

H. Magistrados:

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (R)**

Calle 12 No. 7 – 65

Bogotá D.C.

Ref. ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: JOSE RAFARL DIAZ JOJOA Y OTROS.

ENTIDADES ACCIONADAS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO – SALA PRIMERA DE DECISION.

**ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**, mayor de edad y vecino de Pasto, identificad con la C. C. No. 12.982.402 de Pasto, abogado en ejercicio, portador de la T. P. No. 55.421 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial del señor JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA Y OTROS, en ejercicio del derecho consagrado en la preceptiva 86 Constitucional, respetuosamente acudo ante esta H. Corporación, con el fin de instaurar ACCIÓN DE TUTELA en contra del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO – SALA PRIMERA DE DECISION, para que una vez surtido el trámite previsto en los Decretos: 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al principio de prevalencia de las normas sustanciales, derecho de acceso a la justicia y demás derechos fundamentales desconocidos con ocasión de la expedición de la sentencia de segunda instancia de fecha 15 de julio de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, notificada al correo electrónico el día viernes 24 de julio de 2020 y notificada por edicto durante los días 24 a 28 de julio de ese año, mediante la cual resuelve revocar la decisión contenida en la sentencia del 31 de agosto de 2017, emitida por el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia - Amazonas, dentro del proceso de REPARACION DIRECTA No. 2007-00065, propuesta por JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA Y OTROS en contra del MUNICIPIO DE PASTO Y OTROS, en el cual mis poderdantes actúan como parte demandante.

La presente acción se sustenta en los siguientes términos:

**I. IDENTIFICACION DE LAS PARTES.**

**1. PARTE ACCIONANTE: JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRES DIAZ CHACHINOY, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY, MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA**

y **AYDA MILENA JOJOA PAZ**, mayores de edad identificados como aparecen en el poder.

## **2. AUTORIDADES JUDICIALES TUTELADAS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO – SALA PRIMERA DE DECISION.**

### **II. HECHOS, ACCIONES Y OMISIONES.**

1. Mis poderdantes a través de apoderado judicial presentaron demanda de reparación directa en contra del Municipio de Pasto y el Instituto Departamental de Salud de Nariño - IDSN, para que se declare administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios materiales y morales causados a los señores JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRES, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY, MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA y AYDA MARIELA PAZ TUMBACO, quien obraba para la época de los hechos en representación de su hija AYDA MILENA JOJOA PAZ por ser menor de edad, y de su nieto DAVID FERNANDO PAZ, por la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY en hechos ocurridos el día 10 de enero de 2006, aproximadamente a las 7 de la noche en el Corregimiento de Catambuco del Municipio de Pasto, deceso que tuvo como causa directa y eficiente el diagnóstico totalmente equivocado de la Dra. CAROLINA LOPEZ médico de turno del Centro de Salud de Catambuco del Municipio de Pasto, quien le expuso a la pareja AYDA MILENA JOJOA PAZ y OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY que eran portadores del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida- VIH – SIDA, diagnóstico que se corroboró posteriormente con resultados negativos. El diagnóstico equivocado e irresponsable de la médico tratante condujo a un estado de depresión y angustia al Joven DIAZ CHACHINOY que lo llevó al suicidio y por la vulneración de lo ordenado en el artículo 11, 16, 48 y 49 de la Constitución Nacional cuyo fin primordial es velar por los derechos fundamentales: a la vida, la salud y la integridad física.

2. La demanda fue debidamente notificada a las entidades demandadas y surtido el trámite de ley, es decir, contestada la demanda dentro del término legal, practicadas las pruebas solicitadas por las partes y sustentados los alegatos de conclusión, el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia - Amazonas, en sentencia de primera instancia de fecha 31 de agosto de 2017, resolvió declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Municipio de Pasto por los perjuicios causados con ocasión de la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY.

3. En resumidas cuentas el Juzgado Único Oral de Leticia, en el punto de las CONSIDERACIONES y concretamente en el aparte ANALISIS PROBATORIO,

expresa: **“Entonces, analizada la prueba recaudada se concluye en este caso existió una falla del servicio médico consistente en que no se siguió el protocolo analizado en precedencia para la práctica y comunicación de los resultados de la prueba de VIH, pues la Dra. Carolina López funcionaria vinculada a la Alcaldía Municipal de Pasto, Unidad Administrativa Especial de Seguridad Social en Salud, Centro de Salud de Catambuco (fl. 126) incurrió en error en la asesoría Post-Test prestada a la demandante Ayda Milena Jojoa Paz y su pareja Oscar Fernando Díaz Chachinoy, el 10 de enero de 2006, dado que se encuentra demostrado que el resultado de la prueba confirmatoria Western Blot fue Negativo (fl.123), y la mencionada profesional lo interpretó equivocadamente al informarle a la señorita Jojoa Paz que era VIH Positivo como se observa en su Historia Clínica (f. 126), cosa que no era cierta (fl.126. vuelto) y en su interrogatorio de parte esta señaló que además la Dra. López le informó a su pareja Oscar Fernando Díaz Chachinoy que era portador de la enfermedad y que la había contagiado, situación que desencadenó el daño antijurídico consistente en su suicidio ese mismo día en horas de la noche (fl. 15), encontrándose demostrada la existencia del daño antijurídico, el nexo causal y el título de imputación por su causación al Municipio de Pasto, razón por la que se niegan las excepciones que este propusiera dada su responsabilidad”.**

4. La parte demandada dentro del término legal formuló recurso de apelación contra el citado fallo y el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Primera de Decisión, en sentencia de segunda instancia de fecha 15 de julio de 2020, resolvió revocar la decisión contenida en la sentencia del 31 de agosto de 2017, emitida por el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia y negar las pretensiones de la demanda y no condenar en costas a la parte demandante.

5. En resumidas cuentas, el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Única de Decisión, en el punto de las CONSIDERACIONES, dijo: **“De lo anterior se colige, que si bien existió una falla en la aplicación de los protocolos, pues de manera apresurada y sin la prueba confirmatoria se informó de manera errónea, que la adolescente AIDA MILENA JOJOA era portadora de VIH SIDA y por lo tanto, también lo era su pareja; en realidad, ello no se constituye en causa del suicidio del señor OSCAR FERNANDO DÍAZ, pues como se dijo, tal determinación hace parte de la órbita personal de quien decide suicidarse, lo cual puede ir acompañado de múltiples trastornos psicológicos y en todo caso, las pruebas allegadas al expediente no son**

**suficientes para establecer que el daño alegado es imputable fácticamente al actuar de un agente estatal, adscrito a la entidad demandada.**

**En esa medida, siendo que con el acervo probatorio alegado al expediente no se logra acreditar la atribución del daño en el plano material, no es posible ascender a la imputación jurídica...”**

6. Considero respetuosamente, que el fallo de segunda instancia que resolvió revocar la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda, incurrió en vías de hecho por defecto sustancial y defecto fáctico, que vulneran los derechos fundamentales invocados tal como se demostrará en otro aparte de la presente acción constitucional, porque en primer lugar, desconoce el papel del juez administrativo en el Estado social de derecho en materia de responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio medico oficial; en segundo lugar, desconoció los principios de la ética médica y en especial los deberes del médico en relación con el paciente y en concreto la obligación de información veraz y error en la información de exámenes de diagnostico; en tercer lugar, la providencia objeto de la acción de tutela no respetó la línea jurisprudencial del Consejo de Estado – SCA- Sección Tercera, existente al momento de la presentación de la demanda sobre responsabilidad del Estado por falla en el servicio medico oficial – falso positivo, examen errado de VIH sin confirmar y en cuarto lugar, se desconoció el principio de concurrencia de culpa como una forma razonable y justa de resolver el asunto.

### **III. DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES QUE SE CONSIDERAN VIOLADOS.**

Como se puede observar en los hechos anteriormente reseñados, existen acciones y omisiones reprobables de los funcionarios o autoridades accionadas, que contribuyen en mayor medida a poner en peligro los derechos constitucionales fundamentales y concretamente los derechos al debido proceso, acceso administración de justicia y al principio de prevalencia de las normas sustanciales y demás derechos fundamentales desconocidos por las autoridades judiciales accionadas, tal como se pasa a demostrar a continuación:

#### **1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES. (ART. 29 C.P.).**

Respecto al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, se debe aplicar a todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales, este principio está ligado al principio de legalidad. Ello no significa la observancia a los requisitos legales en los procesos administrativos o judiciales sino también el respeto a las

formalidades que le sean propias, es un conjunto de garantías que protege a las personas sometidas a un proceso a efectos de garantizar el orden social y la seguridad jurídica. En sentencia de la Corte Constitucional. Acción de Tutela T-555 del 2010 Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, respecto al debido proceso dijo **“Se exige de las actuaciones de las autoridades judiciales y de las autoridades administrativas, quienes deben ejercer sus funciones bajo el principio de legalidad. En tal virtud la Corte ha entendido que forman parte de la noción de debido proceso y se consideran como garantías constitucionales que presiden toda actividad de la Administración desde su inicio hasta su culminación, los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas, de publicidad, entre otros, los cuales se extienden a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración”**.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha establecido que es procedente la tutela contra providencias judiciales que pueden ser calificadas como vías de hecho, que contravienen los principios y valores constitucionales, derechos fundamentales o es contra evidente o irracional. En criterio de la Corte Constitucional, es una vía de hecho judicial aquella providencia que se encuentra absolutamente afectada por alguno de los siguientes defectos: 1) material o sustantivo; 2) fáctico probatorio, 3) presente un defecto procedimental y 4) orgánico o de competencias.

En el caso concreto considero respetuosamente que la sentencia objeto de la acción de tutela constituye una auténtica vía de hecho que violan el derecho fundamental al debido proceso y específicamente constituye una vía de hecho judicial porque adolecen de defecto sustantivo y defecto fáctico. En efecto, la sentencia de segunda instancia desconoce el precedente o la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, respecto a la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico oficial y concretamente porque la medico tratante incumplió sus deberes de información veraz e interpreto equivocadamente el examen de VIH sin reconfirmar y lo que es más grave siendo reconfirmado no reactivo a VIH, informa a la joven pareja que el señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY era portador de VIH y que había contagiado a su pareja e hijo que estaba por nacer, lo cual produjo un estado depresivo profundo que lo llevo al suicidio, en otros términos su actuación no fue deliberada, sino que se produjo como consecuencia de la crisis emocional que afrontaba al creer que era portador del VIH y que había sido transmitido a su compañera e hijo, enfermedad que para la época de los hechos era considerada como catastrófica y los pacientes por prejuicio eran objeto de discriminación y exclusión en la sociedad.

Así las cosas, el fallo de segunda instancia debió confirmar la sentencia de segunda instancia o en el peor de los casos, debió dar aplicación al principio de concurrencia de culpas, previsto en el artículo 2357 del Código Civil como una forma razonable y justa de resolver el asunto.

**2. DERECHO AL ACCESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ART. 229 C.P.).** También la Corte Constitucional ha concentrado su atención en el derecho al acceso a la administración de justicia al considerarlo como un derecho fundamental, en especial en la Sentencia T – 006 de mayo 12 de 1992, cuando enseña que el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso.

De otra parte, el derecho fundamental de acceso a la justicia no solamente se limita como el hecho de llegar a los estrados judiciales, ni siquiera como la posibilidad de ser representado judicialmente y terminar un proceso, sino que este derecho connota los medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos. En tal orden de ideas, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, C. P. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO sobre el DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA, advierte lo siguiente:

**“El postulado constitucional transcrito (del artículo 229) comporta un contenido obligacional muy amplio para el Estado, toda vez que en virtud de él no solo se compromete a garantizar el acceso efectivo a todas las personas a la administración de justicia, sino que también se obliga a que ella sea eficaz, pública, permanente y rápida, pues de otra manera dicho acceso sería una simple entelequia. En efecto, la posibilidad de acudir a los estrados judiciales no es para el ciudadano una garantía, sino se le está asegurando que el proceso que se promueva va a contar con una serie de características como las enunciadas que representan una verdadera protección de sus derechos y que permiten hablar con todo su sentido de una “administración de justicia”.**

**El juez, como representante del Estado, en este caso, debe procurar la remoción de obstáculos para permitir o facilitar que los particulares acudan hasta él. Esta posición encuentra respaldo en pronunciamientos como el del 26 de octubre de 1992, Sentencia No. T – 576 de la Corte Constitucional, en la cual se dejó de aplicar una norma que imponía el pago anticipado de una multa, para poder interponer recursos en la vía gubernativa, por considerar que en el caso específico, el cumplimiento de este requisito representaba una violación del derecho de acceder a la justicia.**

**Corresponde entonces al juez procurar la posibilidad verídica para el ciudadano de que se le administre justicia, para cuyo efecto debe, entre otras cosas, obviar todo aquello que represente una traba innecesaria, subsanar los errores de forma, pedir y practicar pruebas y cumplir los términos procesales, de manera que con la actuación administre justicia”.**

De lo expuesto anteriormente y aplicado el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia al caso que nos ocupa, se infieren las siguientes conclusiones:

a) Indudablemente dentro del contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, el juez juega un papel protagónico en la dirección de los procesos judiciales como garante y protector de los derechos fundamentales de las partes dentro de un proceso; es lo que se denomina en el derecho contemporáneo como activismo judicial, entendido como el papel preponderante que juega el juez en la solución de los principales problemas sociales. Los jueces son por excelencia, los garantes del Estado de Derecho, los tutores de la moralidad, los promotores de los nuevos derechos ciudadanos y lo más importante, en ellos reposa una expectativa esencial de la sociedad civil, la solución pacífica del conflicto.

b) El tiempo en que los jueces se concebían como la mera boca de la ley ha terminado. En el derecho contemporáneo es ampliamente aceptado que la democracia no es posible si no se cuenta con un poder judicial que garantice la vigencia de los derechos humanos que permite el funcionamiento adecuado de la democracia.

c) El derecho de acceso a la justicia no solo se agota con la posibilidad de permitir que los ciudadanos acudan a los estrados judiciales, que sea representado judicialmente y de terminar un proceso, sino que por el contrario, este derecho se hace realidad cuando los derechos se hacen efectivos en la práctica.

d) El fallo de segunda instancia cuestionado desconoce el derecho fundamental de acceso a la justicia porque no tiene en cuenta en el caso concreto la línea jurisprudencia del Consejo de Estado- SCA- Sección Tercera sobre la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico oficial y concretamente error de diagnóstico por interpretación e información errónea, determinante para la producción del daño antijurídico y además, en aras de la aplicación del principio de justicia y equidad se dejó de aplicar el artículo 2357 del Código Civil que consagra el postulado de la concurrencia de culpas. Además, hay que tener en cuenta el drama familiar sufrido por los demandantes por un diagnóstico errado e informado a una pareja de adolescentes sin el cumplimiento del protocolo que se requería para estos casos para la práctica y comunicación de resultados de VIH, tal como lo reconoció el fallo de primera instancia.

