"Paciente G2P1 con historia de metrorragia con coágulos y test de embarazo positivo. Planifica con DIU desde hace 2 años y desconocía su embarazo. Ecografía de hoy muestra DIU IN útero y restos ovulares con espesor de 17 mm. Hemograma normal. Uroanálisis normal. VDRL no reactivo. Al examen físico FC: 80 lpm TA: 100/70 afebril. CP/normal"

Y al respecto diagnóstica ABORTO INCOMPLETO y ordena practicar legrado⁵⁹.

En esta primera atención médica el Despacho encuentra que los exámenes ordenados, el diagnóstico dado y el procedimiento realizado fueron adecuados conforme a la sintomatología que presentaba la paciente en ese momento, y así

55 Folio 14 del cuaderno principal, folio 24 reverso del cuaderno de pruebas, folio 213 reverso cuaderno principal 2.

56 Folio 15 del cuaderno principal, folio 25 reverso del cuaderno principal, folio 214 reverso del cuaderno principal 2.

57 Folio 26 del cuaderno de pruebas, folio 215 del cuaderno principal 2.

58 Folio 27 del cuaderno principal.

59 Folio 28 del cuaderno de pruebas, folio 218 del cuaderno principal 2

se desprende del dictamen pericial rendido por el doctor Alejandro Antonio Bautista Charry, quien respecto del embarazo ectópico dijo⁶⁰:

"... el protocolo médico para detectarlo es: siempre sospecharlo en toda paciente con vida sexual activa, durante la edad reproductiva y buscarlo en todos los casos de Dolor pélvico, retraso menstrual o alteración menstrual. Si la prueba de embarazo es positiva realizar ecografía Transvaginal que debe mostrar signos importantes cuando la concentración de la hormona propia del embarazo, la Gonadotropina Coriónica está por encima de 1500uU/ml..."

Aquí es necesario precisar, que sumado a los exámenes mencionados, existe una prueba que recomienda el protocolo médico para este tipo de casos, cual es, la Prueba de Gonadotropina Coriónica Humana GCH cuantitativa en sangre, que mide el nivel específico de la GCH en la sangre. Así lo señaló el doctor José Antonio Guzmán Urbano en el interrogatorio practicado a instancia del presente asunto:

"(...) El embarazo ectópico se define como toda gestación que se implanta por fuera de la cavidad uterina, (...) se diagnostica con la historia clínica de la paciente, se interroga sobre los antecedentes, la fecha de la última menstruación, los métodos de planificación, la ecografía trasvaginal, en la actualidad en casi en la mayoría de los protocolos se toma la cuantificación de una hormona gonadotrofina coriónica subunidad beta, que es una tecnología novedosa, que nos ayuda a dictaminar tempranamente los embarazos ectópicos, pero que tal vez en esa época no la teníamos disponible. Y la historia clínica y el seguimiento tanto con los niveles Beta como con la ecografía trasvaginal" (Se destaca).

De cara a dicha declaración, es necesario precisar que el Ministerio de Salud-Dirección General de Promoción y Prevención, hacia el año 2000, adoptó la "Guía de atención de las complicaciones hemorrágicas asociadas al embarazo"⁶¹, en razón a que las complicaciones de ese tipo representaban la tercera causa de la morbilidad y mortalidad materna en Colombia, de ahí que estableciera los parámetros *mínimos* de calidad para dar respuesta a los derechos de las mujeres gestantes y con el objetivo de diagnosticar, controlar oportunamente y brindar el tratamiento adecuado.

Conforme lo indica el documento en mención, las actividades, procedimientos e intervenciones allí señaladas constituían las guías básicas mínimas que debían observar las instituciones responsables de la atención a la mujer gestante, para ser brindadas con calidad por parte de un equipo de salud capacitado.

En relación con el diagnóstico para el embarazo ectópico, para aquella época ya la guía señalaba como ayuda diagnóstica además de la prueba de embarazo cuantitativa y la ecografía, la prueba β -GCH, coligiéndose así que este examen hacía parte desde los inicios de la década del año 2000 del protocolo médico en caso de sangrado en el embarazo.

Empero, aunque la paciente presentaba sangrado y la prueba de embarazo había dado positivo, para ese primer momento tan solo contaba aproximadamente con dos (2) semanas de gestación según lo indicó el médico perito⁶², haciéndose

60 Folio 122 del cuaderno de pruebas

61 <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/28Atencion%20de%20las%20hemorragias%20embarazo.PDF>

62 Folio 121 del cuaderno de pruebas.

inviabile que la prueba β -GCH arrojará un diagnóstico del ectópico de manera tan temprana y así se infiere de la literatura médica:

"C.- Exámenes complementarios

Ecografía

La ecografía transvaginal (eco TV) es lo primero que debemos realizar ante la sospecha de EE, ya que permite visualizar la cavidad uterina, anexos y fondo de saco posterior en forma clara, no así la transabdominal.

Desde la semana 5+3 días de gestación, se puede identificar un saco gestacional intrauterino con su saco vitelino en su interior (18). Si se observa, se descarta el diagnóstico de EE, sólo quedando la remota opción de un EE heterotópico de muy rara y baja incidencia (5). En menos del 20% de todos los EE, es posible ver en la primera eco TV, en forma concluyente y definitiva un saco gestacional con saco vitelino y/o embrión con o sin latido (19).

Lo más frecuente, es que la primera eco TV, se transforme en embarazo de ubicación no precisada, debiendo asociar la determinación de β hCG como herramienta adicional (19), ya que nos encontraremos con endometrio alto con o sin pseudosaco en su interior, más masa anexial heterogénea con o sin algo de líquido libre en fondo de saco posterior.

Exámenes plasmáticos

β HCG y su nivel discriminatorio

Cuando la eco TV no es diagnóstica por sí sola, la cuantificación de β hCG es relevante. Valores entre 1.500 a 2.000 IU/L deben ir correlacionados con ver imagen intrauterina de saco gestacional (20). Este no es un valor absoluto ni perfecto, ya que se ha reportado, la no visualización de sacos intrauterinos, hasta valores de 4.300 IU/L (21), pero valores sobre este, si se debe visualizar.⁶³ (Se destaca).

Igualmente otras fuentes de literatura médica señalan que,

"Se puede afirmar, que existe sospecha de Ectópico, si en una mujer que tiene niveles de β -HCG > 3000 mU/ml, la ultrasonografía transvaginal no detecta un saco gestacional intraútero."⁶⁴

Al respecto, se han establecido aproximaciones de los niveles de GCH en semanas de FUM (edad gestacional)⁶⁵, así:

Semanas desde el último periodo menstrual	Rango aproximado (mIU/ml)
3 – 4	9 – 130
4 – 5	75 – 2600
5 – 6	850 – 20800
6 – 7	4000 – 100200
7 – 12	11500 – 289000
12- 16	18300 – 137000
16 – 19 (2º trimestre)	1400 – 53000
19 – 41 (3º trimestre)	940 – 60000

Conforme a lo señalado, dicha ayuda diagnóstica es concluyente *después* de la quinta semana de embarazo, pues es en esa etapa donde posiblemente los

63 Ricardo Pommer, Embarazo Ectópico. Recuperado de <https://www.flasog.org/static/academica/Embarazo-Ectopico.pdf>

64 Mohamed Addi- José Santiago-CuadriArtacho - José Antonio Navarro Repiso, EMBARAZO ECTÓPICO. Recuperado de <http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Manual%20de%20urgencias%20y%20Emergencias%20/embecto.pdf>

65 Ana Fabregat - Instituto Bernabeu, Tabla de valores para Beta hCG (β -hCG), Recuperado de <https://www.institutobernabeu.com/foro/tabla-de-valores-para-beta-hcg-%CE%B2-hcg/>

niveles de β -HCG (superior a 3000 mU/ml) hubieran generado sospecha de un embarazo ectópico al no encontrarse saco gestacional dentro de la cavidad uterina, tal como lo afirmaron los testigos técnicos y el dictamen pericial que obra en el expediente, ya que antes de dicha etapa gestacional, los niveles de β -HCG hubieran sido muy bajos hasta en un embarazo intrauterino.

La interpretación aquí realizada explica la respuesta consignada en el dictamen pericial rendido por el doctor BAUTISTA CHARRY, cuando afirmó que el 29 de febrero no había suficientes elementos para sospechar el embarazo ectópico.

Frente a la inconformidad de la parte actora en la supuesta falla en la realización e interpretación de la ecografía Tv realizada el 1º de marzo de 2012, no se encontró probada, pues si bien, retomando los hallazgos encontrados por el doctor Fernando Andrés Caicedo Zúñiga⁶⁶ consideramos que fue apresurado el galeno al señalar que la ecografía Tv indicaba que existían *restos ovulares*, pues la lectura del examen señala que es *material heterogéneo*, y eran los resultados de patología los que determinarían qué tipo de material se extrajo en el legrado, dicha afirmación no afectó el procedimiento a seguir.

Sobre la interpretación de los resultados de dicha ecografía trasvaginal, el dictamen pericial⁶⁷ señaló que con los elementos allí mencionados, los cuales fueron: sangrado vaginal de 12 días, prueba de embarazo positiva, útero aumentado de tamaño y material heterogéneo en la cavidad uterina, el diagnóstico más aproximado sería el de *aborto incompleto*, y adicionalmente:

*"De acuerdo a los hallazgos del ultrasonido vaginal, **no había criterios específicos para pensar en el embarazo ectópico**. Mediante el ultrasonido el diagnóstico de Ectópico reposa en el hallazgo de 3 signos clásicos:*

- 1. Masa anexial heterogénea y compleja algunas veces referida como la presencia de un anillo tubárico o saco gestacional localizado a nivel parauterino. Este saco puede tener embrión por fuera de la cavidad uterina o endometrial.*
- 2. Engrosamiento endometrial hiperecoico la mayoría de veces homogéneo.*
- 3. El hallazgo de líquido libre en fondo de saco posterior.*

*No necesariamente el ultrasonido vaginal tiene un poder diagnóstico del 100% para confirmar el diagnóstico del Ectópico. Su sensibilidad es del 85%, ósea (sic) que quiere decir que un 15% de los embarazos ectópicos pueden cursar con ecografía vaginal normal. **Los clínicos siempre buscamos el ectópico cuando encontramos una prueba de embarazo positiva y cavidad uterina vacía.** A veces terminamos haciendo el diagnóstico de embarazo de localización incierta en espera de poder afirmar el sitio exacto del embarazo siempre se considera alta la posibilidad de un ectópico cuando la cavidad uterina está vacía, **en este caso el hallazgo de un material heterogéneo en la cavidad era un hallazgo compatible con una cavidad uterina ocupada por un material, que podría ser RESTOS OVULARES, y el diagnóstico sería ABORTO INCOMPLETO.** En Medicina todo es posible, es este caso lo más probable era el diagnóstico de Aborto incompleto, pero la posibilidad remota de un Embarazo Ectópico siempre es un diagnóstico diferencial. Acá no había ningún hallazgo en el Ultrasonido que hiciera más probable el Embarazo Ectópico"⁶⁸ (Negrilla nuestra).*

66 Folio 26 del cuaderno de pruebas, folio 215 del cuaderno principal 2.

67 Folio 118 del cuaderno de Pruebas- Pregunta nro. 3.

68 Folio 119 del cuaderno de pruebas.

Sobre este primer punto analizado, se colige que debido a la temprana gestación que presentaba la paciente para el 29 de febrero de 2012, era poca la efectividad del examen β -HCG, máxime que los resultados de la ecografía trasvaginal habían informado que había material heterogéneo en la cavidad uterina, no masas anexiales ni líquido en el saco, hallazgos contrarios a los signos clásicos del embarazo ectópico. De manera que en esa oportunidad fueron acertadas las actuaciones desplegadas por parte del personal médico que atendió a la usuaria, ya que se ordenó realizar prueba de embarazo y ecografía Tv, tal como lo establece el protocolo médico, cuyos resultados eran más sugerentes del diagnóstico de embarazo incompleto.

Un segundo punto que se analizará seguidamente, es si se hizo el seguimiento esperado a los resultados de la patología realizada a los restos que se extrajeron en el legrado practicado a la señora MONICA CAROLINA.

Señalaron los médicos citados como testigos, que una vez realizado el legrado el material extraído debe ser estudiado en patología, y que con el resultado del examen se debe asistir a la cita de control que se ordena en estos casos. En el presente asunto no hay registro que la paciente hubiera tramitado y/o acudido a la cita de control ordenada.