### **3. PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LAS NORMAS SUSTANCIALES (ART. 228 C. P.).**

a) El artículo 228 de la Constitución Política cuando se refiere a la administración de justicia advierte, que dicha actuación es una función pública en la cual sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. En tal orden de ideas, la Corte constitucional en Sentencia T – 006 de mayo 12 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, advierte lo siguiente: **“Una jurisprudencia evolutiva, abierta al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país y consciente de la necesidad de estimular la progresiva y firme instauración de un orden justo, asentado en el respeto y efectividad de los derechos y garantías de los ciudadanos, es la única que se concilia con el estado social de derecho. Como corolario del principio de efectividad, elemento esencial del estado social de derecho el artículo 228 de la Constitución Política ordena que en las decisiones judiciales prevalecerá el derecho sustancial. No existe derecho más sustancial que el consagrado en la propia constitución cuando se ocupa de definir los diferentes derechos. Esta disposición debe por ello interpretarse como una de las más preciosas garantías de la protección de los derechos y brinda la prueba inconcusa de su pleno valor normativo...”**

b) De igual manera, la decisión impugnada desconoce el principio del acceso a la administración de justicia consagrado en el art. 229 del Estatuto Superior, pues la Corte Constitucional sobre los principios de la prevalencia del derecho sustancial y el derecho al acceso a la administración de justicia dice lo siguiente: **“Los artículos 228 y 229 de la Constitución Política atribuyen a las personas el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia. Por esta vía los particulares solicitan a los jueces la protección de sus derechos tanto de los consagrados en la Constitución como en otras normas. Este derecho se asienta sobre la concepción de un estado material de derecho que por definición no agota su pretensión ordenadora en la proclamación formal de los derechos de las personas sino que se configura a partir de su efectiva realización...”**

En lo que respecta al segundo momento, o sea el de la resolución de las controversias, debe tenerse en cuenta que la aplicación e interpretación del derecho debe hacerse conforme a la Constitución. La norma que primero y en grado mayor obliga al juez es la Constitución. Si bien los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán sus disposiciones. Las normas constitucionales están llamadas a ser aplicadas directamente a las controversias y para ello, por regla

**general, no requieren de la mediación de la ley por cuanto tiene un contenido normativo propio y autosuficiente. Las leyes y demás normas del ordenamiento no deben aplicarse si resultan incompatibles con el sentido de la Constitución y, en todo caso, deberán interpretarse del modo que más armonicen con el texto constitucional. La Constitución aspira a tener una plenitud de sentido y a permear con sus principios y valores el entero ordenamiento. Cualquier pieza normativa del ordenamiento, por ende, para subsistir en él y reclamar obediencia debe conciliarse con la letra y el espíritu de la Constitución. Esa decisiva verificación es una de las tareas más delicadas que el Estado confía al poder judicial, en el momento en que este procede a decidir los asuntos que se someten a su consideración”. (C. Constitucional. Sentencia T- 006, mayo 12/92. M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).**

c) Efectivamente, se vulneró la prevalencia del derecho sustancial al no aplicar por favorabilidad la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente, sobre el tema de la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico y se reitera en el peor de los casos se debió aplicar el principio de concurrencia de culpas regulado en el artículo 2357 del C.C.

#### **IV. CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Luego de haber concentrado la atención en señalar los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción y omisión de las citadas autoridades judiciales, es necesario en este punto precisar los siguientes conceptos para la procedencia de la acción de tutela:

##### **1. CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

**1.1** La situación actual sobre este tema es que por regla general la acción de tutela no procede contra los autos y sentencias de los jueces de la República y excepcionalmente si procede la acción constitucional contra providencias judiciales, cuando se cumplan las causales genéricas como especiales de procedibilidad. A dicha conclusión se llega con la revisión de las sentencias hito sobre este tema y concretamente la C 543/92 y la C 590/05. La última sentencia realiza una clasificación de las causales de procedibilidad de la acción de tutela de la siguiente manera:

**“LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES SON LOS SIGUIENTES:**

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión

judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

## 1.2 INEXISTENCIA DE CADUCIDAD O PRINCIPIO DE INMEDIATEZ.

a) El artículo 86 de la Constitución Política regula la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y advierte que se puede presentar **“en todo momento y lugar”**, lo que significa que la acción de tutela no prevé término de caducidad o de prescripción, lo que si precisa el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, es que la tutela no procederá **“cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”**.

b) En efecto, desde la polémica T- 543 de 1991, la Corte Constitucional estableció que no existe un término de caducidad para la interposición de tutela y así lo reitera en varios de sus pronunciamientos, en especial en la Sentencia SU – 961 de 1999, cuando advierte que: **“Así, se ha dicho que la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, es decir que no tiene término de caducidad, así pues, el juez no puede rechazarla aduciendo que transcurrió demasiado tiempo ,y por el contrario debe entrar el asunto de fondo...”**;

c) Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela debe ser propuesta en un término razonable posterior a la violación del derecho fundamental, lo que ha dado paso a la formulación del principio de inmediatez. Como botón de muestra destaco la Sentencia SU – 961 de 1969, en la que se dispuso que la tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable.

d) De igual manera, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha venido atenuando el principio de la inmediatez en aras de dar paso al principio de acceso a la justicia, desarrollando algunas hipótesis de aplicación cuando la vulneración de los derechos fundamentales aún con el transcurso del tiempo continúa y es actual, incluso luego de pasados varios años de haberse proferido los actos o decisiones judiciales que afectan los derechos fundamentales. así lo reconoce la sentencia T- 144 de 2012:

**“Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado algunos eventos –por supuesto no taxativos- en que esta situación se puede presentar:**

- **La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.**

- **Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.**

- **Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “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”.**

e) En el caso que nos ocupa, no se aplica el principio de inmediatez porque la sentencia de segunda instancia objeto de la tutela se expidió el 15 de julio de 2020, notificada al correo electrónico el día 24 de julio de 2020 y notificada por edicto durante los días 24 a 28 de julio de ese año, fecha a partir de la cual empiezan a contarse los seis meses que tiene establecido la Corporación para la interposición de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1.3 Además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de **REQUISITOS O CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD**, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- h. Violación directa de la Constitución.

1.4 La Corte Constitucional ha precisado en reiteradas jurisprudencias la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias judiciales, como botón de muestra destacamos dos jurisprudencias:

a) Sentencia C-543 del 1° de octubre de 1992, Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ: **“De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada de la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputable al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo**

**cual si esta constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.**

b) Sentencia S.U. 087 de 1999, también con ponencia del Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ, donde recoge el criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia C-543 de 1992: **“Tiene dicho la jurisprudencia con base en la Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, que, habiendo sido declarada inexecutable la acción de tutela indiscriminada contra providencias y actuaciones judiciales, no puede acudirse a ese instrumento para controvertirlas, a menos que exista un perjuicio irremediable para evitar el cual quepa el amparo transitorio, o que el juez haya incurrido en ostensible e inocultable vía de hecho”.**

La jurisprudencia ha establecido que una vía de hecho se configura cuando concurre uno de los siguientes supuestos: **“La Corte ha considerado que una sentencia podrá ser atacada a través de la acción de tutela cuando (1) presente un defecto sustantivo, es decir cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y (4) presente un defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones...”** (subraya la Sala).

**... es decir que, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria, caprichosa y subjetiva, y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con al voluntad del ordenamiento jurídico” (subraya la Sala) (Cita hecha en la Sentencia del 1º de agosto de 2002 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ).**

## **2. EN EL CASO QUE NOS OCUPA NO EXISTE OTRA VIA DE DEFENSA JUDICIAL.**

De acuerdo a lo previsto en el art. 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela solo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trate de evitar

la consumación de un perjuicio irremediable. En el caso bajo estudio, no procede otro medio de defensa judicial porque se trata de un proceso ordinario concluido en primera y segunda instancia.

## **V. HIPOTESIS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PROVIDENCIA JUDICIAL CUESTIONADA.**

De una revisión atenta y detenida del proceso contencioso administrativo se concluye que se presentan las siguientes causales de procedibilidad especial de la acción de tutela contra providencias judiciales:

### **1. VIA DE HECHO JUDICIAL POR DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO.**

Como ya se expuso anteriormente, según la Sentencia T – 302 de 2006, se configura vía de hecho por defecto sustantivo y hay lugar a la interposición de la acción de tutela en contra de una providencia judicial: **“(i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, lo cual ocurre cuando, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente, o no se encuentra vigente por haber sido derogada, o por haber sido declarada inexecutable; (ii) cuando la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce Sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicable; o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, su aplicación al caso concreto resulta inconstitucional, por ejemplo, por violar otras normas constitucionales...”**

Recordado brevemente la doctrina sobre la vía de hecho por defecto sustantivo, a continuación se pasa a examinar brevemente las causales que se estructuran en el presente caso:

#### **1.1 DEFECTO SUSTANTIVO CUANDO LA NORMA APLICABLE AL CASO CONCRETO ES DESATENDIDA Y POR ENDE INAPLICADA.**

La Corte Constitucional en Sentencia T – 462 de 2003, explico que: **“una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador...”**

### **1.1.1 PRIMERA HIPOTESIS: EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA DESCONOCE EL PAPEL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS ANTIJURIDICOS PRODUCIDOS EN LA PRESTACION DEL SERVICIO O ACTIVIDAD MEDICA.**

1. El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, RODRIGO UPRIMNY YEPES, en el ensayo “LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO”, nos enseña que el juez del Estado Social de Derecho debe respetar al menos tres exigencias fundamentales derivadas de los principios constitutivos del Estado Social de Derecho.

**“De un lado, y conforme a la filosofía liberal, el juez debe garantizar las libertades de las personas por medio de decisiones previsibles, esto es, jurídicamente seguras. La seguridad jurídica es así no solo un mecanismo indispensable al capitalismo y a la economía de mercado –como lucidamente lo ha demostrado Weber (3)- sino que constituye sobre todo un instrumento para que la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de los asociados.**

**De otro lado, en virtud de la idea de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos, puesto que el juez no tiene una fuente de poder autónomo, pues carece de legitimación democrática. El juez debe entonces respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular.**

**Y finalmente, como si fuera poco, el juez debe lograr decisiones materialmente justas, puesto que, en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente justa”** (UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 4. Santafé de Bogotá D.C. Universidad Nacional de Colombia, 1995, pp 132-133).

2. En el paradigma de la nueva Constitución, el juez es verdadero creador de derecho. El art. 230 de la Carta Política que preceptúa que el juez está sujeto en sus providencias al imperio de la ley, debe entenderse el concepto de ley en sentido material, esto es la Constitución, la ley, los decretos y demás actos jurídicos. Así las cosas, el juez para aplicar la ley debe siempre tener presente que como órgano estatal debe cumplir la misión de garantizar la vigencia del orden justo y ello no es posible sino vertiendo de equidad la

norma. “El Estado de hoy en día, no se limita a ejercer la función tradicional de ser juez y gendarme del orden público, sino que bajo la concepción de Estado social de derecho, le han otorgado atribuciones para que aporte soluciones y propuestas que permitan superar los desequilibrios y facilite convocatorias para que los ciudadanos puedan intervenir en la solución de los conflictos y en la materialización del derecho” (TORRES CORREDOR, Hernando. Acceso a la justicia. Caminos para hacer efectivo el derecho. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 4. Santafé de Bogotá D.C. Universidad Nacional de Colombia, 1995. pp. 96).

3. En tal orden de ideas, el juez y en especial el Juez Administrativo (Tribunal Administrativo de Nariño) en la resolución de los casos puestos a su consideración como el asunto que nos ocupa, debe tener en cuenta el paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho y con mayor razón en la interpretación y aplicación de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual cambió a propósito de la expedición de la Constitución Política de 1991. En efecto, a continuación destacamos dos jurisprudencias de la Corte Constitucional sobre el papel del Juez en un Estado Social de Derecho.

a) **SENTENCIA T – 406 DE 1992.** “El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”.

b) **SENTENCIA C – 1062 DE 2000.** “La entrada en vigencia de un régimen constitucional, a través de la expedición de la nueva Constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal”.

c) **SENTENCIA C-083 de 1995.** “En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro

de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes. En virtud de la importancia que tiene para el sistema jurídico este momento crítico de aplicación de la ley, esta Corte ha reiterado la idea de que “Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que, sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es...”.

d) **SENTENCIA SU – 837 DE 2002.** “Las consideraciones anteriores no apuntan a señalar hitos históricos en la evolución del concepto, sino que son pertinentes en la medida en que indican tres rasgos característicos de la equidad. El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso.

La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal...”.

4. De acuerdo con lo anterior, los fundamentos de la responsabilidad administrativa o de la responsabilidad extracontractual del Estado, a saber: la falla en el servicio, daño especial y riesgo excepcional (regímenes subjetivo y objetivo de responsabilidad) y concretamente lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado ha cambiado sustancialmente a partir de la Constitución Política de 1991 y en especial en lo que respecta a la falla por la prestación del servicio médico oficial, pues el Juez debe resolver los casos con fundamento en la justicia material y no en la justicia formal. En el presente caso, el Despacho considera que no se da la hipótesis de falla en el servicio o responsabilidad patrimonial del Estado porque no está demostrado que el suicidio del joven OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY haya sido consecuencia de la

interpretación e información equivocada del diagnóstico del VIH, supuestamente porque la nota o carta escrita por el citado joven antes de su muerte no hace alusión a dicho tema, lo cual respeto sin embargo, no comparto, porque el suicidio del citado adolescente tuvo como antecedente inmediato el hecho de la información brindada por la profesional de la medicina.

5. Descendiendo al caso bajo examen, se observa claramente que el fallo recurrido no fue consecuente con la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico; en primer lugar, desconoce el derecho fundamental de acceso a la justicia; en segundo lugar, no tuvo en cuenta la normatividad aplicable al caso concreto en materia de responsabilidad del Estado en esa materia y en tercer lugar, desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado- SCA- Sección Tercera sobre este punto; por lo que en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado, con base en las circunstancias fácticas descritas en la demanda, se concluye que mis representados no estaban en la obligación de soportar el daño, por falla en el servicio que el Estado le irroga y que por tanto debe ser calificado como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la entidad demandada de resarcirle los perjuicios que se causaron; aspectos que constituyen razones de inconformidad con la sentencia objeto de la acción de tutela.

### **1.1.2 SEGUNDA HIPOTESIS. LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA QUEBRANTÓ LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO MEDICO OFICIAL Y POR ENDE INAPLICÓ LOS ARTÍCULOS 6, 49 Y 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL ARTICULO 2341 DEL CÓDIGO CIVIL.**

1. De la lectura del art. 1° de la Constitución Política de 1991 se infiere que los fundamentos del Estado Social de Derecho son cuatro, a saber: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Estos cuatro principios son la base del Estado y de igual manera son criterios inspiradores para la producción de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, como también de la interpretación del sistema normativo. Ellos son normas jurídicas obligatorias para los gobernantes y gobernados, con la característica que se desarrolla en otras disposiciones de la misma Constitución, como en el resto del ordenamiento jurídico.

2. El art. 2 de la Constitución Política de 1991 establece los fines del Estado Social de Derecho Colombiano. Uno de esos fines está consagrado en el inciso 2° de la citada disposición, cuando predica que las autoridades de la República están instituidas para

proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Cuando la norma en comento ordena que las autoridades deben proteger a todas las personas residentes en Colombia, no excluía de aquella protección al señor OSCAR FERNANDO DIAZ .

3. Por su parte, el art. 90 de la Ley Fundamental consagra la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y privadas demandadas.

4. El art. 86 del C. C. A. (modificado por el art. 31 de la Ley 446 de 1998) regulaba la acción de reparación directa, según la cual la persona interesada (pública o privada) podía demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

5. El Código Civil Colombiano en el art. 2341 y siguientes consagra el principio general del derecho, que se encuentra positivado en el ordenamiento jurídico colombiano según el cual, él que causa o ha inferido daño a otro esta en la obligación de repararlo o indemnizarlo.

6. Descendiendo al asunto que nos ocupa, se desatendió la aplicación de las normas constitucionales y legales relacionadas anteriormente y por lo tanto se observa que el daño, es decir, el suicidio del señor OSCAR FERNANDO DIAZ, es imputable únicamente a las entidades demandadas sin que exista ninguna causa exonerativa de la responsabilidad porque el daño obedeció a una falla del servicio atribuible a las entidades demandadas, porque la médico tratante adscrita al Centro de Salud de Catambuco, no actuó con la diligencia y cuidado que el caso requería, pues simplemente se limitó a manifestarle a la paciente que era portadora del virus del VIH y cuál debía ser la conducta a seguir; sin embargo, nunca le advirtió tanto a la paciente como a su compañero sentimental sobre el grado de efectividad de las pruebas, que por lo tanto se le realizarían otras pruebas y establecer definitivamente si era o no portadora del sida; dado que, los protocolos de la medicina moderna, ordenan o recomiendan realizar dos veces la prueba de ELISA si el primer resultado es positivo; y, en el evento en que las dos pruebas adicionales resulten positivas, entonces debe administrarse una prueba confirmatoria. Procedimientos que en el caso de mi poderdante jamás se realizaron; situación que conlleva a generar responsabilidad por parte de las entidades demandadas.

7. Con los medios de prueba tanto documental, testimonial y la prueba indiciaria que reposa en el expediente demuestran que efectivamente los daños causados a mis poderdantes fue consecuencia de un diagnóstico equivocado por la médico tratante de la señora AYDA MILENA JOJOA, pues el hecho de haberles comunicado tanto a mi poderdante como a su pareja produjo en su compañero alteraciones o procesos de cambios en sus vivencias, proyectos, percepciones, expectativas, hábitos etc., especialmente alteró su estado psicológico que lo conllevó al suicidio. Además, a mi poderdante y a su compañero no se les asignó un Psicólogo o Trabajadora Social para que asuma el asesoramiento al paciente y a su familia para superar los procesos psíquicos complejos que produjo el hecho de enterarse que eran portadores del sida. Es más ni siquiera antes de realizarles la prueba del VIH se les brindó la asesoría psicológica que el caso ameritaba.