Al interrogar al doctor José Antonio Guzmán Urbano por el seguimiento a los resultados de patología, refirió:

"(...) Generalmente nosotros les hacemos seguimientos a las pacientes en esos embarazos tempranos, después de que se hace el legrado, esos restos, lo que uno saca del procedimiento quirúrgico es decir lo que saca del legrado, el raspado que uno hace de la cavidad uterina se envía a patología y generalmente el proceso de patología está entre 10 y 15 días, por eso en el momento en que uno le da la orden de salida del quirófano se cita en 15 días para revisar el resultado de la patología. Con base en el resultado de la patología si nos confirma que hubo restos ovulares que era un aborto incompleto el procedimiento cesa, o sea ya no se hace más seguimiento, pero si por el contrario la patología dice que muestra una decidua o decidualización que es una reacción de área en el embarazo ectópico, el paso a seguir es hacer una nueva ecografía para tratar de establecer si realmente la paciente tiene un embarazo ectópico".

En este sentido se evidencia que era de suma importancia que la señora MONICA MONCAYO tramitara y asistiera a la cita de control con los resultados⁶⁹, ya que conforme al diagnóstico ahí consignado "**RESTOS DECIDUALES**", el especialista sospecharía de un embarazo ectópico, y nuevamente se hubieran practicado los exámenes de rigor, pero con la diferencia que la edad gestacional era mayor a la que tenía cuando inicialmente acudió, consecuentemente los exámenes generarían una mayor ayuda diagnóstica.

Con respecto a las indicaciones realizadas a la señora MONICA MONCAYO luego de practicársele el legrado, el doctor Fernando Andrés Caicedo Zúñiga, afirmó:

"(...) En la copia que tengo aquí certificada no está claro ese documento, sin embargo en el folio 30 que estaba consignado en la historia digital del Hospital Susana López de Valencia está escrito de indicación de salida que el doctor Guzmán colega que realizó el procedimiento indicaba que debería presentarse por consulta externa 15 días después del procedimiento para la revisión respectiva de

69 Folio 28 del cuaderno principal.

los restos que en cavidad uterina, se reportaron como restos heterogéneos, aparte de que se le fórmula un analgésico, un antibiótico para evitar infecciones y un anticonceptivo con fines de que la señora cicatrice bien su endometrio, reduzca el sangrado que puede producir debido al procedimiento por el aborto en sí y que no se embarace entre los próximos tres meses”.

Del escrito de recomendaciones que citó el doctor Caicedo Zúñiga, a folio 23 del cuaderno de pruebas obra CD, el cual contiene un archivo denominado “*Paquete Completo-09-123433.pdf*” y en la página 5 de dicho archivo se encuentra escaneado documento denominado “*LISTA DE CHEQUEO EGRESO SEGURO DEL PACIENTE QUIRÚRGICO AMBULATORIO*” perteneciente a la señora MONICA CAROLINA en el cual se consignó que ha recibido orden para cita de control, documento firmado por el señor WILLIAN CERTUCHE. Seguidamente en la página 9 del mismo archivo, se encuentra escaneado consentimiento para la realización de legrado, el cual es firmado por la señora MONICA MONCAYO, en el que se consignó: “*Entiendo que el material que se saque se someterá a estudio anatomopatológico posterior siendo mi deber el reclamar su resultado e informarlo al médico*”.

De lo anterior es claro que la señora MONICA MONCAYO tenía pleno conocimiento de las recomendaciones realizadas por parte de sus médicos tratantes, y aun así no acudió por consulta externa con los resultados de la patología realizada.

El tercer aspecto que revisaremos, es si el daño alegado, pérdida de la función reproductora, se produjo por una falla al realizar el procedimiento quirúrgico histerectomía.

De las pruebas que reposan en el expediente, tales como historia clínica y el dictamen pericial, se concluye que la histerectomía a la que fue sometida la paciente era el procedimiento adecuado para la patología que presentaba para el 30 de abril de 2012, pues tal como lo señaló el perito especialista “*Cuando el ectópico es cornual, la mayoría de las veces hay que realizar Histerectomía, porque el diagnóstico es tardío, el embarazo se rompe más tarde que el Ectópico de las otras porciones de la trompa, y por el tamaño de la masa es imposible conservar el útero*”, por lo que ante ese panorama peligraba la vida de la paciente. De modo que, a pesar del daño que constituye en sí misma la pérdida permanente de su función reproductora, no es tal procedimiento una falla probada en el servicio, ni puede atribuírsele al Estado para declararlo administrativamente responsable.

Finalmente, debe verificarse si la atención médica recibida por la señora MONICA MONCAYO el 17 de marzo de 2012⁷⁰ estuvo acorde con el servicio médico de calidad y si se brindó con enfoque diferencial. Ello, porque la falla que endilga la parte actora fue precisamente la atención brindada en las dos ocasiones que la usuaria acudió al servicio de urgencias.

Según la trazabilidad de la historia clínica, ese día, luego que se le ordenaron y practicaron los exámenes, la paciente se niega a permanecer en la institución argumentando que tiene una hija pequeña enferma y no tiene quien se haga cargo de ella, muy a pesar que tanto los testimonios de los médicos tratantes como el perito son unánimes al señalar que de no solicitarse el alta voluntaria,

70 Folio 226 reverso del cuaderno principal 2, folio 33 reverso del cuaderno de pruebas.

posiblemente se hubiera detectado el embarazo ectópico a tiempo y de esta manera evitar la histerectomía practicada.

Recordemos que el juez administrativo en virtud del mandato del artículo 93 Superior está llamado a realizar control de convencionalidad a la hora de identificar si la conducta del Estado es infractora de las obligaciones asumidas en el plano internacional. De modo que es deber del juez de la legalidad hacer control de convencionalidad respecto de la posible vulneración de los derechos humanos y aplicar los estándares internacionales sobre el principio de reparación integral, toda vez que la actividad del funcionario judicial *"debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos, donde prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencionalmente reconocidos, y de los derechos humanos"*⁷¹.

Y es precisamente ese examen el que realizaremos a continuación, que por tratarse de un asunto de género será abordado desde el enfoque de género, categoría de análisis que permite hacer evidentes las diferencias y desigualdades en las relaciones entre las personas, a partir de las cuales se genera exclusión o desventaja⁷², en términos generales ayuda a identificar situaciones de discriminación o violencia en virtud del género.

Empecemos recordando que la salud ha sido entendida por la Organización Mundial de la Salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*⁷³, que a su vez hace parte del derecho a la integridad personal en la medida que no se limita al acceso a servicios de atención en salud en igualdad de oportunidades, sino que comprende también la libertad de cada persona de controlar su salud y su cuerpo, aspecto este que de acuerdo con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos exige de parte del Estado asegurar y respetar decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable, así como garantizar el acceso a la información, relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia.

La protección reforzada de la que goza la mujer irradia todos los aspectos y procesos de su ciclo vital, como la salud sexual y reproductiva, cuya especialidad médica a cargo, la ginecología, es la que mejor conoce el cuerpo femenino, sus necesidades y particularidades, estando estos profesionales de la salud llamados a suministrar toda la información necesaria a la paciente para lograr la satisfacción de sus derechos sexuales y reproductivos. En efecto, la ginecoobstetricia es un campo especializado de la medicina en la atención de las mujeres, que comprende: la Ginecología que se encarga de las enfermedades y la prevención de éstas del sistema reproductor femenino; y la Obstetricia que es la especialidad para el cuidado del embarazo así como la atención del parto y los cuidados postnatales.

71 Consejo de Estado- Sección Tercera, Radicado interno nro. 26.251.

72 CNGRJ, Arbeláez, Ruiz y Duque, 2014.

73 La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948. <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>

Desde el año 1994 en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo, la salud reproductiva es definida como un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, tal como el embarazo, concepto adoptado por la Corte IDH que permite hacer análisis de responsabilidad desde el enfoque de género en el contexto de la ginecoobstetricia, debido a que este tipo de atención en salud para las mujeres tiene unas particularidades que deben ser tenidas en cuenta por los profesionales de la medicina y especialmente por los ginecoobstetras que son los expertos en ese campo. De suerte que la información que se suministre a las pacientes en relación con su salud sexual y reproductiva es el insumo más básico y a la vez fundamental para que ellas de manera libre, consciente y plena puedan tomar decisiones al respecto.

El derecho a la información consagrado en la CADH, y conforme lo ha precisado su Intérprete autorizada, incluye el derecho a recibir información relacionada con la salud y la correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de tal modo que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla, sin que el personal de salud necesite ser requerido o interrogado por los interesados para proceder a brindarles la información. En el campo de la salud, esta debe ser oportuna, completa, comprensible, fidedigna y fiel a la obligación de transparencia activa (suministrar de manera oficiosa la información), porque esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas por parte de las y los pacientes.

Colombia como Estado Parte que debe observar la Convención, y además como garante de la atención en salud que debe prestarse bajo su dirección, coordinación y control⁷⁴, está forzado por virtud de la "*obligación de transparencia activa*", a través de las distintas entidades de salud, a suministrar información que resulte relevante para que los individuos " *puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia de atención a la salud, ya que ello contribuye a la accesibilidad a los servicios de salud y a que las personas puedan tomar decisiones libres, bien informadas, de forma plena*"⁷⁵.

Como corolario de lo expuesto, el derecho de acceso a la información, que aplica a todos los ámbitos de la vida de las personas, resulta ser un instrumento de suma importancia para la satisfacción de otros derechos, tal y como lo ha sostenido la Corte IDH⁷⁶.

Recuérdese también, que para el Consejo de Estado, resulta claro que la ausencia de medidas afirmativas y/o diferenciales de prevención y de protección que tengan en cuenta la especificidades de las niñas, adolescentes y/o mujeres, constituye una violación de su derecho constitucional fundamental a la salud⁷⁷.

En el caso de autos, se observa que en la atención brindada el 17 de marzo de 2012 a la señora MONCAYO BOLAÑOS existieron una serie de irregularidades vulneradoras del derecho a la información de la paciente, asimismo se omitió

74 Artículo 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

75 Caso IV vs Bolivia.

76 Cfr. CIDH, Informe sobre Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, 22 de noviembre de 2011, párrs. 25 a 26.

77 Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, radicación interna número 26.303.

adoptar medidas con enfoque diferencial, que a la postre afectaron sus derechos a la integridad personal y a la salud, en contravía del mandato constitucional y convencional que protege de forma reforzada a las mujeres en Colombia.

Se evidencia que la entidad accionada no acreditó la existencia de un protocolo de atención e información para las mujeres que en desarrollo de atención médica ginecológica resuelven abandonar el servicio de salud, la actuación se limitó a poner de presente la exoneración de responsabilidad del ente hospitalario por las consecuencias de la decisión de la paciente, pero no se observa la adopción de medidas positivas en aras de evitar o prevenir amenazas de vulneración a los derechos de la usuaria, tal y como se explicará en seguida.

Partiremos del hecho que, conforme al concepto del perito médico,

*"el protocolo médico para detectar el embarazo ectópico es **siempre sospecharlo** en toda paciente con vida sexual activa, durante la edad reproductiva y buscarlo en todos los casos de dolor pélvico, retraso menstrual o alteración menstrual" (Destacamos).*

Además, que la señora MONCAYO BOLAÑOS,

*"el 17 de marzo vuelve a consultar por dolor abdominal, **se le intenta realizar la secuencia diagnóstica bien indicada** de acuerdo a la página 19/42, solicitan: Embarazo prueba cualitativa, Cuadro hemático, Parcial de orina, amilasa sérica, eco hígado y vías biliares. Es probable que en esta nueva valoración de Urgencias al encontrar la prueba de embarazo positiva persistentemente a pesar del legrado realizado 17 días antes se hubiera realizado la secuencia para el diagnóstico de Embarazo Ectópico" (Destacamos).*

Es claro que el embarazo ectópico hace parte del diagnóstico diferencial, siempre debe presumirse, y teniendo en cuenta que en ese segundo ingreso a urgencias del hospital (17 de marzo de 2012) la paciente presentaba síntomas persistentes de náuseas, vómito, intolerancia a la vía oral, dolor abdominal y afirmó sentir malestares "**como si siquiera embarazada**", el médico a cargo ordenó test de embarazo, entre otros exámenes –fl. 24 C. Ppal. 1-.

También es importante destacar de la declaración del doctor José Antonio Guzmán Urbano, ginecólogo que atendió en la primera oportunidad a la paciente, que si la señora MONICA CAROLINA el 17 de marzo de 2012 no hubiere solicitado alta voluntaria habría sido posible establecer el diagnóstico porque al hacer los exámenes muy probablemente se hubiera identificado el embarazo cornual. Mismo especialista que manifestó al Despacho la importancia de los resultados de la patología de los restos extraídos en el legrado para sospechar el embarazo ectópico.