8. Sin duda alguna, el fallo de segunda instancia desató los principios rectores y la normatividad constitucional y legal que regula la responsabilidad patrimonial del Estado en materia de prestación del servicio médico oficial y lo que es más grave desató el precedente judicial establecido por la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre este tema y en particular la responsabilidad patrimonial por error de diagnóstico e interpretación equivocada del mismo; en otras palabras, es más consecuente con dichos principios y normatividad el fallo de primera instancia que declaró la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso concreto en aras de garantizar el derecho fundamental a la vida, salud e integridad personal de los integrantes de las familias DIAZ JOJOA y DIAZ CHACHINOY.

### **1.1.3 TERCERA HIPOTESIS: LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DESCONOCE LOS PRINCIPIOS DE LA ÉTICA MÉDICA Y EN ESPECIAL LOS DEBERES DEL MÉDICO EN RELACIÓN AL PACIENTE – DEBER DE INFORMACIÓN VERAZ – ERROR DE INFORMACIÓN DE DIAGNÓSTICO DE VIH Y EN CONSECUENCIA SE INAPLICÓ LOS ARTICULOS 11 Y 15 DE LA LEY 23 DE 1981 (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA).**

1. La Ley 23 de 1981 consagra el Código de Ética Médica y por la importancia que tiene para la presente acción de tutela se destacan las siguientes disposiciones que se refieren a los deberes del médico con el paciente y en especial el de información o consentimiento informado y la actividad del médico ante el paciente caracterizado por el apoyo.

a) **ARTICULO 11.** La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación, y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

**b) ARTICULO 15.** El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en CONCEPTO 109 de 15 de septiembre de 2016, sobre el tema: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS PROCEDIMIENTOS MÉDICOS A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, se refiere a este tema con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que se cita in extenso: “La jurisprudencia constitucional ha señalado que en virtud del principio de autonomía individual, todo paciente debe prestar su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico, hospitalario y quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico.

De igual manera, los artículos 1 y 15 de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, señalan que “(...) el médico debe considerar y estudiar al paciente, **como persona que es**, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes (...). De modo que: “(...) **Pedirá su consentimiento** para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectado física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

Es de vital importancia la existencia de tal consentimiento que en el ordenamiento internacional se ha establecido como un derecho fundamental autónomo. En efecto, en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina del 4 de abril de 1997 se consagró:

**“Artículo 5. Consentimiento. Regla general.** Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. // En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dicho consentimiento se caracteriza por ser libre, informado, autónomo, constante y, cualificado. Sobre la naturaleza de cada una de estas características, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-560A de 2007:

El citado acuerdo es libre e informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de perjuicio o coacción que limite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan contrar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre, a manera de ejemplo, con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento debe constar como mínimo por escrito. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, de tal manera que permita mantener con firmeza la decisión que requiera el cuidado y atención de un estado patológico, y por lo mismo, rechace cualquier determinación que responda a una situación irreflexiva o precipitada.

Respecto a los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, son sus padres o sus representantes legales los que deben prestar la autorización para la realización de cualquier procedimiento o tratamiento médico, lo que se ha denominado como “consentimiento sustituto”. No obstante, lo anterior este consentimiento no se traduce en un poder absoluto, sino que, por el contrario, debe tenerse en consideración la opinión de los menores de 18 años, y bajo ciertas circunstancias, solo será válido el consentimiento emanado de los infantes.

El consentimiento sustituto es una manifestación de la patria potestad, a través de la cual se pretende mejorar las condiciones de salud de los hijos, por cuanto se supone que, en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal. Esta figura se identifica en la doctrina con el nombre de consentimiento orientado hacia el futuro.

En este orden de ideas, se ha dicho que tal facultad garantiza la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo y se encuentra consagrada en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 que dispone “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la

previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata".

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la garantía del derecho a la vida y a la salud implica que los pacientes obtengan información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece. Lo anterior con el fin de que el sujeto afectado, en ejercicio de la cláusula general de libertad, esté en condiciones de optar, de forma autónoma, por el tratamiento que juzgue conveniente o por la no práctica de terapia alguna.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-052 de 2010 sostuvo:

“Siendo titular de su propia vida, la decisión respecto de los medios o recursos disponibles para la recuperación de la salud es desarrollo de la autonomía personal del paciente, la cual se encuentra íntimamente relacionada con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas, superándose así la visión paternalista de la salud -que rigió por mucho tiempo- según la cual el médico aceptaba libremente las determinaciones clínicas a favor de su paciente sin su pleno consentimiento.

En este sentido, ha considerado el alto tribunal que el consentimiento informado implica que el médico tiene la obligación de ilustrar, con base en su conocimiento técnico, el procedimiento o tratamiento que constituya la mejor alternativa para curar, paliar o mitigar el dolor que produce la enfermedad del paciente. Así, “le compete al profesional de la salud explicar de modo claro, completo detallado y preciso las ventajas, implicaciones y riesgos que le puede traer su práctica, con el fin de que el paciente se haga cargo de su propia situación”.

Por su parte, el paciente tiene el derecho a elegir si se somete o no al procedimiento, de conformidad con sus concepciones personales y sus creencias, “sin que se le pueda imponer una vía terapéutica en contra de su voluntad, aunque según el criterio médico esa resulte ser más idónea o la curativa de la enfermedad”.

3. En esta misma línea, el Consejo de Estado – SCA- Sección Tercera, en sentencia del 15 de octubre de 2008, Exp. 1994-00061 (16350). C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA sobre el CONSENTIMIENTO INFORMADO-Menor / CONSENTIMIENTO INFORMADO –Características, dijo: “Cabe agregar que no se surtió el trámite del consentimiento informado cuando se decidió intervenir quirúrgicamente al menor Rodríguez de forma apresurada. El único documento que obra dentro del expediente es la autorización de servicios suscrita por el padre del menor, en relación con todos los servicios médicos, de

laboratorio y quirúrgicos que pudieran requerirse. Para la Sala, el anterior documento no contiene una autorización debidamente informada de los padres del paciente, pues no se les advierte sobre las particularidades del procedimiento quirúrgico, los riesgos del mismo, ni las posibles secuelas que podrían sobrevenir, máxime cuando se trataba de una cirugía que podía esperar. Sobre la obligatoriedad de informar de manera oportuna y diligente al paciente, la Sala ha explicado que solamente se exceptúa al médico de dicho deber en los casos de urgencia o emergencia, especialmente cuando el paciente está inconsciente o en peligro de muerte. Por lo tanto, por regla general, los médicos están obligados a obtener la autorización para toda terapia, excepto cuando las particularidades del caso lo impliquen y, en esos eventos, deben probar la necesidad de esa omisión, cosa que no sucedió en este caso...”.

4. De otra parte, la jurisprudencia administrativa se ha referido a la responsabilidad patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico oficial y concretamente el error de diagnóstico no solo con respecto a la práctica del mismo sino a la información e interpretación que del mismo se hace y se le informa al paciente o a sus familiares. En Sentencia de 12 de febrero de 2009 – C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA dijo: DIAGNOSTICOMEDICO-Error. Incompleto/ DIAGNOSTICO ERRADO-Relevancia/DIAGNOSTICOMEDICO-Etapas/ DIAGNOSTICO ERRADO-Falla del servicio médico/ FALLA DEL SERVICIO MEDICO-Diagnóstico. Error. La doctrina jurídica especializada ha dicho que el diagnóstico puede descomponerse en dos tipos de actuaciones. En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entra todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienza con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan, y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etcétera. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios. En una segunda etapa, una vez recogidos todos los datos obtenidos en el proceso anterior, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación, “coordinándolos y relacionándolos entre sí, siendo también precisa su comparación y contraste con los diversos cuadros patológicos ya conocidos por la ciencia médica; es decir, se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones de emitir un juicio. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado en qué consiste la falla en el servicio médico con ocasión de un diagnóstico al decir que “lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado. Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo. Como punto de partida, es indispensable señalar que existe una diferencia

sustancial entre el diagnóstico dado al paciente y la necropsia. En el primero, se concluyó que el señor Herrán padecía enfermedad diarreica aguda, mientras que en la segunda se definió que la causa de su muerte había sido insuficiencia respiratoria por neumonía. Lo anterior constituye un claro caso de diagnóstico incompleto o errado puesto que si bien es cierto que el paciente adolecía de diarrea, también lo es de manera concomitante con esta padecía de neumonía, y que fue esta última la que le causó la muerte. Para la Sala, esa ausencia de diagnóstico y tratamiento oportunos, constituye una clara falla del servicio. La muerte se produjo, sin duda, debido a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, tuvo por causa el no esclarecimiento a tiempo del diagnóstico. La historia clínica presenta falencias y contradicciones que llevaron a que el diagnóstico fuera incompleto o errado, es decir, que más que un error en el juicio hecho sobre la valoración clínica, se trata de un error derivado de las omisiones y faltas en la evaluación de las condiciones de salud del paciente, por no haberse tomado todas las medidas necesarias para examinarlo completamente”. Nota de Relatoría: Ver sentencias de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, Actor: Lino Antonio Amórtegui, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; de 22 de junio de 2001, exp. 12701, Actor: Mariela Martínez de Fonseca, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez y de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, Actor Josué Reinaldo Durán Serrano y otros, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

5. Descendiendo al caso que nos ocupa, contrario a lo resuelto por la sentencia objeto de la acción de tutela, considero respetuosamente que se incurrió en vía de hecho sustancial y concretamente se inaplico las disposiciones relacionadas con el Código de Ética Médica en lo relacionado con el deber de los médicos respecto a sus pacientes de brindar información sanitaria veraz y el apoyo, humanidad y solidaridad, tal como se pasa a estudiar a continuación:

a) En efecto, el médico está obligado a otorgar una información sanitaria veraz ya sea al paciente o representante legal referida a estudios, tratamientos y a las personas vinculadas a el por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo autorice o solicite expresamente.

b) Tal como lo destacó el fallo de primera instancia en este caso existió una falla en el servicio medico consistente que no se siguió el protocolo analizado para la practica y comunicación de los resultados de la prueba de VIH, pues la Dra. Carolina López funcionaria vinculada a la Alcaldía Municipal de Pasto, Unidad Administrativa Especial de Seguridad Social en Salud, Centro de Salud de Catambuco (fl. 126) incurrió en error en la asesoría Post-Test prestada a la demandante Ayda Milena Jojoa Paz y su pareja Oscar Fernando Díaz Chachinoy, el 10 de enero de 2006, dado que se encuentra demostrado que

el resultado de la prueba confirmatoria Western Blot fue Negativo (fl.123), y la mencionada profesional lo interpretó equivocadamente al informarle a la señorita Jojoa Paz que era VIH Positivo como se observa en su Historia Clínica (f. 126), cosa que no era cierta (fl.126. vuelto) y en su interrogatorio de parte esta señaló que además la Dra. López le informó a su pareja Oscar Fernando Díaz Chachinoy que era portador de la enfermedad y que la había contagiado, situación que desencadenó el daño antijurídico consistente en su suicidio ese mismo día en horas de la noche (fl. 15), encontrándose demostrada la existencia del daño antijurídico, el nexo causal y el título de imputación por su causación al Municipio de Pasto, razón por la que se niegan las excepciones que este propusiera dada su responsabilidad.

c) De igual manera, la Dra. PAULA CAROLINA LOPEZ medica adscrita a la Dirección Municipal de Salud en el Corregimiento de Catambuco para la época de los hechos incurrió un error al interpretar los exámenes de laboratorio de la paciente AYDA MILENA JOJOA PAZ y dicha conducta constituye falta a la ética profesional y concretamente la falta prevista en el artículo 11 de la Ley 23 de 1981, que advierte que el medico evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

d) En efecto, al brindar la atención a la citada paciente e informar a su madre y a su compañero OSCAR FERNANDO DIAZ hizo un diagnóstico y pronóstico de VIH positivo, cuando en realidad no se encontraba presente esa patología como está demostrado con las pruebas confirmatorias practicadas y sin las bases científicas suficientes para asumir dicha conducta; es decir, esa conducta debe tener implicaciones desde el punto de vista disciplinario y también de responsabilidad administrativa.

f) El diagnóstico y la interpretación equivocada del mismo trajo consecuencias de preocupación en la paciente y en su compañero permanente a quien le participo de la información a solicitud de la menor AYDA MILENA JOJOA y las mismas pudieron ser obviadas por parte de la profesional de la medicina, si se hubiese obrado con mayor pericia y cuidado. Dicho comportamiento de la médica tratante es contrario a la ética profesional y el mismo esta probado con la prueba documental y testimonial, pues se suministró a la paciente y a su compañero una información prematura, precipitada, sin confirmación y violatoria de los protocolos establecidos por las autoridades para ello, acerca de un diagnóstico de infección con el virus de sida que a la postre no resultó correcto. Este

antecedente fue la causal del daño producido a los demandantes y en especial al joven OSCAR FERNANDO DIAZ, quien a razón de lo anterior se suicidó y dicha actuación no fue deliberada sino que se produjo como consecuencia de la crisis emocional que afrontaba al recibir una noticia inoportuna e incompleta sobre diagnóstico de VIH, que a fin de cuentas no resultó correcto; sin embargo, ya había causado el daño.

g) Así las cosas, no es cierto, lo considerado por el fallo objeto de tutela, cuando considera que en el caso que nos ocupa, que el daño no es imputable a la entidad demandada porque es difícil determinar las causas de un suicidio y específicamente, en el sub judice no es posible establecer con meridiana certeza los motivos que ocasionaron el mentado suicidio, pues ello atañe a la determinación de cada persona; por el contrario considero respetuosamente que el antecedente inmediato y la causa del suicidio fue la noticia, se reitera inoportuna e incompleta sobre el diagnóstico del VIH positivo, que le produjo OSCAR FERNANDO DIAZ.