Ahora, bien vale la pena tener en cuenta como hecho notorio que la dinámica de nuestro sistema de salud gobernado por una alta demanda del servicio, la cantidad de población afiliada a cada Empresa Promotora de Salud, la escasez de los médicos especialistas y sus apretadas agendas, entre otros muchos factores de orden administrativo de las EPS e IPS, difícilmente permiten cumplir los tiempos determinados por los galenos para las distintas actividades ordenadas a los pacientes, de manera que si bien la usuaria no acudió por consulta externa el

día que le correspondía, sino un día después por urgencias, ello no significaba la denegación de un servicio de salud de calidad.

De lo anterior se desprenden los siguientes interrogantes ¿Por qué al momento del ingreso o al momento de la valoración médica y a pesar que la paciente expresó que se le había realizado un legrado el 1º de marzo de 2012 en ese mismo centro hospitalario, no fue redireccionada a urgencias de ginecología? ¿Por qué al momento de la valoración médica no se tuvo en cuenta que la historia clínica registraba pendiente de revisión los resultados de patología y estos no fueron solicitados por el médico tratante?

Sobre estos cuestionamientos el Despacho considera que aunque la paciente no haya consultado el servicio de *urgencias de ginecología*, en la consulta médica al conocerse el antecedente registrado en la historia clínica e incluso ante el comentario de la señora de haber pasado días antes por un procedimiento de legrado (y así fue anotado en la historia clínica el 17 de marzo de 2012, ver folio 8 C. Ppal.), debió ser informada y/o direccionada al servicio pertinente por parte del personal de salud del mismo hospital, por lo que no resulta de recibo que se le inculpe por no haber acudido al área pertinente, más cuando la señora presentaba un cuadro de dolor y malestar que la llevaron a acudir a nivel de urgencias, sin miramiento si se trataba de urgencias adultos o urgencias ginecológicas, ambas ubicadas en el mismo piso del centro hospitalario según lo informó el doctor Guzmán Urbano en su declaración.

Resulta también irregular, que anotándose en la historia clínica que se hallaba pendiente la revisión del resultado de patología, los médicos no lo hayan solicitado, ni siquiera mencionado. Y aquí es pertinente señalar que para el 17 de marzo de 2012 ya habían transcurrido 16 días desde la salida de la última atención médica, casi que el término que se le había indicado a la paciente para consulta de control (15 días) bajo la consideración que en ese lapso ya estaría el resultado del estudio patológico según lo señaló el doctor José Antonio Guzmán Urbano. Y efectivamente, para el 10 de marzo de 2012 ya existía el resultado que arrojó “*RESTOS DECIDUALES*”.

El doctor Fernando Andrés Caicedo Zúñiga en su declaración, señaló que pese a la realización de un legrado es factible continuar en embarazo, porque el diagnóstico final de un legrado se da es con el resultado de patología; y el doctor José Antonio Guzmán Urbano precisó que el embarazo ectópico se diagnostica con la historia clínica de la paciente, consultando sus antecedentes, además que si la patología muestra una decidua se debe realizar nueva ecografía para establecer realmente la existencia del embarazo ectópico. De manera que el estudio de patología era concluyente para diagnosticar el ectópico.

No resulta justificable entonces que aunque la señora MONCAYO BOLAÑOS no hubiera tramitado o presentado a la cita de control, simplemente se desconociera el procedimiento que se le había practicado días antes, sin echar de menos los resultados del estudio de patología. Máxime cuando eran estos los que permitirían de una manera más pronta determinar el ectópico que ya debía haberse presumido por ser diagnóstico diferencial, y así se colige pues se ordenó nueva prueba de embarazo.

En efecto, en el *sub examine*, los galenos tratantes en virtud de su conocimiento profesional, debieron informar de manera oficiosa a la señora MONCAYO BOLAÑOS (deber reforzado a la luz de la Carta de 1991 y el bloque de constitucionalidad), cuando ella dio a conocer su voluntad de abandonar el centro hospitalario, que ya se había iniciado una ruta para diagnosticar un posible embarazo ectópico y las implicaciones para su salud en caso de confirmar el diagnóstico, información que conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH hace parte del contenido mínimo que los prestadores de salud deben expresar a sus usuarios, y que de haber sido suministrada hubiera podido permitir una mayor reflexión en la decisión de alta voluntaria o en la adopción de otras medidas por parte de la paciente.

Si ya se había ordenado y practicado una serie de exámenes, entre ellos prueba de embarazo, ha debido indicársele el objeto de estos, qué diagnóstico se pretendía descartar o confirmar.

Además, como medida afirmativa de protección de los derechos de la paciente, y considerando que la señora MONCAYO BOLAÑOS había expresado claramente que su motivo para abandonar la atención médica era que tenía su hija infante enferma en casa, han debido formularle los exámenes que a su juicio especializado tenía que practicarse por su cuenta, en aras de establecer diagnóstico y evitar consecuencias negativas para su salud, incluyendo su salud sexual y reproductiva, esto habida cuenta que ya se había empezado una secuencia diagnóstica claramente identificada por el médico perito.

Llama la atención de esta Jueza, que del registro clínico aportado con la contestación de la demanda, se evidencia de la atención brindada ese 17 de marzo de 2012, que la señora MONCAYO BOLAÑOS ingresó a urgencias del hospital hacia las 11:50 a.m., fue valorada en consultorio a la 01:00 p.m. (fl. 248 C. Ppal. 2), ordenándole medicamentos y exámenes, mismos que a las 02:03 p.m. hora de egreso no contaban con resultados, sino 50 minutos más tarde, arrojando la prueba de embarazo en suero: POSITIVO –fl. 253 C. Ppal. 2-.

Eran las circunstancias que rodeaban el caso de esta paciente, quien días antes había sido sometida a un procedimiento de legrado en el mismo centro hospitalario y pese a ello presentaba síntomas persistentes de estado de embarazo, aunado a la angustia que exteriorizó a causa de tener a su hija pequeña enferma, las que hacían necesario el suministro completo de la información del cuadro clínico y la ruta médica o secuencia diagnóstica iniciada, así como la adopción de medidas afirmativas de protección como garantía para evitar desenlaces trágicos, como el que infortunadamente ocurrió. Y es que, de acuerdo con el análisis que ha realizado la Corte IDH⁷⁸, con sustento en conceptos de expertos, un procedimiento quirúrgico esterilizante puede acarrear para la mujer mucho más que la imposibilidad de tener hijos:

"Las consecuencias físicas resultantes de este tipo de intervención pueden tener el significado de una mutilación quirúrgica para la paciente y alterar la autoestima en relación con su imagen corporal y su limitación para la concepción que la puede conducir a elaborar un proceso de duelo por lo que suelen pasar por diferentes fases evolutivas de este. Primero, una fase de embotamiento (estado

78 Caso IV vs BOLIVIA.

de shock), luego una fase de anhelo y búsqueda de la figura perdida (en este caso, perder sus órganos reproductor y el embrión). Posteriormente, una fase de desorganización y de desesperanza (la paciente se auto-recrimina y recrimina a los demás por lo sucedido) y, finalmente, una fase de mayor o menor grado de reorganización con la aceptación de la realidad”.

Entonces, a la señora MONCAYO BOLAÑOS no se le dio la oportunidad de comprender y reflexionar en toda su dimensión las consecuencias de su decisión de alta del centro hospitalario en el marco de la situación particular en la que se encontraba, no se le explicó las implicaciones en caso de estar cursando un embarazo ectópico, ni se le extendió fórmula médica de exámenes o imágenes diagnósticas que se requerían para establecer el diagnóstico presumido, máxime que no se tuvo en cuenta que su actitud estaba motivada por la enfermedad de su hija pequeña (dos años de edad para la época de los hechos), tópico que no fue desvirtuado por la entidad accionada, ni puede obviarse la afectación o preocupación de una madre por el hecho que otros familiares estuvieran con la infante. Todo esto conforme a los compromisos internacionales del Estado de establecer estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas del sector, aplicando enfoque diferencial y enfoque de género en el sistema de salud, para mejorar el acceso y la calidad de los servicios y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en todo su ciclo vital.

Ahora bien, ya dijimos que la histerectomía a la que fue sometida la señora MONCAYO BOLAÑOS era el procedimiento adecuado para el cuadro clínico que presentaba el 30 de abril de 2012, el cual no comprometió hormonalmente a la paciente. No obstante, nótese, que según la experticia,

“el 17 de marzo, este hubiera sido el momento de precisar el diagnóstico con la persistencia de la prueba de embarazo persistentemente positiva. (...). Quizás al realizar más exámenes en este momento, se hubiera evitado la histerectomía. (...)”.

Desprendiéndose de lo anterior, que para esa fecha el resultado de prueba positiva de embarazo, ya permitía apuntar al diagnóstico de embarazo ectópico, examen que fue realizado a la paciente, pero cuyo resultado aún no se había entregado al momento del alta voluntaria. Echando de menos también que para ese momento igualmente hubieren podido solicitar los resultados de patología, estudio que ni siquiera fue mencionado en esa segunda atención de urgencias.

Siendo que el servicio de ginecología se encarga específicamente de la salud de la mujer por su propia condición de mujer y su relación directa con los ciclos vitales de ella, ha debido ser direccionada a este servicio desde urgencias adultos donde consultó la paciente en la segunda ocasión, y de este modo tener la oportunidad de ser valorada por los médicos especialistas en ginecoobstetricia. Además, el Estado colombiano representado en este asunto por el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. incumplió su obligación de información completa sobre el protocolo o ruta médica que se había iniciado a la paciente, así como la ausencia de apropiar medidas positivas que permitieran evitar el daño, estructurándose un acto de violencia contra la mujer por su propia condición, en contravía de las obligaciones convencionales y postulados constitucionales que tienen génesis en compromisos del Estado adquiridos incluso antes de la Constitución Política de 1991 de acuerdo con el marco jurídico traído a colación en esta sentencia, omisión que a su vez estructura una falta de oportunidad para la

señora MONCAYO BOLAÑOS, que debe ser indemnizada.

La garantía de no discriminación por motivos de género, edad o condición, no solo se circunscribe a prohibir normativamente este tipo de trato, sino que requiere de la adopción de medidas afirmativas y/o diferenciales de prevención y de protección con enfoque de género para empoderar a la mujer en cumplimiento del mandato constitucional⁷⁹. Adicionalmente, de acuerdo a los lineamientos de la jurisprudencia interamericana aquí citada, la existencia de una regulación clara y coherente respecto de las prestaciones de servicios de salud es imprescindible para garantizar la salud sexual y reproductiva y determinar las eventuales responsabilidades por la provisión de este servicio.

De allí que, debe precisarse, que resulta preocupante que dicho acto discriminatorio es de carácter institucional, no se ve aquí una actuación culposa o dolosa de los médicos tratantes, pues la entidad accionada no demostró la adopción de un protocolo particular de medidas afirmativas con enfoque diferencial para los casos en que una mujer solicite alta voluntaria del servicio de salud por afección ginecológica, no se probó que sobre estos supuestos se dieran pautas precisas al cuerpo médico que empoderaran a la paciente con información completa sobre su estado de salud, sobre el proceso en curso o la secuencia que al respecto se había iniciado o se debía iniciar para establecer, confirmar o descartar determinado diagnóstico, ni se indican parámetros sobre qué sucede con los exámenes o imágenes diagnósticas ya practicadas pero no revisadas antes de la suscripción del alta voluntaria de la paciente; si con los resultados era posible hacer un seguimiento o darlos a conocer a la interesada a través de algún medio, por ejemplo a través de su EPS, etc.. Todo esto encuentra mayor relevancia por la especialidad del área de conocimiento médico comprometido.

En conclusión, la atención brindada el 29 de febrero y el procedimiento realizado el 1º de marzo de 2012 a la señora Carolina Moncayo no estructuró una falla en el servicio de ginecoobstetricia, empero se logró establecer que no direccionar a la paciente al servicio especializado junto con la falta de transparencia activa en la información que ha debido suministrarse en la prestación del servicio de salud el 17 de marzo de 2012 y la ausencia de medidas diferenciales con enfoque de género configuran una falla que causó una pérdida de oportunidad en la función reproductora para la paciente, modalidad autónoma de daño que debe ser indemnizado.

Al respecto, debemos precisar que la pretensión principal de la demanda es la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico hospitalario brindado a la señora MONCAYO BOLAÑOS, que conllevó a que se le practicara un procedimiento de histerectomía; y como base fáctica se afirmó que los galenos no sospecharon el embarazo ectópico a pesar que la paciente consultó los servicios de urgencias en las etapas tempranas de la gestación.

Así, analizada la pretensión en contexto con los supuestos fácticos de la demanda⁸⁰ se desprende que la responsabilidad que se endilga al ente

79 Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, radicación interna número 26.303.