#### **1.1.4 CUARTA HIPOTESIS: LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA NO RESPETO LA LINEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO – SCA- SECCION TERCERA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO MEDICO – FALSO POSITIVO – EXAMEN ERRADO DE VIH – SIN RECONFIRMAR.**

La sentencia de segunda instancia no tuvo en cuenta la jurisprudencia administrativa establecida por el Consejo de Estado – SCA- Sección Tercera en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio medico oficial y concretamente sobre el error de diagnóstico falso positivo – examen errado de VIH – sin reconfirmar y como botón de muestra destaco las siguientes:

**1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Instituto de Seguros Sociales / FALSO POSITIVO - Examen errado de VIH sin reconfirmar / DIAGNOSTICO DE VIH - Pruebas. Elisa y test Lia Tek / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Configuración / CIRUGIA - Histerectomía / HISTERECTOMIA - No se practicó por error en el diagnóstico de VIH / FALLA DEL SERVICIO - Omisión de protocolo en la información suministrada al paciente / COMUNICACION AL PACIENTE DEL DIAGNOSTICO DEL VIH - Falta de procedimiento, señaló:**

La falla del servicio en que incurrió la entidad demandada no fue haber efectuado un examen errado de VIH, puesto que se probó que para definir la existencia de esta enfermedad es necesario practicar dos pruebas, la de Elisa y otra mediante la cual se

verifique su resultado, como es el test de Lia Tek; y cuando la Clínica San Pedro Claver del Instituto de Seguros Sociales realizó esta segunda prueba, desvirtuó los hallazgos iniciales; esto es, el falso positivo que arrojó para la actora, la prueba de Elisa. La falla del servicio, a juicio de la Sala, consistió en que i) la Clínica San Pedro Claver, al comunicarle a la demandante el resultado de la primera prueba que le fue practicada, no siguió el protocolo establecido para informar a los pacientes del diagnóstico de VIH y por lo tanto no le entregó la información completa en relación con el procedimiento a seguir, ii) se demoró en practicar la segunda prueba necesaria para confirmar o descartar el diagnóstico, obligando a la paciente a recurrir a otras entidades en busca de dicha prueba y iii) se abstuvo de practicar, en razón del diagnóstico inicial de VIH, la cirugía indicada para su estado de salud; diagnóstico que, a la postre, resultó erróneo, como lo estableció luego la propia demandada –ver párrafo 29-, sin perjuicio de que la demandante hiciera lo propio en la Cruz Roja –ver párrafo 28- antes del resultado que arrojó el test de Lia Tek, y en el Instituto Nacional de Salud –ver párrafo 30-, después del mismo. Esta circunstancia, permite advertir la errada actuación en la que incurrió la entidad demandada, al comunicar un diagnóstico tentativo, inicial, antes de proceder a su confirmación y sin adelantar el procedimiento indicado por los protocolos del caso, que indicaban el acompañamiento del paciente por el médico tratante o personas entrenadas en el proceso de información de este diagnóstico” (Sentencia del 10 de febrero de 2011)

## **2. FALLA MÉDICA – Presupuestos / ACTO MEDICO COMPLEJO – Clasificación / ACTO MÉDICO PROPIAMENTE DICHO – Error de diagnóstico / ERROR DE DIAGNÓSTICO – Demostración.**

Tal como lo ha señalado la Sala en oportunidades anteriores, la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades estas últimas que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Todas estas actuaciones integran el “acto médico complejo”, que la doctrina, acogida por la Sala clasifica en: (i) actos puramente médicos; (ii) actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico, que por lo general son llevadas a cabo por personal auxiliar, en la cual se incluyen las obligaciones de seguridad, y (iii) los actos extramédicos, que corresponden a los servicios de alojamiento y manutención del paciente, clasificación que tuvo relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer frente a los casos concretos el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes (...) Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico,

porque a partir del mismo se define el tratamiento posterior. Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente. En los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, deberá estar demostrado que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque se omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y sería omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad (...) Así las cosas, teniendo en cuenta que el error de valoración del paciente en la primera consulta que se realizó el 18 de junio de 1997, constituyó un factor determinante para las complicaciones que se presentaron por la infección que afectó su ojo derecho, debido a que una evaluación clínica realizada oportunamente con base en la lex artis y en las reglas de la experiencia, acompañada de una intervención adecuada, hubieran evitado o al menos mitigado las consecuencias indeseadas, la Sala imputa la producción del daño a la entidad demandada, debido a que el servicio médico se brindó al demandante sin atender las circunstancias que rodeaban su caso y la urgencia que denotaba el accidente que sufrió. (Consejo de Estado – SCA- Sección Tercera – Subsección B. C.P. Dr. RAMIRO PAZOS GUERRERO. Sentencia del 3 de octubre de 2016; Exp. 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057))

### **1.1. 5 QUINTA HIPOTESIS: EN EL PEOR DE LOS CASOS EL JUEZ DEBIO APLICAR EL PRINCIPIO DE COMPENSACION DE CULPAS O CONCURRENCIA DE CAUSAS PREVISTO EN EL ARTICULO 2357 DEL CODIGO CIVIL.**

1. Otra de las razones para disentir respetuosamente del fallo de segunda instancia es que revoca la sentencia expedida por el Juzgado Único Administrativo de Leticia y deniega totalmente las pretensiones de la demanda, argumentando que si bien es cierto existió el daño éste no es imputable a la entidad demandada, sino que el suicidio obedeció a la autodeterminación del señor OSCAR FERNANDO DIAZ, haciendo entrever que pudo haberse presentado una causal de exoneración consistente en culpa exclusiva de la

víctima, por lo que es necesario estudiar brevemente esta causal de exoneración de responsabilidad, el principio de concurrencia de culpas y si este se configura en el caso que nos ocupa.

2. Ahora, de otra parte, para que la culpa exclusiva de la víctima pueda ser exonerante de responsabilidad o disminuya el monto de la indemnización según sea el caso, debe llenar los siguientes requisitos:

a) Tener un nexo de causal único (compartido solo disminuye la indemnización) con el resultado. Los hechos cometidos por la víctima que no tengan un nexo de causalidad única o compartido con el resultado son intrascendentes y por lo tanto no tienen ninguna consecuencia o repercusión en el monto de la indemnización.

b) La culpa exclusiva de la víctima, que se imputa a la víctima no puede originarse o tener relación con el causante o demandado. Por lo tanto el causante no debe haber provocado o causado el hecho de la víctima. Si el causante lo provocó o lo causó parcial o totalmente no tiene el hecho de la víctima ninguna consecuencia liberatoria.

3. Sobre el tema la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Tercera, dice lo siguiente:

a) “Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad: fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente: (...) Por otra parte, a efectos de que operen los mencionados eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder, activo u omisivo, de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores

respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del 24 de marzo de 2011).

b) “Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado: “... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño...”

De igual forma, se ha dicho: “... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

**-Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe**

**declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil”.**

(Subrayado y negrillas fuera de texto) (Consejo de Estado – SCA- Sección Tercera-Subsección A- CP Dr. HERNAN ANDRADE RINCON- Sentencia del 8 de febrero de 2017)

4. Con fundamento en lo antes expuesto, en gracia de discusión, aún aceptándose que la conducta de la víctima pudo tener algún grado de influencia en la determinación del daño, considero que la misma no podía tener la magnitud suficiente para ser la causa exclusiva del daño, por ello en aras de la aplicación de los principios de equidad y de justicia, solicito como alternativa una solución más garantista y acorde con la realidad procesal, esto es la aplicación del principio de concurrencia de culpas o con causalidad.

## **2 VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO POR OMISION DE CONSIDERACION DE MEDIOS PROBATORIOS APORTADOS (AUSENCIA DE VALORACIÓN).**

2.1 En sentencia T – 442 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA CARBONEL, sobre este defecto dijo: “La negación o valoración arbitraria irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba, u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”.

2.2 En este mismo sentido la Corte Constitucional sobre vía de hecho judicial por defecto fáctico o absoluto, en Sentencia T – 329 de 1996, dice lo siguiente: “**VIA DE HECHO-Omisión de apreciación de pruebas/ACCION DE TUTELA-Omisión de apreciación de pruebas: “Cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y**

**distorsiona el fallo, el cual no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.**

2.3 El Tribunal Administrativo de Nariño no valoró el caudal probatorio aportado al proceso por la parte demandante y en especial la prueba documental, testimonial, interrogatorio de parte y prueba pericial que reposa en el proceso de reparación directa que demuestran claramente la responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio de salud y concretamente en la interpretación y comunicación del resultado de las pruebas de VIH que a la postre resultó negativo; sin embargo, fue la causa y antecedente inmediato para que el joven OSCAR FERNANDO DIAZ bajo un profundo estado de depresión y crisis emocional tomara la decisión de suicidarse, razón por la cual no es procedente en el presente caso lo considerado en la providencia objeto de la tutela, cuando afirma que el daño no es imputable a la entidad demandada porque no se demostró con la carta firmada por el señor DIAZ CHACHINOY que el suicidio obedezca a la información que le suministro la profesional del Centro de Salud de Catambuco que era portador de VIH, como si la carta hubiera sido la única prueba para demostrar el suicidio.

2.4 En efecto, el Tribunal Administrativo de Nariño no valoró los siguientes medios de prueba que reposan en el proceso de reparación directa y que fueron juiciosamente analizados en el fallo de primera instancia:

**a) PRUEBA DOCUMENTAL.**

1. Historia clínica de la paciente AYDA MILENA JOJOA, en la cual reposan los exámenes clínicos y paraclínicos relacionados con las pruebas de VIH.

A folios 121 y 122 se encuentran los Resultados del Instituto Departamental de Salud de la **"PRUEBA UMELISA HIV 1+2"**, **"Técnica: Elisa (prueba de Tamizaje)** se tomaron dos muestras el día 21/10/05 y el día 10/11/05 obteniéndose el resultado el mismo día de su toma siendo este **"RESULTADO: REACTIVO"**. La muestra fue remitida por el Hospital Civil de Pasto, los Resultados aparecen suscritos por **Carlos Alberto Isacaz A, Bacteriologo Laboratorio Salud Pública.**

A folios 123 y 124 obran Resultados de Laboratorio del Instituto Departamental de Salud para la **"PRUEBA CONFIRMATORIA DE ANTICUERPOS ANTI-VIH-1"**, **"Método: Western Blot Kit: DAVIH-BLOT- VIH 1"** con **"Resultado: NEGATIVO"**. La fecha de recibo de la muestra fue el 16/11/05 y fue remitida por el Hospital Civil de Pasto, la fecha de su resultado fue el 13/12/05, la firma responsable es de **María Cristina Aristizábal M.**

Visible a folio 126 se encuentra la siguiente anotación de **"10.01.06"**:

"(...) Diagnostico 1- embarazo 23 sem  
2- (...)  
3- fetounico vivo  
4-VIH + (??)" (Negrillas del Juzgado)

La profesional de la medicina que atendió el caso en uno de los apartes de la historia clínica registra lo siguiente: **"Explica a la paciente el resultado de ELISA y WESTERBLOT se explica en que consiste la enfermedad cual va a ser el manejo y apoyo que va a recibir por parte del personal de social y por parte de Psiquiatría, por solicitud de la paciente se da la información a la madre y a la pareja..."**

2. Resultados de la prueba de VIH del laboratorio clínico Rafael Herrera Velásquez realizados a la paciente **AYDA MILENA JOJOA PAZ.**

Al Laboratorio Clínico Rafael Herrera Velasquez para que remitiera copia auténtica o primera copia del resultado del examen **"H.I.V.I.II ANTICUERPO"** practicado a la señora **AYDA MILENA JOJOA PAZ.** Visibles a folios 371 y 372 se encuentra el Resultado **"NO REACTIVO"**.

## **b) PRUEBA PERICIAL.**

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en dictamen pericial obrante a folios 273 a 276, suscrito por el Psicólogo **VICTOR OSWALDO PEÑA HERNANDEZ,** resalta la importancia del apoyo y asesoramiento de un paciente con diagnostico positivo de SIDA, cuya información debe ser suministrada en presencia de sus familiares y de un Psicólogo, incluso de funcionarios de consejería a la familia, que deben ser funcionarios del ICBF tratándose de parejas menores de edad, protocolo que a nuestro juicio no fue cumplido por los agentes públicos adscritos a la entidad demandada, de dicho dictamen destaco los siguientes apartes:

- c) Establecer cual es la orientación que debe brindar el personal médico tratante desde el punto de vista psicológico y social, tanto al paciente como a sus familiares. A este respecto se contestó en síntesis que **"Por lo común, el cliente solo pondrá atención al resultado mismo. Se volverá a analizar los comportamientos con riesgo que pueden influir sobre la interpretación de dicho resultado."**, sobre la Consejería en la entrega de un Resultado Reactivo (como aquí ocurrió) se explicó **"que algunos clientes infectados por el VIH pueden estar mejor preparados que otros para recibir los resultados positivos de una prueba. La consejería de clientes con resultados positivos debe girar alrededor de las circunstancias específicas de cada cliente y puede tomar más de una de sesión. Los consejeros deben reconocer que el efecto emocional de recibir un resultado reactivo, generalmente impide al cliente absorber otra información durante esta cita. Puede que los consejeros necesiten fijar citas adicionales o referir al cliente a otros servicios que satisfagan sus necesidades y cumplan con los objetivos de la orientación del paciente."** (subrayado y negrillas del Juzgado)

En cuanto a la Consejería a la familia en resumen se indicó entre las Recomendaciones **"Se le debe permitir ventilar los temores ocasionados por el manejo del paciente, puesto que en muchas oportunidades se presentan sentimientos ambivalentes. Se debe valorar la posibilidad de vincular a la familia a los grupos de apoyo."** Como objetivos se fijaron:

- Mejorar la comunicación entre el individuo y su medio ambiente social (familia, pareja, contacto).
- Hacer participe al familiar acompañante de la responsabilidad del estado actual y futuro del consultante.
- Tratar de disminuir el conflicto de tipo individual y grupal referente a la problemática de la infección por VIH.
- Estimular a los miembros de la familia a la participación activa en el apoyo psicológico emocional y material al consultante durante la progresión de la infección.
- Dar a conocer las normas de Bioseguridad en el cuidado domiciliario.
- Crear condiciones que posibiliten el dialogo y la comprensión entre la familia y el consultante.
- Aclarar dudas, temores, y ansiedad con respecto a la infección y el riesgo al interior del hogar."

Que trastornos psicológicos puede causar en el paciente cuando es enterado de que es portador del VIH.

Al respecto se contestó en compendio que la **"(...) comunicación del diagnóstico de infección por VIH al sujeto afectado es una circunstancia catastrófica, que provoca una respuesta emocional relacionada con la percepción que tiene el individuo de la enfermedad y con la evidente estigmatización que supone en el seno de la sociedad. En la mayoría de los casos, la principal preocupación es el miedo a una muerte cercana e inevitable tras un curso doloroso de la enfermedad. Además, se añaden preocupaciones en torno a la pérdida de apoyo, y del afecto de familiares y amigos, a las alteraciones que en su aspecto externo produce la enfermedad y a la pérdida de las facultades mentales. Temen también llegar a ser una carga pesada para su entorno. Otra circunstancia que produce un estrés emocional particularmente intenso en estos pacientes es el miedo a haber contagiado a otra persona en el pasado, hecho que puede desencadenar intensos sentimientos de culpa."**

### c) INTERROGATORIO DE PARTE.

Por solicitud de la parte demandada se ordenó el interrogatorio de parte de las demandantes AYDA MARIELA PAZ TUMBACO y AYDA MILENA JOJOA PÁZ, visibles a folios 344 a 348, madre e hija respectivamente, quienes en la parte pertinente dijeron lo siguiente:

La señora Ayda Mariela Paz Tumbaco declaró;

**"PREGUNTADA:** "Se encuentra usted citada para declarar acerca de la acción de Reparación Directa por usted en contra del MUNICIPIO DE PASTO- INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, sirvase decir todo cuanto le conste sobre los hechos de la demanda **CONTESTO:** mi hija era novia de OSCAR FERADO (sic) DÍAZ, ella asistía al control prenatal el 10 de enero de 2006 a las 7:00 am, como había mucha gente a ella la atendieron a la 1:30 de la tarde, en la mañana se llevo esperando que la atiendan, no la atendían ligero, yo tenía un reunión en pasto de la otra niña, mi hija ya estaba allá en el consultorio, **luego mi otra niña llevo y la encontró llorando en el puesto de salud, entre al consultorio y le pregunte que por que lloraba, ella me dijo que la doctora le había dicho que tenía una enfermedad incurable y el control es muy costoso, le dije, doctora que enfermedad tiene, me dijo está infectada de SIDA, no va a tener el niño normal sino por cesárea y no le va a poder dar el seno porque eso se pasa, yo le dije que porque si no había estado con otros muchacho (sic), yo digo que la doctora, ya que sabia eso nos mando llamar a nosotros los papas de los muchachos, sino que directamente les dijo a ellos, una cosa de esas no se puede decir así como así a ellos, fuimos a llamar al papa del niño, ella le dijo al muchacho que él la había infectado, por cuanto no había estado con otros muchachos, que por eso debía hacerse examinar y decirle a todas las muchachas con las que había estado que se hagan examinar, salimos de ahí y cuando fuimos a la casa el muchacho dijo que más tarde venia, que iba a decirles a los padres, el no les había ido a decir a los papas se había encerrado en la pieza y se había quitado la vida"**

La señora Ayda Milena Jojoa Paz en síntesis declaró

" Se encuentra usted citada para declarar acerca de la acción de Reparación Directa por usted en contra del MUNICIPIO DE PASTO- INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, sírvase decir todo cuanto le conste sobre los hechos de la demanda **CONTESTÓ: Estaba en embarazo y tenía control prenatal el diez de mayo de 2006, la doctora CAROLINA LOPEZ me dijo que estaba infectada de SIDA, me aseguro a mi y a OSCAR que él me había transmitido la enfermedad sin hacerle ningún examen"**

**PREGUNTA CINCO:** manifiesta Ud. en su declaración que la doctora CAROLINA LOPEZ le informó que era Ud. portadora del SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA VIH SIDA? Cuando ocurre lo anterior y en presencia de quienes?. **CONTESTÓ:** la doctora me informo a mi asegurándome que tenía SIDA yo le dije que no había tenido relaciones con mas nadie y ella me dijo que entonces fue OSCAR ella me lo aseguro. **PREGUNTA SEIS:** cuando Ud. aborda el tema del sida, como le informa a OSCAR FERNANDO DIAZ tal situación? **CONTESTÓ:** yo lo llame a el y le dije que subiera a mi casa para ir al puesto de salud porque un examen me había salido mal, la doctora le dijo a el que me había pasado el sida que buscara a todas las novias que había tenido y les dijera que se hicieran también el examen del sida. **PREGUNTA SIETE:** cuando Ud. le informa que hay un resultado mal sobre los exámenes practicados puntualmente le informa Ud. a él que era portadora del sida? **CONTESTÓ:** le dije que subiera que unos exámenes me había salido mal y el inmediatamente subió a mi casa y la doctora CAROLINA le dijo que estaba con SIDA **PREGUNTA OCHO:** Qué le manifestó OSCAR FERNANDO DÍAS Ante el conocimiento de que era portador del VIH SIDA? **CONTESTÓ:** en ese momento el lloraba desesperadamente y pues dijo que tocaba hacerse los exámenes, la doctora sin hacerle ningún examen le aseguro que tenía sida, sin examen, en ese momento lo único que el hacía era llorar, me dijo que iba a conversar con los papas y a decirles lo que pasaba. **PREGUNTA NUEVE:** sírvase manifestar si efectivamente OSCAR FERNANDO DÍAS les confeso a sus padres si era portador del sida? **CONTESTÓ:** el no les dijo nada **PREGUNTA DIEZ:** desde el momento en que le informan a ud y a OSCAR FERNANDO DÍAS de que eran portadores del sida y el momento en que este se suicida cuanto tiempo transcurre? **CONTESTÓ:** Salimos del puesto eran la 1:30 y cuando el se murió a lo que yo me entere eran las 7:00 de la noche. **PREGUNTA ONCE:** para efecto de practicarle las pruebas del VIH SIDA a ud se le dijo en que consistía esa prueba? **CONTESTÓ:** en la primera me dijeron que a todas las embarazadas se les hacía la prueba del VIH, en el segundo que necesitaba un examen urgente, en el tercero en el civil me dijeron que la sangre se había regado, que se habían mezclado varias pruebas. **PREGUNTA DOCE:** la doctora CAROLINA LOPEZ del centro de salud de catambuco le informa a ud su estado de salud, con base en que? **CONTESTÓ:** yo como vivo a lado del puesto con ella eramos amigas me dijo: milena le salió un examen mal, me dijo lo que pasa es que tu tienes SIDA, me puse a pensar y le dije porque, me dijo te salió el examen mal me dijo: mira pues, entonces ella me mostró la historia y me dijo aquí esta reactivo, pero abajo decía negativo, ella me dijo eso no toca mirar lo que toca mirar es acá arriba y acá dice reactivo. **PREGUNTA TRECE:** en el centro de salud de catambuco quien le informa a ud que no tenía sida. Responde era una jefe no recuerdo el nombre, OSCAR había muerto era un sábado y se puso a leer los exámenes y me dijo tu sola tienes sida? **CONTESTÓ:** yo le dije que si, miro la historia y dijo: tu no tienes nada, salió a llamar a alguien no se a quien, pero no recuerdo el nombre de ella **PREGUNTA CATORCE:** OSCAR FERNANDO DIAZ al salir del centro de salud le comento con quien le iba a hablar del asunto de la enfermedad con la familia de él? **CONTESTÓ:** el me dijo: ya vengo voy a decirles a mis papas, yo le dije que no se

#### d) PRUEBA INDICIARIA.

El Juez de Segunda Instancia como fundamento para denegar las pretensiones de la demanda de reparación directa, considera que la prueba no acredita la existencia de la falla en el servicio y que si bien es cierto, existe daño este no es imputable a la entidad

demandada, cuestión que respeto pero no comparto porque del estudio del derecho legislado y la jurisprudencia del Consejo de Estado – SCA- Sección Tercera sobre la prueba indiciaria en responsabilidad patrimonial del Estado por falla medica, no parte de un único hecho indicador, sino de varios hechos probados, que encadenados y con mutuo apoyo y que con el concurso de los otros medios de prueba que obran en el proceso (prueba documental, testimonial, interrogatorio de parte, pericial) permiten la inferencia lógica – **HECHO DESCONOCIDO**, según la cual en nuestro caso si se configura la responsabilidad patrimonial del Municipio de Pasto, tal como se pasa a estudiar a continuación:

### **HECHOS PROBADOS:**

- a) Que la Dra. CAROLINA LOPEZ medico Cirujano, para la época de los hechos objeto de la demanda de reparación trabajaba al servicio del Municipio de Pasto en el Centro de Salud del Corregimiento de Catambuco.
- b) Que la citada profesional de la medicina, con base en los resultados de las pruebas ELISA de VIH positivo y confirmatoria WESTERN BLOD negativa, informa a la paciente AYDA MILENA JOJOA PAZ, a su madre y a su compañero que es portadora de SIDA y que de acuerdo al interrogatorio de parte que quien la contagio fue su pareja.
- c) El día 10 de enero de 2006, el joven OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY se suicida, dejando una nota o carta.

### **HECHOS DESCONOCIDOS QUE SE INFIEREN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL, TESTIMONIAL, INTERROGATORIO DE PARTE Y PERICIAL.**

- a) En este caso se tiene que las pruebas de VIH aplicadas al parecer se llevaron a cabo correctamente y lo que aconteció fue que las mismas fueron interpretadas, explicadas y comunicadas en forma errada a la paciente AYDA MILENA JOJOA, a su madre y a su compañero.
- b) Que la profesional de la medicina desacato el protocolo o guía establecido por el Ministerio de ese entonces de la Protección Social para el manejo de VIH SIDA y concretamente respecto a que dicha información debe ser suministrada a la paciente en presencia del médico, una enfermera y un Psicólogo para su asesoría y apoyo y en tratándose de menores de edad como el caso que nos ocupa, con la participación de los padres de los supuestos portadores de la enfermedad, situación que no ocurrió en el presente caso.

c) La conducta de la profesional de la medicina denota un inadecuado e imprudente procedimiento en la entrega e información de los resultados, es decir, en el proceso de asesoría pos test.

d) El suicidio del joven OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY tuvo como antecedente y causa eficiente la información errada de diagnóstico positivo de SIDA suministrado por la profesional de la salud adscrita al Centro de Salud de Catambuco, hecho que le produjo una grave depresión o crisis emocional que lo condujo a la muerte.

## **VII. PRETENSIONES.**

El objeto de la presente acción de tutela es el siguiente:

1. SE TUTELEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de los señores **JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRES DIAZ CHACHINOY, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY, MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA y AYDA MILENA JOJOA PAZ**, al debido proceso, al acceso administración de justicia, al principio de prevalencia de las normas sustanciales y demás derechos fundamentales vulnerados con ocasión de la expedición de la sentencia de segunda instancia de 15 de julio de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño –Sala Primera de Decisión, con Ponencia del Dr. EDGAR CABRERA RAMOS, notificada por edicto durante los días 24 a 28 de julio de 2020, que revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia – Amazonas de 31 de agosto de 2017.

2. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de segunda instancia de 15 de julio de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño –Sala Primera Decisión, con Ponencia del Dr. EDGAR CABRERA RAMOS dentro del proceso de reparación directa No. 2007 - 00065, propuesto por el señor JOSE RAFAEL DIAZ Y OTROS en contra del Municipio de Pasto, que revoco la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia Amazonas y deniega las pretensiones de la demanda.

3. ORDENAR a la autoridad judicial accionada para que en un término prudencial profiera sentencia de reemplazo dentro de la demanda instaurada en ejercicio de la demanda de REPARACION DIRECTA No. 2007 - 00065, propuesto por el señor JOSE RAFAEL DIAZ Y OTROS en contra del Municipio de Pasto, de acuerdo a la Constitución y a la ley y el precedente jurisprudencial existente sobre el tema a la fecha de presentación de la demanda.

## **VIII. MEDIOS DE PRUEBA.**

### **DOCUMENTALES.**

1. Poder debidamente conferido.
2. Texto de la demanda de reparación directa.
3. Sentencia de primera instancia de fecha 31 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia.
4. Sentencia de segunda instancia de 15 de julio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Decisión Unitaria.

## **IX. COMPETENCIA.**

Los H. Magistrados del Consejo de Estado son competentes para conocer de este asunto de acuerdo con el art. 37 del Decreto 2591 de 1991, reglamentado por el Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

## **X. JURAMENTO.**

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he interpuesto acción de tutela ante otra autoridad, por los mismos hechos aquí descritos.

## **XI. NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES.**

**1. PARTE ACCIONANTE: JOSE RAFAEL DIAZ Y OTROS**, Corregimiento de Catambuco de Pasto. Tel. 3502710105.

**2. AUTORIDAD PÚBLICA TUTELADA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Calle 19 No. 23 – 00 , Palacio de Justicia de Pasto.

**3. APODERADO: Dr. ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**, las recibiré en mi Oficina de Abogado ubicada en la Calle 19 No. 23-73, Piso Segundo, Oficina 208, Edificio Banco Popular de Pasto. Tel. 7310946 - 3104233522- correo electrónico [armandoben007@yahoo.es](mailto:armandoben007@yahoo.es)

De los H. Magistrados, respetuosamente:



**ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**

C. C. No. 12.982.402 de Pasto.

T. P. No. 55.421 del C. S. de la J.

Honorables Magistrados:

**CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
(Reparto)

E. S. D.

**JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRES DIAZ CHACHINOY, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY y MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA**, mayores de edad, vecinos de Pasto, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, respetuosamente comparecemos antes Ustedes, con el fin de manifestarles lo siguiente:

Que conferimos poder especial, amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere al Doctor **ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**, también mayor de edad, vecino de Pasto, identificado con la C. C. No. 12.982.402 de Pasto, Abogado en ejercicio, portador de la T. P. No. 55.421 del C. S. de la J., para que en ejercicio de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y regulado por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1998, 1382 de 2000 y 1983 de 2017, formule una **ACCION DE TUTELA** en contra del del H. **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO - SALA PRIMERA DE DECISION**, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al principio de prevalencia de las normas sustanciales, el derecho al acceso a la justicia, entre otros derechos, con ocasión de la expedición de la Sentencia de Segunda Instancia de fecha 15 de julio de 2020, notificada al correo electrónico el día 24 de julio de 2020, en el proceso de demanda de reparación directa No. 2007- 00065- 01, propuesta por el señor **JOSE RAFAEL DIAZ Y OTROS** en contra del **MUNICIPIO DE PASTO**, la cual resolvió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de Leticia del 31 de agosto de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Nuestro apoderado queda facultado para presentar la acción de tutela, aportar pruebas y documentos, recibir, transigir, desistir, sustituir, reasumir sustituciones y para que interponga los medios de impugnación del caso en defensa de mis legítimos intereses.

Solicito respetuosamente se sirva admitir la personería a nuestro apoderado en la forma y términos en que está conferido el presente mandato.

De Usted, respetuosamente:

*Jose Rafael Diaz Jojoa*

**JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA**

C. C. No. 72.975.759

*Ana J. Chachinoy P.*

**ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA**

C. C. No. 30730432. Pasto

*Mario Diaz*

**MARIO ANDRES DIAZ CHACHINOY**

C. C. No. 87061032.

*Sonia Diaz*

**SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY**

C. C. No. 59313903 de Pasto

*Miguel Humberto Chachino Botina*

**MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA**

C. C. No. 7.800 571. Pasto

ACEPTO EL PODER:

*Armando Benavides Cardenas*

**ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**

C. C. No. 12.982.402 de Pasto.

T. P. No. 55.421 del C. S. de la J.

Correo electrónico: [armandoben007@yahoo.es](mailto:armandoben007@yahoo.es) Tel. 3104233522 (Decreto 806 de 2020)

Honorables Magistrados:

**CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
(Reparto)**

**E. S. D.**

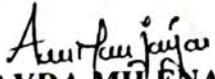
**AYDA MILNENA JOJOA PAZ**, mayor de edad, vecina de Pasto, identificada como aparece al pie de mi firma, respetuosamente comparezco antes Ustedes, con el fin de manifestarles lo siguiente:

Que confiero poder especial, amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere al Doctor **ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**, también mayor de edad, vecino de Pasto, identificado con la C. C. No. 12.982.402 de Pasto, Abogado en ejercicio, portador de la T. P. No. 55.421 del C. S. de la J., para que en ejercicio de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y regulado por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1998, 1382 de 2000 y 1983 de 2017, formule una ACCION DE TUTELA en contra del del H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO – SALA PRIMERA DE DECISION, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al principio de prevalencia de las normas sustanciales, el derecho al acceso a la justicia, entre otros derechos, con ocasión de la expedición de la Sentencia de Segunda Instancia de fecha 15 de julio de 2020, notificada al correo electrónico el día 24 de julio de 2020, en el proceso de demanda de reparación directa No. 2007- 00065- 01, propuesta por el señor JOSE RAFAEL DIAZ Y OTROS en contra del MUNICIPIO DE PASTO, la cual resolvió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de Leticia del 31 de agosto de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda.

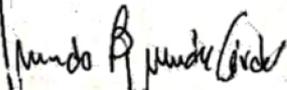
Mi apoderado queda facultado para presentar la acción de tutela, aportar pruebas y documentos, recibir, transigir, desistir, sustituir, reasumir sustituciones y para que interponga los medios de impugnación del caso en defensa de mis legítimos intereses.

Solicito respetuosamente se sirva admitir la personería a mi apoderado en la forma y términos en que está conferido el presente mandato.

De Usted, respetuosamente:

  
**AYDA MILÉNA JOJOA PAZ**  
C. C. No. 1.085.282.190

ACEPTO EL PODER:

  
**ARMANDO BENAVIDES CARDENAS**  
C. C. No. 12.982.402 de Pasto.  
T. P. No. 55.421 del C. S. de la J.

Correo electrónico: [armandoben007@yahoo.es](mailto:armandoben007@yahoo.es) Tel. 3104233522 (Decreto 806 de 2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO ÚNICO ADMINISTRATIVO ORAL  
DE LETICIA - AMAZONAS

Leticia, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Acción: Reparación Directa  
Radicación Número: 2007-00065  
Demandante: Jose Rafael Díaz Jojoa y otros  
Demandado: Municipio de Pasto y otro  
Instancia: Primera  
Providencia: Sentencia N°. 123 de 2017

Encontrándose el expediente al Despacho proveniente del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10529 de 2016, procede el Juzgado a avocar su conocimiento y proferir sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

José Rafael Díaz Jojoa y otros, por conducto de apoderado judicial presentaron el 27 de marzo de 2007 esta demanda (fl. 1), la cual fuera reformada el 6 de agosto del mismo año (fls. 72 a 74) siendo entonces los demandados el Municipio de Pasto y el Instituto Departamental de Salud de Nariño - IDSN (fls. 72 a 74) y llamado en garantía el señor Carlos Alberto Isacaz A (fls. 489 a 491) , con las siguientes;

1.1. Pretensiones (fls. 72 y 73)

**“1. PRIMERA.-** Declárese que MUNICIPIO DE PASTO y al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO - IDSN son administrativa y patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios materiales y morales causados a los señores JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRES, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY, MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA y AYDA MARIELA PAZ TUMBACO, quien obra en representación de su hija AYDA MILENA JOJOA PAZ y de su nieto DAVID FERNANDO PAZ, por la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY en hechos ocurridos el día 10 de enero de 2006, aproximadamente a las 7 de la noche en el Corregimiento de Catambuco del Municipio de Pasto, deceso que tuvo como causa directa y eficiente el diagnóstico totalmente equivocado de la Dra. CAROLINA LOPEZ médico de turno del Centro de Salud de Catambuco del Municipio de Pasto, quien le expreso a la pareja AYDA MILENA JOJOA PAZ y OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY que eran portadores del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida- VIH -SIDA, diagnóstico que se corroboró posteriormente con resultados negativos. El diagnóstico equivocado e irresponsable de la médico tratante condujo a un estado de depresión y angustia al Joven DIAZ CHACHINOY que lo llevó al suicidio y por la vulneración de lo ordenado en el artículo 11, 16, 48 y 49 de la Constitución Nacional cuyo fin primordial es velar por los derechos fundamentales: a la vida, la salud y la integridad física. (Subrayado del Juzgado).