80 Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, C.P. Ruth Stella Correa, expediente 15.772.

hospitalario abarca todas las actividades realizadas u omitidas en los servicios de urgencias, respecto de su embarazo ectópico, dentro de las cuales se comprende la de la pérdida de oportunidad ocasionada por las deficiencias demostradas en la atención brindada el 17 de marzo de 2012 en urgencias adultos.

Ha dicho el Consejo de Estado⁸¹ que la pérdida de oportunidad como daño,

"sólo se configura cuando se pierde una probabilidad seria y debidamente fundada y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual, teniendo claro que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir".

En el *sub examine*, aunque no sea posible determinar que a través de un diagnóstico temprano del embarazo ectópico la señora MONCAYO BOLAÑOS hubiere conservado su aparato reproductor, y por ende su función reproductora, sí se le quitó una posibilidad de evitar dicho resultado de haberse aplicado medidas afirmativas de protección e información sobre las consecuencias de un posible diagnóstico de embarazo ectópico, según el amplio análisis que aquí se ha realizado.

3.1.- Los perjuicios.

En la demanda se solicita se condene a la entidad accionada al reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales y se ordenen medidas no pecuniarias de reparación integral.

Frente a la indemnización de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, el Consejo de Estado en la providencia que venimos citando, ha precisado que,

"Tratándose de la pérdida de oportunidad, en materia de responsabilidad médica, es indispensable recordar la distinción entre daños y perjuicios, conforme a la cual el daño es el evento y los perjuicios son los efectos que ese daño genera en el patrimonio de las personas⁸². A la luz de esa distinción se concluye que el daño lo constituye la pérdida de la oportunidad del paciente de preservar su vida u obtener un mejoramiento de su salud, ya disminuida como consecuencia de la lesión o enfermedad, y no el resultado de estas condiciones (muerte o agravamiento de su afección), como antes se señaló, y el perjuicio lo es la afectación de su patrimonio moral, porque ese es el efecto que produce la frustración de la expectativa que tenía el afectado, si la entidad médica estatal hubiera cumplido cabalmente las obligaciones que tenía a su cargo".

En ese orden de ideas solo se indemnizará el perjuicio moral y se negarán las demás pretensiones indemnizatorias, toda vez que el daño por el cual se declarará la responsabilidad patrimonial del Estado lo constituye la pérdida de oportunidad y no el procedimiento de histerectomía, respecto del cual se erigieron los perjuicios en la demanda. También se dará aplicación a medidas de reparación integral,

81 Consejo de Estado- Sección Tercera- sentencia de 27 de septiembre de 2013, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, radicación número: 18001-23-31-000-1999-00124-01(26406).

82 En este sentido resulta bien ilustrativa la presentación doctrina que trae el profesor JUAN CARLOS HENAO, en su libro El Daño: "Si bien la doctrina no ha profundizado sobre el punto, el profesor Bénéit aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: '...el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación..., el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada'. En una línea de pensamiento similar, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 76-79.

conforme lo ha establecido el Consejo de Estado⁸³ para aquellos casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación de género.

Entonces, además de la reparación por la pérdida de oportunidad (el chance de haber evitado la histerectomía y en consecuencia salvaguardado su función reproductora), se dictarán medidas no pecuniarias, tales como, rehabilitación y garantías de no repetición.

3.1.1.- Perjuicio moral.

Aunque está probado que la señora MONCAYO BOLAÑOS estaba planificando o en tratamiento anticonceptivo al momento de los hechos, ello no significa que había renunciado a su derecho de tener más hijos hacia el futuro, pues la medida era temporal y no definitiva.

Según se analizó *ut supra*, uno de los derechos de las mujeres consagrado en la Convención de Belém do Pará es precisamente el de decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos, posibilidad que perdió de manera definitiva la señora MÓNICA CAROLINA consecuencia de la ausencia de chance de haber evitado la histerectomía.

En virtud del principio de equidad, se reconocerá en su condición de afectada directa 40 smlmv a la fecha de la ejecutoria de la sentencia para la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, y acreditado como está en el expediente las relaciones filiales y afectivas, una suma igual para su progenitora y para su compañero permanente.

Igualmente se reconocerá la suma de 20 smlmv para cada uno de los hermanos de la señora MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS, vínculo filial debidamente probado en el expediente.

3.1.2.- Medidas no pecuniarias de reparación.

De rehabilitación:

El Hospital Susana López de Valencia E.S.E. deberá prestar el servicio de salud integral (especialmente salud mental) que la señora MONCAYO BOLAÑOS llegare a requerir en relación con la histerectomía que se le practicó, directamente, sin necesidad de acudir a trámites administrativos ante su EPS, y durante todo su ciclo de vida.

83 Entre otras: Consejo de Estado- Sección Tercera- Sentencia de 10 de mayo de 2018 (radicado interno 38.888); Sentencia de 25 de abril de 2012 (radicado interno 21.861A); Sentencia de 28 de febrero de 2013 (radicado interno 26.303); Sentencia de 16 de octubre de 2013 (radicado interno 30.620); Sentencia de 30 de octubre de 2013 (radicado interno 22.076); Sentencia de 30 de octubre de 2013 (radicado interno 29.246); Sentencia de 28 de mayo de 2015 (radicado interno 31.307).

Garantías de no repetición:

Ante la ausencia de medidas afirmativas o diferenciales de prevención y de protección que tengan en cuenta las especificidades de las mujeres, el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. deberá diseñar e implementar un protocolo específico para las mujeres que deseen abandonar el servicio por afección ginecología, que incluya la obligación de transparencia activa, esto es, dar a conocer de manera oficiosa toda la información relacionada con el proceso en curso o ruta diagnóstica iniciada, los exámenes o imágenes diagnósticas que se requieran para definir el diagnóstico presuntivo, las eventuales consecuencias para la salud de la paciente, entre otros, en aras que la usuaria pueda tomar una decisión lo más informada y consciente posible sobre su situación de salud.

El protocolo deberá implementar un canal de información a las pacientes para que puedan conocer los resultados de los exámenes y ayudas diagnósticas realizadas y no revisadas por el médico tratante.

Se remitirá copia de esta sentencia al Hospital Susana López de Valencia E.S.E., y a las Secretarías de Salud municipal y departamental, para que sea socializada en aras de definir protocolos de atención en ginecología que tengan en cuenta las particularidades de las mujeres que consultan, la información que se les debe suministrar en virtud del principio de transparencia activa y el canal posterior de comunicación de los resultados de las ayudas diagnósticas practicadas.