**SEGUNDA.-** Como consecuencia obligada de la declaración que antecede, condénese al MUNICIPIO DE PASTO y al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO a pagar por concepto de indemnización de los perjuicios morales causados a JOSE RAFAEL

DIAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRES, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY, MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA y AYDA MARIELA PAZ TUMBACO, quien obra en representación de su hija AYDA MILENA JOJOA PAZ y de su nieto DAVID FERNANDO PAZ, por intermedio del suscrito en calidad de apoderado, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.) a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, así:

- a) Para JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA y ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, cien (100) s.m.l.m.v. para cada uno, en su condición de padres
- b) Para MARIO ANDRES y SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY, setenta (70) s.m.l.m.v. para cada uno en su condición de hermanos.
- c) Para MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA, cincuenta (50) s.m.l.m.v en su condición de abuelo,
- d) Para AYDA MARIELA PAZ TUMBACO, quien obra en representación de su hija AYDA MILENA JOJOA PAZ y de su nieto DAVID FERNANDO PAZ cien (100) s.m.l.m.v., para cada uno.

TERCERA: Que de igual manera se deberá condenar al MUNICIPIO DE PASTO y al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO - IDSN a indemnizar y pagar a los demandantes y por intermedio del suscrito en calidad de apoderado todos los PERJUICIOS DE TIPO MATERIAL como reparación del daño ocasionado, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

- a) PERJUICIOS MATERIALES: LUCRO CESANTE: Teniendo en cuenta que el señor OSCAR FERNANDO DIAZ era ebanista de profesión y trabaja en el taller de su abuelo donde devengaba un salario de \$500.000 y que a la fecha del suicidio el señor OSCAR FERNANDO DIAZ contaban con 19 años de edad y que de acuerdo a las tablas de mortalidad expedidas por la Superintendencia Bancaria, la edad de vida probable de OSCAR FERNANDO DIAZ es de 50 años; así las cosas, el lucro cesante resulta de multiplicar \$ 500.000 x 12 meses = 6.000.000 y este valor lo multiplicamos por 50 años de vida probable = \$ 300.000.000.
- b) PERJUICIOS MATERIALES: DAÑO EMERGENTE o los perjuicios patrimoniales ocasionados a los señores JOSE DIAZ y ANA JULIA CHACHINOY, con ocasión de los gastos funerarios, (ataúd- sala de velación) que tuvieron que sufragar, lo cual se demostrará en el proceso, por un valor total de \$ 2.000.000.
- c) Intereses aumentados con la variación promedio del índice de precios al consumidor.
- d) Todas las condenas serán actualizadas de conformidad con la variación promedio del índice de precios al consumidor.

4. CUARTA: Que se ordene en la sentencia de mérito que la parte demandada se sirva dar cumplimiento al fallo de responsabilidad dentro de los términos fijados por los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A."

Así mismo, la demanda se fundamentó en los siguientes,

**Hechos (fls. 4 y 5)**

- 1. El señor JOSE RAFAEL DIAZ JOJOA y la señora ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA contrajeron matrimonio católico el día 26 de enero de 1985 en la Iglesia San Juan Bautista de Pasto.
- 2. De dicha unión matrimonial nacieron tres hijos de nombres: OSCAR FERNANDO MARIO ANDRES y SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY
- 3. Los integrantes de la familia DIAZ CHACHINOY viven bajo el mismo techo en el Corregimiento de Catambuco, Jurisdicción del Municipio de Pasto, hogar caracterizado por el respeto, trabajo y ayuda mutua entre los miembros del grupo familiar, propio de las familias humildes de la región, en especial del Corregimiento de Catambuco.
- 4. El señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY conoció a AYDA MILENA JOJOA PAZ con quien mantuvo relaciones amorosas hasta el día de su muerte, es decir, hasta el 10 de enero del año en curso. Como fruto de esa relación procrearon un hijo de nombre DAVID FERNANDO JOJOA PAZ y a quien su padre no alcanzó conocer.
- 5. La señora AYDA MILENA JOJOA le comunicó a su novio OSCAR FERNANDO DIAZ su estado de embarazo y desde ese momento recibió el apoyo decidido de su compañero para enfrentar esta nueva etapa de su vida.
- 6. La pareja DIAZ JOJOA pensando en el bienestar de su hijo como en el de ella misma, acudieron al Centro de Salud del Corregimiento de Catambuco para que se realice el control prenatal de su embarazo. Dicho control lo inició a partir del 3 de octubre de 2005. En dicho Centro le ordenaron practicarse exámenes de laboratorio: sangre y orina; además se le ordenó una ecografía y de acuerdo con los resultados determinar su estado de salud y la del bebé y para lograr que el embarazo se desarrolle normalmente sin ninguna complicación.
- 7. El día 13 de octubre de 2005 a la señora AYDA MILENA JOJOA se le informa que se le va a practicar una prueba de VIH - SIDA y tal como consta en la anotación registrada en la Historia Clínica, a la paciente se le explica sobre la importancia de la prueba de VIH para disminuir la transmisión madre e hijo, se le explica en que consiste la prueba, cual es el proceso de la enfermedad, las posibles consecuencias. Se indica que el resultado es personal. Se firma el consentimiento y la paciente se dirige a tomarse el examen y se cita para recibir los resultados en 20 días. (Negrilla del Juzgado).
- 8. A la señora AYDA MILENA JOJOA se le realizaron dos pruebas de VIH, una el 21 de octubre y otra el 10 de noviembre de 2005, las cuales dieron RESULTADO: REACTIVO (positivo). El 16 de noviembre de 2005 el Hospital Civil de Pasto remitió la muestra a la Subdirección de Programas Especiales del I.D.S.N una muestra de laboratorio, quienes el 13 de diciembre de 2005 emiten los resultados del laboratorio:  
  
PRUEBA CONFIRMATORIA DE ANTICUERPOS ANTI - VIH -1.  
Método: Western Blok. Kit: DAVIH - BLOT - VIH 1
- 9. En enero de 2006 la señora AYDA MILENA acude nuevamente al Centro de Salud de Catambuco en donde se le realizó el respectivo control y se le hace el siguiente diagnóstico.

- a) Embarazo de 23 semanas.
- b) GIPoCoAo(sic)
- c) Feto único vivo.
- d) VIH +

Además a la paciente se le explica el resultado de la prueba **ELISA** y **WESTERN BLOOT**, se explica en que consiste la enfermedad, cual va a ser el manejo y el apoyo que va a recibir por parte del personal de salud y por parte de psicología. **Por solicitud de la paciente se da la información a la madre y a la pareja, se explica nuevamente en que consiste la enfermedad, mecanismos de transmisión, cual va a ser el manejo que va a recibir.** (Negrilla del Juzgado).

10. La información suministrada por la médico tratante a la paciente como a sus familiares trajo consecuencias nefastas, **pues el señor OSCAR FERNANDO DIAZ después de ser enterado que su novia como su hijo eran portadores del VIH - SIDA, presento un estado de depresión, de angustia, hasta tal punto que la desesperación lo condujo a quitarse la vida el día 10 de enero de 2006, dejando una nota en la cual registró el siguiente texto: "Cuando lean esta carta quiero que resen por mi alma para que mi Dios me perdone este pecado. También quiero que no le echen la culpa a Milena ella no tiene que ver nada. Los quiero mucho perdonemen. ATT Oscar Fernando Diaz Chachinoy. Cuiden mucho a Milena n o la vayan a dejar sola dente ánimos y apoyo"** (Negrilla del Juzgado).
11. Los familiares de **AYDA MILENA JOJOA PAZ**, preocupados por la salud y por desconfianza en los resultados de laboratorio a ella practicados, los cuales indicaban que era portadora del VIH - Sida, **acudieron al Laboratorio Clínico RAFAEL HERRERA VELASQUEZ para realizarle otra prueba de VIH, la cual dio resultado NO REACTIVO.**
12. Los hechos reseñados han causado graves perjuicios de tipo moral y material a mis representados, grupo familiar integrado por **JOSE RAFAEL DIAZ, ANA JULIA CHACHINOY, MARIO ANDRES y MARITZA DIAZ, MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY y AYDA MILENA JOJOA**, toda vez que **perder un ser querido es un trauma para todo el grupo familiar y que difícilmente se puede superar, pues OSCAR FERNANDO DIAZ fue una persona que mantuvo buenas relaciones con su familia.**
13. **La muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY obedeció a una falla del servicio atribuible a la entidad demandada, pues el diagnóstico equivocado de la Dra. CAROLINA LOPEZ médico de turno del Centro de Salud de Catambuco del Municipio de Pasto, quien expresó a la a pareja AYDA MILENA JOJOA y OSCAR FERNANDO DIAZ que eran portadores del VIH – SIDA, diagnóstico que después fue desvirtuado con nuevas pruebas que dieron resultado negativos. El diagnóstico equivocado e irresponsable de la médico (sic) tratante condujo a un estado de desesperación y angustia que llevaron al joven DIAZ CHACHINOY a quitarse la vida.** (Negrilla del Juzgado).
14. **El señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY hasta el momento de su muerte desempeñaba el ofiuco (sic) de ebanista en el taller de su abuelo, donde percibía la suma de \$500.000 mensuales, tal como consta en la certificación que se anexa a la demanda."**

### 1.3. Fundamentos de Derecho

Como fundamento de derecho de las pretensiones se indicaron las siguientes

#### 1.3.1. Normas Legales

- Artículos 6, 11, 48, 49 y 90 de la Constitución.
- Artículos 86, 136 y 206 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

### Concepto de la Violación

Señaló que el diagnóstico equivocado emitido por el personal médico que atendió a la señora AYDA MILENA JOJOA configura una conducta irregular que compromete no solo la responsabilidad administrativa del Municipio de Pasto, sino también la de los funcionarios que incurren en ella y consagrada en el artículo 6 de la Constitución que dispone "*Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones*".

Afirmó que el hecho dañoso es imputable únicamente al Estado en cabeza del Municipio de Pasto, sin que exista causa eximente de responsabilidad pues el daño se produjo cuando la paciente se encontraba en tratamiento en el Centro de Salud del Corregimiento de Catambuco, razón por la que también se vulneraron los derechos fundamentales a la Vida, la Integridad Física, la Salud y la Seguridad Social.

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 27 de marzo de 2007 (fl. 2), por reparto le correspondió al Juzgado 7° Administrativo del Circuito de Pasto (fl. 42) quien la admitió el 19 de abril de 2007 (fl. 43).

El Ministerio Público solicitó el llamamiento en garantía de Carlos Alberto Isacaz A (fls. 45 a 47) y como pruebas pidió se solicite a la Subdirección de Programas Especiales del Instituto Departamental de Nariño certificación sobre la fecha de entrega del resultado de la prueba confirmatoria de anticuerpos Anti VIH-1 radicada con el N°.20767 del 13 de diciembre de 2005 a nombre de AYDA MILENA JOJOA y sobre el procedimiento establecido para la entrega de esos resultados, esto es si se entregan personalmente al interesado o son remitidos a la entidad de salud que solicita que solicita la prueba (fl. 48).

El municipio de Pasto contestó la demanda el 6 de agosto de 2007 (fls. 57 a 66) y esta se reformó el mismo día (fls. 72 a 74), reforma que se admitió el 10 de agosto de ese año (fls. 76 y 77) siendo entonces los aquí demandados el Municipio de Pasto y el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

La reforma de la demanda fue contestada por el Municipio de Pasto (fls. 89 a 99) y por el Instituto Departamental de Salud de Nariño (fls. 209 a 214) el 16 de octubre de 2008. El demandante recorrió el traslado respectivo el 26 de marzo de 2009 (fl. 254 a 246).

Mediante determinación del 16 de marzo de 2010, se estuvo a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Nariño quien en pronunciamiento del 26 de febrero del mismo año confirmó el auto de fecha 26 de febrero de 2009 que rechazó el llamamiento en garantía formulado por el Municipio de Pasto en contra de la médico Carolina López.

El 28 de enero de 2011 el Juez 8° Administrativo de Pasto (luego de aceptado el impedimento para continuar conociendo este asunto por la Juez 7°) decretó pruebas (fls. 304 a 307).

Mediante providencia del 22 de junio de 2012 y en Cumplimiento al Acuerdo N°.PSAA12-9459 DEL 23 DE MAYO DE 2012, se remitió el expediente a reparto para su conocimiento por los Juzgados del sistema escritural, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 7° Administrativo de Pasto (fls. 427, 428), estrado judicial que avocó su conocimiento el 9 de julio de 2012 (fl. 429) y mediante auto del 5 de septiembre de ese año dispuso su remisión al al Juzgado 2° Administrativo de Descongestión de Pasto (fl. 431), Juzgado que ordenó oficiar al Centro de Salud de Catambuco para que remitiera copia de la Historia Clínica del señor Oscar Fernando Díaz en auto del 4 de diciembre de ese año.

El 19 de marzo de 2013, se corrió traslado a las partes del dictamen pericial obrante de folios 373 a 376 y el 5 de abril de ese año se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El Instituto Departamental de Salud de Nariño, el Municipio de Pasto y la Parte Demandante presentaron sus alegatos el 23 de abril de 2013 (fls. 464 a 467 y 564 a 570, fls. 468 a 478, fls. 486 a 488).

El 7 de marzo de 2014 (fls. 489 a 491) se declaró procedente el llamamiento en garantía del señor Carlos Alberto Isacaz A que solicitara el Procurador 36 Judicial II para asuntos administrativos, disponiéndose suspender el proceso hasta su comparecencia sin exceder de 90 días. El señor Isacaz Acosta se notificó personalmente el 22 de abril de ese año y el 29 de abril siguiente propuso excepciones (fls. 496 a 512).

El 3 de junio de 2014 se dispuso reanudar el proceso y el 6 de noviembre de ese año se decretaron las pruebas solicitadas por el llamado en garantía (fl. 515, 516).

El 17 de febrero de 2016 el Juzgado 9º Administrativo de Pasto dispuso continuar con el trámite normal del proceso, teniendo en cuenta que asumió su conocimiento con ocasión de la terminación del Juzgado 2º Administrativo de Descongestión de Pasto.

Mediante auto del 13 de julio de 2016 el Juzgado 9º Administrativo de Pasto, en cumplimiento al Acuerdo N°. PSAA16-10529 del 14 de junio de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura remitió el proceso a este Juzgado para continuar con su trámite (fl. 592).

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA (fls. 57 a 66 C 1)**

El apoderado del Municipio de Pasto explicó que en este caso no se presenta una relación de causalidad con la actuación desarrollada por el Centro de Salud de Catambuco y el Suicidio del señor Oscar Fernando Díaz Chachinoy. Explicó que su representada, nunca y en ningún modo violó el contenido obligacional que se le imputa y por el contrario conforme a la Lex Artis cumplió a cabalidad su obligación de medio, sin que la muerte del señor Díaz Chachinoy pueda imputarse a la conducta dañosa por acción u omisión del municipio o del personal a su servicio si no a Culpa Exclusiva de la víctima.

Agregó que la determinación de suicidarse de la víctima fue impulsiva, pues no existían circunstancias que advirtieran las ideas de suicidio, lo que implica la ausencia de riesgo de que se causara daño a sí mismo por los resultados de los exámenes de SIDA realizados su pareja, su conducta no implicaba riesgo de daño para terceros y para sí mismo, pues no presentaba ninguna sintomatología que indicara que podía atentar contra su vida y tomar alguna medida preventiva de tipo médico.

Como excepciones propuso las que denominó;

#### **CUMPLIMIENTO DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL POR PARTE DEL MUNICIPIO DE PASTO.**

Consistente en que este cumple con la prestación del servicio de salud con eficiencia y calidad, en consecuencia, vincula a su servicio a profesionales de la medicina idóneos y especializados según el servicio lo requiera, comprometidos en su conocimiento, capacidad y disponibilidad con la misma entidad Hospitalaria a efectos de asegurar una adecuada asistencia en salud a la población que lo requiera.

#### **INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL.**

Fundamentada en que el Municipio de Pasto, no está obligado al pago de indemnización alguna, porque no existe nexo causal entre la falla del servicio y sus consecuencias o efectos, por lo que no le asiste responsabilidad a la Administración Municipal por el suicidio del señor Oscar Fernando Chachinoy.

Afirmó que en este caso se configuran de manera clara la culpa de la víctima y el hecho de un tercero que es el laboratorio que dio el resultado de los exámenes.