3.2.- Del llamamiento en garantía.

Teniendo en cuenta que se condenará al Estado representado en este asunto por el Hospital Susana López de Valencia E.S.E., entidad que ha dado a conocer la existencia de una póliza de seguros de responsabilidad civil extracontractual tomada con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, pasaremos a verificarlo.

Se trata de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual nro. 1001242, mediante la cual se otorgó cobertura de responsabilidad civil para clínicas y hospitales, que obra a folios 18 y siguientes del cuaderno de llamamiento en garantía.

También a folios 49 y 50 del cuaderno de pruebas obra certificación sobre la disponibilidad del valor asegurado en la póliza de seguro nro. 1001242, tomada por el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. bajo la modalidad *claims made* o por reclamación.

De la documentación referida se extrae que efectivamente el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. es tomador y asegurado de la mencionada póliza de seguros, la cual fue renovada el 29 de diciembre de 2011, y frente a la responsabilidad civil profesional médica señala:

"El asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que este deba pagar a un tercero en razón a la responsabilidad civil en que incurra, exclusivamente como consecuencia de "cualquier acto médico" derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la salud de las personas, de eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura especificado en las condiciones particulares..."

De esta manera, probado el riesgo asegurado, “errores u omisiones profesionales”, deberá responder por la condena impuesta al ente hospitalario, toda vez que según fue certificado por la propia aseguradora para agosto de 2016 existía disponibilidad de valor asegurado, sin que se haya notificado un cambio en el devenir de estos años.

Finalmente debe tenerse en cuenta que en la póliza nro. 1001242 se pactaron unas deducciones, donde en caso de condena, a la compañía de seguros se le deduce el 10% del valor de la pérdida, deducción que deberá aplicarse para el pago que realice como consecuencia de este fallo.

4.- De las costas.

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte demandante, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se realizará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa no ha salido a flote.

Respecto a las agencias en derecho, se fijarán éstas teniendo en cuenta el criterio de razonabilidad adoptado por el Tribunal Administrativo del Cauca⁸⁴, en el equivalente al 0.5% respecto de la condena impuesta.

5.- Decisión.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar NO probadas las excepciones formuladas por la defensa del HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO.- Condenar al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. a reconocer por concepto de perjuicio moral las siguientes sumas de dinero en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia:

NOMBRE	VÍNCULO FILIAL	MONTO
MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS CC nro. 1.061.689.885	Afectada directa	40 smlmv
BLANCA NUBIA BOLAÑOS NOGUERA CC nro. 25.633.734	Madre	40 smlmv

84 Entre otras, ver sentencia 006-2014 del 30 de enero de 2014 Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ dictada dentro del expediente 19001333100820120019001. Demandante JEFFERSON FELIPE LOPEZ SAMBONI Demandado INPEC- Medio de Control reparación directa -segunda instancia.

WILLIAM ALFREDO CERTUCHE GUERRERO CC nro. 12.748.644	Compañero permanente	40 smlmv
JULIETH CAROLINA CERTUCHE MONCAYO NUIP 1058550011 Indicativo serial 43836247	Hija	40 smlmv
MARLY DANYELY MONCAYO BOLAÑOS CC nro. 25.289.769	Hermana	20 smlmv
SARA ISABEL MONCAYO BOLAÑOS CC nro. 1.061.761.053	Hermana	20 smlmv
JOHN FABIO MONCAYO BOLAÑOS CC nro. 76.331.349	Hermano	20 smlmv

TERCERO.- Condenar al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. a adoptar las siguientes medidas de reparación no pecuniarias:

- De rehabilitación.

El Hospital Susana López de Valencia E.S.E. deberá prestar el servicio de salud integral (especialmente salud mental) que la señora MÓNICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS llegare a requerir en relación con la histerectomía que se le practicó, directamente, sin necesidad de acudir a trámites administrativos ante su EPS, y durante todo su ciclo de vida.

- Garantías de no repetición:

El Hospital Susana López de Valencia E.S.E. deberá diseñar e implementar un protocolo específico para las mujeres que deseen abandonar el servicio por afección ginecológica, que incluya la obligación de transparencia activa, esto es, dar a conocer de manera oficiosa toda la información relacionada con el proceso en curso o ruta diagnóstica iniciada, los exámenes o imágenes diagnósticas que se requieran para determinar el diagnóstico presuntivo, las eventuales consecuencias para la salud de la paciente, entre otros, en aras que pueda tomar una decisión lo más informada y consciente posible sobre su situación de salud. El protocolo deberá implementar un canal de información a las pacientes para que puedan conocer posterior a la suscripción de alta voluntaria y de manera oportuna los resultados de los exámenes y ayudas diagnósticas realizadas y no revisadas por el médico tratante.

Se remitirá copia de esta sentencia al Hospital Susana López de Valencia E.S.E., y a las Secretarías de Salud municipal y departamental, para que sea socializada en aras de definir protocolos de atención en ginecología que tengan en cuenta las particularidades de las mujeres que consultan, la información que se les debe suministrar en virtud del principio de transparencia activa y el canal posterior de comunicación de los resultados de las ayudas diagnósticas practicadas.

CUARTO.- Condenar en costas al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., las cuales se liquidarán por secretaría.

Sentencia REDI núm. 061 de 2020
Expediente: 19001333300820140009100
Demandante: MONICA CAROLINA MONCAYO BOLAÑOS Y OTROS
Demandada: HOSPITAL NIVEL II SUSANA LOPEZ DE VALENCIA E.S.E
M. de Control: REPARACION DIRECTA

Se fijan las agencias en derecho de acuerdo a lo expuesto en este fallo, en la suma de 0.5% respecto del valor de la condena, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas.

QUINTO.- La Previsora de Seguros S.A. Compañía de Seguros, pagará la condena impuesta en este fallo, de acuerdo al monto acordado en la póliza de responsabilidad civil extracontractual nro. 1001242.

De lo anterior debe tenerse en cuenta que la póliza de seguro señala una deducción del 10% del valor de la pérdida a cargo del ente hospitalario asegurado.

SEXTO.- Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

Los sujetos procesales deberán tener en cuenta el ACUERDO PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020 *“Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor”*, que en su artículo 5 numeral 5.5 dispone que los términos para el control o impugnación de este tipo de providencias seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga.

SÉPTIMO.- Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia.

Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Jueza,


ZULDERY RIVERA ANGULO