En cuanto a la reforma de la demanda el Municipio de Pasto señaló no constarle los hechos 1 a 5 de la demanda, respecto al 6° señaló que la paciente Ayda Milena Jojoa recibió atención en el Centro de Salud del Corregimiento de Catambuco, la cual fue brindada conforme a los protocolos médicos de las personas que se encuentran en estado de embarazo.

Señaló que el hecho 7° es cierto, refirió que a la paciente conforme a la historia clínica se le informó la importancia de practicar la prueba de VIH Sida, la importancia de la misma, lo cual con fines de salud pública es perfectamente pertinente, aclarando que la paciente prestó su consentimiento informado para realizar la prueba en presencia de su familia, la enfermera le explicó los posibles resultados, las consecuencias del examen y que en ocasiones en este tipo de pruebas se pueden presentar falsos positivos y falsos negativos por muchas causas que alteran los anticuerpos del organismo, en tal sentido se le advirtió a la paciente que si una prueba de ELISA resultaba reactiva no necesariamente significaba la presencia efectiva del virus y menos aún del síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA.

Señaló que el hecho 8° es cierto en cuanto que se realizaron las pruebas el 21 de octubre del 2005, el 10 de noviembre del 2005 y los resultados de la mismas estuvieron un tanto por encima del nivel de corte, por tanto se consideran reactivas, sin embargo, conforme a los criterios médicos una prueba que resulte reactiva no necesariamente indica que una persona sea positiva para VIH, circunstancia que le fue explicada a la paciente.

Agregó que el examen de laboratorio que practicó el Instituto Departamental de Salud de Nariño con el método Western Blot cuyo resultado fue negativo también le fue informado a la paciente, tal como se desprende de la Historia Clínica, por lo que es claro que la paciente y al parecer su novio mal interpretaron, de iniciativa, propia la información suministrada por el personal de salud.

Sobre el hecho 9° señaló que es cierto que la paciente acudió nuevamente a control y lo que hizo la médico fue determinar unas impresiones diagnósticas en orden de prioridad, cuya última posibilidad era un VIH positivo, diferente ello a dar por sentado la presencia del virus en su organismo y menos aún la posibilidad de desarrollar SIDA, muchas personas pueden ser portadoras sanas del virus y no tener SIDA que es una circunstancia diferente en el orden médico.

Explicó que se ilustró a la paciente acerca de la eventualidad de padecer la enfermedad, y por tanto le manifestó en que consiste, más ello no puede interpretarse como un diagnóstico equivocado, era una medida profiláctica, preventiva o educativa dado que las primeras pruebas realizadas en la paciente resultaron reactivas.

En razón de lo anterior concluyó que lo que ocurrió fue que Ayda Milena Jojoa malinterpretó la información de la médico Carolina López quien le hacía énfasis en la necesidad de prevenir conductas de riesgo y que podía acceder al personal de salud para informarse acerca de la enfermedad, pues claramente anota la galeno que a la paciente se le explicó del resultado de la prueba ELISA Y WESTERN BLOT siendo que esta última resultó negativa, así se le informó, es decir, que a ella se le explicó que la última prueba determinaba la no presencia del virus, pese a ello como las pruebas de ELISA inicialmente practicadas resultaron reactivas, lo que quiso la médico fue educar a la adolescente embarazada sobre los mecanismos de transmisión sexual y los cuidados que debía tener, más nunca se dio por hecho o informó a la madre gestante que era portadora de VIH o SIDA, no de otra manera se puede entender la afirmación o nota de historia clínica en la cual se manifiesta que a la paciente se le explica el resultado

de la prueba WESTERN BLOT que aparece en la historia clínica indicando en letras mayúsculas que el resultado es negativo.

Añadió que si la paciente entendió subjetivamente una situación diferente, es decir, creyó erróneamente estar infectada por VIH y así lo informó a su novio es una situación que escapa a cualquier previsión médica o paramédica, con mayor razón si en la asesoría pre test la enfermera le explicó acerca de la posibilidad de presentarse falsos positivos o falsos negativos, sin que ello signifique impericia o falla en la aplicación de la prueba de ELISA, pues los orgasmos en ocasiones alteran su metabolismo y pueden conducir a error al procedimiento técnico.

Señaló que una prueba más de que a la paciente jamás se le informó que era portadora de VIH o que tenía SIDA es que ante el evento de confirmar o tener certeza del resultado la médica general la hubiese remitido al especialista, ginecólogo, infectólogo o internista, es decir, la médico nunca identificó la existencia confirmada del virus, todo lo contrario convencida que no lo tenía procedió a educar a la paciente sobre conductas de riesgo de transmisión sexual.

Respecto al hecho 10º afirmó no constarle y explicó que en todo caso no se puede establecer una relación de causalidad entre la decisión personalísima de quitarse la vida y el diagnóstico de una enfermedad por nefasta que ella sea, razón por la que el Estado no es aquí responsable.

Puntualizó que al Señor Oscar Fernando Díaz no se le diagnosticó la enfermedad, si no que erróneamente y por sí mismo dio por sentado que su novia e hijo eran portadores de VIH SIDA sin someterse a unos exámenes de laboratorio confirmatorios, motivo por el que mal interpretó la información del personal médico.

Señaló que el hecho 11 no le consta y debe probarse y que el 12 no es un hecho sino afirmaciones subjetivas del demandante.

Explicó que le hecho 13 no es cierto, pues no ha existido falla del servicio como causa de la muerte de Oscar Fernando Díaz Chachinoy, dado que su decisión de suicidarse es ajena al diagnóstico de una enfermedad, depende de la madurez mental o psicológica del paciente y quien opta por esa alternativa lo hace con cargo a su propia determinación.

Indicó que el hecho 14 no le consta y debe probarse.

Como excepciones propuso las que denominó;

### **1.- FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**

Señaló que el Municipio de Pasto y sus agentes no cometieron falla alguna en el servicio pues dieron cumplimiento al Decreto 1543 de 1997. A la paciente se le advirtió cuales podían ser los resultados, sus consecuencias y que podían presentarse falsos positivos o falsos negativos, que una prueba reactiva genera sospecha más no confirma la presencia de VIH y en ese sentido lo que han hecho los Centros de Salud del Municipio es cumplir la Ley a cabalidad.

010 SE LE INFORMO A U  
MENOR DE EDAD.

### **2.- INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO Y AUSENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO Y EL DAÑO**

Consistente en que no fue la función médico asistencial desarrollada por los Centros de Salud

del Municipio la causa eficiente de la muerte de Oscar Fernando Diaz, pues la decisión de quitarse la vida obedeció a su propia voluntad y no a una actividad del Estado, aquel decidió quitarse la vida de su cuenta y riesgo al parecer porque mal interpretó la información suministrada por su novia o el personal médico, razón por la que no podía el Estado vigilar cuela era su conducta luego de recibir la información.

**3.- EXCEPCIÓN INNOMINADA.**

Siendo esta cualquier otra excepción que aparezca probada en el proceso y que enerve las pretensiones de la demanda o la vinculación del Municipio de Pasto.

**4.- INEXISTENCIA DE DOLO O CULPA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.**

Consistente en que el Municipio demostró que fue diligente y exento de dolo o culpa, el Centro de Salud demostró en la contestación de la demanda que fue oportuno, diligente y cuidadoso en el manejo del paciente a quién puso a su disposición todos los cuidados necesarios y los recursos científicos, humanos y económicos disponibles para alcanzar su bienestar.

**5.- ILEGITIMIDAD DE CAUSA PARA DEMANDAR**

Fundamentada en que en la demanda no se precisó cual es la relación de causalidad, pues solo menciona hechos y el desenlace fatal de que fue objeto el novio de la paciente que a juicio del demandante consiste en un errada información médica, sin embargo debe demostrarse de una manera razonada y científica cual fue la causa que genera el daño.

**6.- CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**

Fundamentada en que la paciente malinterpretó subjetivamente las claras explicaciones ofrecidas por el personal médico y paramédico acerca de lo que es el VIH y los resultados de los exámenes y dio por sentado que era portadora de VIH haciendo caso omiso de los exámenes diagnósticos que le informaban finalmente lo contrario. Interpretación que indujo a error a su pareja y familia.

Así mismo añadió que la excepción se configura en razón a que el suicidio del Señor Oscar Fernando Días no tuvo como causa la información supuestamente errónea suministrada por la Doctora Carolina López Galeno contratista del Municipio sino que obedeció a su propia determinación.

**7- CUMPLIMIENTO A TODAS SUS OBLIGACIONES POR PARTE DEL MUNICIPIO, SE OBRO CON DILIGENCIA Y CUIDADO.**

Fundamentada en que los Centros de salud del Municipio no comprometen su responsabilidad en este caso pues no ha habido falla en la infraestructura, insumos o equipos médicos utilizados en las pruebas diagnósticas como tampoco por parte del personal humano vinculado al Municipio a través de algún tipo de relación legal o reglamentaria.

Concluyó que de demostrarse la presencia de un error, este sería exclusivamente atribuible a la contratista particular que atendió a la paciente Ayda Milena Jojoa, ello es la Dra. Carolina López.

**El Instituto Departamental de Salud de Nariño (fls. 209 a 214)**

Entidad que por conducto de su apoderado señaló no constarle los hechos 1º a 7º de la demanda. En cuanto al 8º precisó que la muestra tomada en el laboratorio de Salud Pública de la Subdirección de Programas Especiales del Instituto Departamental de Salud de Nariño,

mediante el método Western Blot, a la señora AIDA MILENA JOJOA PAZ, el resultado es negativo, es decir, en términos sencillos la mencionada señora no tenía ni poseía VIH, y así se debió seguir tratando, como no portadora, por los médicos que tenían el control de su embarazo.

Explicó que para confirmar si una persona es portadora del VIH se deben realizar dos pruebas presuntivas mediante el método ELISA, y una prueba confirmatoria mediante el método Western Blot. Señaló que a la señora JOJOA PAZ se le realizaron dos pruebas presuntivas los días 21 de octubre y 10 de noviembre de 2005 por parte de la red pública hospitalaria del municipio de Pasto -Hospital Civil-. Una vez realizadas esas dos pruebas presuntivas, el laboratorio público de la Subdirección de Programas Especiales del Instituto Departamental de Salud de Nariño realizó la prueba del VIH a la señora JOJOA PAZ el día 13 de diciembre de 2005, cuyo resultado fue negativo, es decir, que no tenía VIH.

En cuanto al 9º manifestó no constarle. Afirmó que quien explica el resultado de las pruebas ELISA y WESTERN BLOT son los funcionarios de la red pública hospitalaria del municipio de Pasto, pues es a ellos a quién les compete el servicio asistencial de salud, y el Instituto Departamental de Salud de Nariño no tiene ninguna incumbencia en el tratamiento asistencial prestado a la señora JOJOA PAZ, solo se limitó a realizar un examen de VIH que dio un resultado negativo.

En cuanto al 10º señaló no constarle, explicó que la médico tratante pertenece a la red pública hospitalaria del municipio de Pasto, no tiene relación jurídica contractual o nominal con el Instituto Departamental de Salud de Nariño, quién no presta servicios asistenciales de salud.

En cuanto al 11 señaló no constarle, precisó que no era necesario volver a realizar un nuevo examen para probar si la señora JOJOA PAZ era portadora del VIH, puesto que el resultado del examen tomado con el método Western Blot en el laboratorio público de la Subdirección de Programas Especiales del I.D.S.N., fue negativo, y así se lo debieron comunicar y explicar a la mencionada señora, quien se encontraba en estado de gravidez.

En cuanto al 12º afirmó no constarle y que deberá probarse en el proceso si la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHICANOY obedeció a una falla en el servicio por el diagnóstico equivocado de la Doctora Carolina López, profesional de la medicina que está o estuvo vinculada a la red pública hospitalaria del municipio de Pasto, y no ha tenido ninguna vinculación con el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

Finalmente manifestó no constarle los hechos 13 y 14.

Como excepciones propuso la de;

### **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**

La fundamentó en que conforme con lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, el Instituto Departamental de Salud de Nariño tiene la función de dirigir, vigilar y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, pero no tiene las funciones de prestar los servicios de salud - servicios asistenciales-, pues esa función compete a las Empresas Sociales del Estado conforme los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

En este caso quien llevó el control prenatal de la señora AYDA MILENA JOJOA PAZ, fue única y exclusivamente el Centro de Salud de Catambuco y el Hospital Civil de Pasto -la red hospitalaria del municipio de Pasto-, es decir, quien prestó el servicio asistencial fueron los órganos de salud competentes para desempeñar dichas funciones, pero no el Instituto Departamental de Salud de Nariño, puesto que éste no presta ningún servicio asistencial. El

laboratorio de salud pública de la Subdirección de Programas Especiales del Instituto Departamental de Salud de Nariño, realizó el examen del VIH a la señora JOJOA PAZ, mediante el método de Western Blot, resultando negativo el mismo, es decir, que no era portadora del VIH. El laboratorio de salud pública realiza este examen con las pruebas que son enviadas por la institución de salud, en este caso, por el Hospital Civil de Pasto quien las remitió el día 16 de noviembre de 2005, y el resultado de la muestra con el método Western Blot se dio el día 13 de diciembre de 2005, resultado que se envió al hospital Civil de Pasto, que es quien había remitido las muestras para realizar el examen.

Explicó que el Instituto Departamental de Salud de Nariño no tiene responsabilidad alguna en la falla del servicio que deprecia el apoderado de la parte demandante, pues en forma alguna le prestó los servicios de salud a la señora JOJOA PAZ, los procedimientos asistenciales de salud los realizó la red pública hospitalaria del municipio de Pasto, quienes son personas jurídicas, que como tal, responden por sus propios actos.

Agregó que al Instituto Departamental de Salud de Nariño no le cabe ninguna responsabilidad administrativa ni patrimonial, pues de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución para que exista responsabilidad debe tenerse presente el título de imputabilidad, y en este caso la responsabilidad por una presunta falla en el servicio no le es imputable a este dado que no prestó el servicio ni tenía el deber de hacerlo.

Señaló que si no existe título de imputabilidad en su contra, no puede haber nexo causal entre el daño y el hecho dañoso, pues en el presente asunto no ha habido acción u omisión de su parte que así lo demuestre.

Reiteró que quien estaba en el deber de prestar el servicio asistencial de salud era la red pública municipal de Pasto a la señora JOJOA PAZ, no el Instituto Departamental de Salud de Nariño, por cuanto a éste no le corresponde prestar servicios asistenciales de salud, y por ello, el apoderado judicial de la parte demandante afirma de manera categórica en el hecho 13 de la demanda.

Concluyó que en este caso no se puede hablar de un nexo causal entre el daño y el hecho dañoso atribuible al Instituto Departamental de Salud de Nariño, puesto que no ha habido una acción u omisión en términos del artículo 90 de la Constitución en el ejercicio de sus funciones por su parte para que se de una imputabilidad, y, la presunta falla del servicio que se deprecia deviene de un órgano encargado de prestar los servicios asistenciales de salud.

Propusó también como excepciones las que resultaren probadas de acuerdo al artículo 306 del C. de P.C.

**PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE RESPECTO A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS (fls. 254 a 256)**

Se opuso a la totalidad de las excepciones propuestas por el Municipio de Pasto y en compendio señaló que la médico adscrita al Centro de Salud de Calambuco que atendió el caso de la señora AYDA MILENA JOJOA no fue diligente y cuidadosa, pues no cumplió con el protocolo médico, cual era realizar otra prueba confirmatoria, para así tener certeza definitiva de la enfermedad, por lo que ese diagnóstico equivocado y apresurado condujo a un estado de depresión y angustia que llevaron al señor Díaz Achicanoy a quitarse la vida.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Instituto Departamental de Salud de Nariño, refirió que pese a que este señaló que legalmente no está obligado a prestar servicios de salud y por lo tanto no tiene responsabilidad frente al caso de la paciente en mención; esta afirmación en vez de exonerarla hace lo contrario, pues debió autorizarle y prestarle los servicios médicos que requería; con todo y pese a que, no

solo contaba - y cuenta - con el personal idóneo para ello, sino también con los implementos y elementos de laboratorio clínico lo suficientemente especializado para esos efectos.

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DEL LLAMADO EN GARANTÍA

##### **Instituto Departamental de Salud de Nariño** (fls. 464 a 467 y 564 a 570)

Alegó en síntesis que como la demanda categóricamente afirmó en su hecho 13 que la presunta falla del servicio obedeció al *"diagnóstico equivocado de la Doctora CAROLINA LOPEZ, médico de turno del Centro de Salud de Catambuco del Municipio de Pasto"* y así se ratificó en la parte de declaraciones y condenas, numeral 1º *"por la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY en hechos ocurridos el día 10 de Enero de 2006, aproximadamente a las 7 de la noche en el Corregimiento de Catambuco del Municipio de Pasto, deceso que tuvo como causa directa y eficiente el diagnostico totalmente equivocado de la Dra. CAROLINA LOPEZ, médico de turno del Centro de Salud de Catambuco del Municipio de Pasto"*, aquí no se puede hablar de un nexo causal entre el daño y el hecho dañoso atribuible al Instituto Departamental de Salud de Nariño, puesto que no ha habido una acción u omisión en términos del artículo 90 de la Carta Política de 1991 en el ejercicio de sus funciones para que tenga lugar una imputabilidad de un órgano encargado de prestar los servicios asistenciales de salud.

##### **Municipio de Pasto** (fls. 468 a 478)

Alegó en resumen que **existe un hecho de un tercero** que rompe el principio de causalidad adecuada respecto del Municipio de Pasto, pues, confesó la parte actora, con su demanda, que las muestras de sangre tomadas, en un principio a la paciente, Sra. Aida Milena Jojoa fueron enviadas a la Subdirección de Programas Especiales del Instituto Departamental de Salud de Nariño, entidad en donde se dio el diagnóstico de VIH+.

Explicó que no puede predicarse, que de la información así suministrada, el compañero sentimental de ésta, haya optado por su suicidio, pues, se presenta la excepción, también, denominada **culpa exclusiva de la propia víctima**, ya que éste, en lugar de confirmar la información con exámenes personales, se consideró la persona que había infectado a su compañera sentimental y posiblemente al que estaba por nacer, de dicha enfermedad, lo que resulta sólo a éste atribuible.

Concluyó que no existió en la atención de la paciente un evento de falla en el servicio por parte del Municipio de Pasto, a través del Centro de Salud de Catambuco, pues, tal atención correspondió a la Lex Artis de la Medicina. Aseveró que para la época de los hechos el Municipio de Pasto estaba a cargo de la prestación de servicios de salud en el primer nivel de atención, actividad que cumplía a través de los centros y puestos de salud adscritos a la Dirección Municipal de Seguridad Social en Salud, y en consecuencia, como un paso del protocolo del cuidado del embarazo se tomó muestras de sangre a la entonces paciente, Sra. Ayda Milena Jojoa, las que se remitieron a un centro de atención de mayor nivel de complejidad, al laboratorio del instituto Departamental de Salud de Nariño, en donde se dio el resultado presuntamente equivocado, en que se sustenta la falla en el servicio aquí tratada. De donde, sin hesitación alguna se concluye, que la misma no resultaría atribuible al Municipio de Pasto razón por la cual no existe nexo de causalidad.

##### **PARTE DEMANDANTE** (fls 486 a 488).

laboratorio de salud pública de la Subdirección de Programas Especiales del Instituto Departamental de Salud de Nariño, realizó el examen del VIH a la señora JOJOA PAZ, mediante el método de Western Blot, resultando negativo el mismo, es decir, que no era portadora del VIH. El laboratorio de salud pública realiza este examen con las pruebas que son enviadas por la institución de salud, en este caso, por el Hospital Civil de Pasto quien las remitió el día 16 de noviembre de 2005, y el resultado de la muestra con el método Western Blot se dio el día 13 de diciembre de 2005, resultado que se envió al hospital Civil de Pasto, que es quien había remitido las muestras para realizar el examen.

Explicó que el Instituto Departamental de Salud de Nariño no tiene responsabilidad alguna en la falla del servicio que deprecia el apoderado de la parte demandante, pues en forma alguna le prestó los servicios de salud a la señora JOJOA PAZ, los procedimientos asistenciales de salud los realizó la red pública hospitalaria del municipio de Pasto, quienes son personas jurídicas, que como tal, responden por sus propios actos.

Agregó que al Instituto Departamental de Salud de Nariño no le cabe ninguna responsabilidad administrativa ni patrimonial, pues de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución para que exista responsabilidad debe tenerse presente el título de imputabilidad, y en este caso la responsabilidad por una presunta falla en el servicio no le es imputable a este dado que no prestó el servicio ni tenía el deber de hacerlo.

Señaló que si no existe título de imputabilidad en su contra, no puede haber nexo causal entre el daño y el hecho dañoso, pues en el presente asunto no ha habido acción u omisión de su parte que así lo demuestre.

Reiteró que quien estaba en el deber de prestar el servicio asistencial de salud era la red pública municipal de Pasto a la señora JOJOA PAZ, no el Instituto Departamental de Salud de Nariño, por cuanto a éste no le corresponde prestar servicios asistenciales de salud, y por ello, el apoderado judicial de la parte demandante afirma de manera categórica en el hecho 13 de la demanda.

Concluyó que en este caso no se puede hablar de un nexo causal entre el daño y el hecho dañoso atribuible al Instituto Departamental de Salud de Nariño, puesto que no ha habido una acción u omisión en términos del artículo 90 de la Constitución en el ejercicio de sus funciones por su parte para que se de una imputabilidad, y, la presunta falla del servicio que se deprecia deviene de un órgano encargado de prestar los servicios asistenciales de salud.

Propusó también como excepciones las que resultaren probadas de acuerdo al artículo 306 del C. de P.C.

**PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE RESPECTO A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS (fís. 254 a 256)**

Se opuso a la totalidad de las excepciones propuestas por el Municipio de Pasto y en compendio señaló que la médico adscrita al Centro de Salud de Calambuco que atendió el caso de la señora AYDA MILENA JOJOA no fue diligente y cuidadosa, pues no cumplió con el protocolo médico, cual era realizar otra prueba confirmatoria, para así tener certeza definitiva de la enfermedad, por lo que ese diagnóstico equivocado y apresurado condujo a un estado de depresión y angustia que llevaron al señor Díaz Achicanoy a quitarse la vida.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Instituto Departamental de Salud de Nariño, refirió que pese a que este señaló que legalmente no está obligado a prestar servicios de salud y por lo tanto no tiene responsabilidad frente al caso de la paciente en mención; esta afirmación en vez de exonerarla hace lo contrario, pues debió autorizarle y prestarle los servicios médicos que requería; con todo y pese a que, no

Alegó que en este caso el daño, es decir, el suicidio del señor OSCAR FERNANDO DIAZ, es imputable únicamente a las entidades demandadas sin que exista ninguna causa exonerativa de responsabilidad pues el daño obedeció a una falla del servicio atribuible a ellas, dado que la médico tratante adscrita al Centro de Salud de Catambuco, no actuó con la diligencia y cuidado que el caso requería, pues simplemente se limitó a manifestarle a la paciente que era portadora del virus del VIH y cuál debía ser la conducta a seguir, sin embargo, nunca se le advirtió a ella ni a su compañero sentimental sobre el grado de efectividad de las pruebas, que por lo tanto se le realizarían otras pruebas y establecer definitivamente si era o no portadora del Sida, pues los protocolos de medicina moderna recomiendan realizar dos veces la prueba de ELISA si el primer resultado es positivo y, si las dos pruebas adicionales resulten positivas debe administrarse una prueba confirmatoria, cosa que aquí no ocurrió razón por la que las demandadas son responsables.

**CONTESTACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA** (fls. 496 a 512)

Propuso la excepción de **FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA - INEXISTENCIA REQUISITOS LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**, señaló que la responsabilidad patrimonial del Estado, se determina en la existencia de una falta (acción u omisión) de este, el daño y un nexos causal o vínculo jurídico entre ellos, atribuible a una entidad estatal o persona.

Fundamentó su excepción en que la muerte del señor Oscar Fernando Diaz Chachinoy, no puede ni factual ni jurídicamente ligarse a la expedición de un resultado preliminar como lo fue la prueba Elisa practicada en dos oportunidades a la señora Ayda Milena Jojoa, ya que dicho procedimiento hace parte del protocolo autorizado por el Ministerio de Salud para la atención a personas en estado de embarazo que autorizan la prueba VIH, y que con la prueba WESTERN BLOT emitida arrojó al final un resultado negativo.

Alegó que no existe en el presente caso, el nexos causal o vinculo jurídico, ni respaldo probatorio para determinar que el actuar del Bacteriólogo Carlos Izacaz produjera los resultados que se demandan.

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto (fl. 578).

**V. CONSIDERACIONES.**

Cumplido el trámite procesal sin causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado procede a resolver este asunto;

**5.1. De la jurisdicción, competencia y procedencia de la acción**

De conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, al haberse dirigido la demandada contra entidades estatales le corresponde su conocimiento a esta jurisdicción. Así mismo, el artículo 2º del Acuerdo N°. PSAA16-10529 del 14 de junio de 2016 señaló que "(...) los Juzgados Administrativos de Montería, Pasto y Medellín remitirán a los Juzgados Administrativos de San Andrés, Leticia y Sección Cuarta de Bogotá, los procesos del sistema escrito que se encuentren para fallo (...)", razón por la que el Juzgado también es competente para su conocimiento en primera instancia.

Igualmente esta acción (art. 86 CCA) es la procedente para adelantar las pretensiones de la demanda, pues están encaminadas a la declaratoria de responsabilidad administrativa y extracontractual del Municipio de Pasto y del Instituto Departamental de Salud de Nariño – IDSN, por el daño material y perjuicios morales ocasionados a los demandantes por la muerte de Oscar Fernando Díaz Chachinoy.

### **De la legitimación en la causa por activa**

Se demostraron los lazos de parentesco entre el fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy (fl. 15) y los demandantes Jose Rafael Díaz Jojoa y Ana Julia Chachinoy Portilla (padres, fls. 14 y 16), el señor Mario Andrés Díaz Chachinoy (hermano, fl. 17), Sonia Maritza Díaz Chachinoy (hermana, fl 18), Miguel Humberto Chachinoy Botina (abuelo, fl.23), Ayda Mariela Paz Tumbaco (madre de Ayda Milena Jojoa Paz quien era menor de edad al momento de presentarse la demanda).

El Juzgado precisa que a la demanda se allegó Registro Civil de Nacimiento de David Fernando Jojoa Paz, sin embargo **NO se acreditó que este fuera hijo del fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy.**

### **De la legitimación en la causa por pasiva**

En la demanda y su reforma (fls. 72 a 74) se señaló que los demandantes son responsables de la muerte del señor Oscar Fernando Diaz Chachinoy como consecuencia del diagnóstico totalmente equivocado de la Doctora Carolina Lopez médico de turno del Centro de Salud de Catambuco del Municipio de Pasto, quien le expreso a la pareja Ayda Milena Jojoa Paz y Oscar Fernando Diaz Chachinoy que eran portadores del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida- VIH - SIDA, diagnóstico que se corroboró posteriormente con resultados negativos.

### **Caducidad de la acción**

El señor Oscar Fernando Díaz Chachinoy falleció el 10 de enero de 2006 (fl.15) y la demanda se presentó el 27 de marzo de 2007 (fl. 2) por lo que no esta caducada, sin embargo dentro del presente tramite se observa que no se acreditó que se hubiera agotado el requisito previo de Conciliación Extrajudicial.

Al respecto El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en auto del 18 de marzo de 2010 proferido dentro del Radicado N°. 13001-23-31-000-2009-00086-01 explicó;

*“Estima la Sala pertinente precisar el origen de la conciliación como requisito de procedibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de dar claridad sobre el asunto planteado para solución.*

*Conforme lo observó la Sala en providencia de 30 de agosto de 2007 , la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto 2282 de 1989.*

*Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001 se extendió al Derecho Administrativo. Allí se precisó que en los procesos contencioso administrativos sólo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.*

*En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos contenciosos administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituyó un requisito de procedibilidad de la acción.*

Ahora bien, sobre la aplicación de la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción, recuerda la Sala que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, estableció su obligatoriedad para los asuntos que sean conciliables.

“ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, **cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.**”  
(Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 1285 dispone que dicha exigencia rige a partir de su promulgación. Por lo tanto, al ser una norma procesal es de aplicación inmediata, según lo dispone el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que para el caso objeto de estudio, es menester antes de proveer sobre la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, verificar si el asunto era conciliable, y en consecuencia, si era obligación de la parte actora, aportar constancia del intento de conciliación.

Para el efecto, reitera la Sala que dicho requisito se entenderá cumplido de acuerdo con lo previsto en la Ley 640 de 2001, cuando se efectúe la audiencia sin que se logre el acuerdo o cuando vencido el término de 3 meses contados a partir de la presentación de la solicitud, la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa. En este último evento, se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, puede acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado o que éste se encuentra ausente y no se conoce su paradero.” (La negrilla corresponde al texto, subrayado del Juzgado.

Entonces, en principio podría concluirse que en este caso habría lugar a proferir un fallo inhibitorio como consecuencia de una inepta demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, ello no es así, pues la demanda se admitió (fls. 43 y 44) y la parte demandada guardó silencio al respecto, quedando subsanada la omisión de la parte actora conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta además que un fallo inhibitorio atentaría contra los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, más aún cuando la demanda se presentó desde 27 de marzo de 2007.

Así también lo explicó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia de tutela proferida el 13 febrero de 2014 dentro del Radicado N°. 11001-03-15-000-2013-02489-00(AC)

“En este punto la Sala encuentra que en el proceso de reparación directa de radicado 2009-00260 se presentó una irregularidad procesal ya que la demanda ha debido ser rechazada de plano por mandato legal y no fue así. Solo de esta manera se da plena fuerza vinculante al precepto que la estatuye como requisito de procedibilidad sin sacrificar los derechos de las personas, pues en esta temprana fase procesal el particular probablemente tendrá oportunidad de enmendar su omisión y completar los requisitos

Por su parte, la Ley 446 de 1998, que modificó la Ley 23 de 1991, estableció en su artículo 70, que el artículo 59 de la anterior Ley quedaría así:

Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.**

Parágrafo 1°. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

**Parágrafo 2°. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)**

Insiste la Sala en que en ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción. {Iguales sucedía con la acción de reparación directa}

Así mismo, según se infiere del texto transcrito solo era viable para los asuntos de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario.

Sólo fue a partir de la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, tal como fue publicada en el Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001 en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2° de éste, que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Allí se estableció:

“ARTICULO 37. **Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo.** Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.<sup>1</sup>

En dicho momento legislativo, la conciliación como requisito de procedibilidad sólo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales. (Art. 86 y 87 del C.C.A.)

De tal forma, que sólo fue hasta la expedición de la Ley 1285 de 2009, que se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

<sup>1</sup> El motivo de la corrección reseñada se presentó en la parte considerativa del citado Decreto 131 de 2001, así: “Que en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000”. El artículo 2° del mismo, que dispuso tal corrección, fue encontrado ajustado a derecho por esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2004, expediente núm. 6914, consejero ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad que se interpuso contra el mismo.

necesarios para, de ser el caso, poder acudir oportunamente a la administración de justicia. En el sub examine la demanda no solo no se rechazó, sino que se inadmitió, y además se admitió luego de que fuera subsanada por la parte al aportar copia de la solicitud de audiencia de conciliación, lo cual no basta para acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad (salvo cuando han transcurridos tres meses sin que se haya celebrado, excepción que no es aplicable en el caso concreto toda vez que la solicitud fue radicada ante la Procuraduría Quinta Judicial II con posterioridad a la presentación de la demanda). Con todo, la parte demandada tampoco acertó a cuestionar el auto admisorio de la demanda; todo lo cual hizo posible que el proceso avanzara y llegara hasta la fase de dictar sentencia, en la cual el juez advirtió la situación irregular que se había configurado y optó, en esa etapa final del proceso, cuando ésta ya no puede ser corregida, por declarar de oficio la excepción de inepta demanda. Bajo estas condiciones, y a pesar de observarse una falla procesal tan notable como haber pretermitido el requisito de procedibilidad, la Sala advierte que dicha irregularidad debió declararse subsanada, no porque los actores pudieran confiar legítimamente en que habían omitido una formalidad menor, sino por la aplicación del parágrafo del artículo 140 del C.P.C. En efecto, la audiencia de conciliación prejudicial constituye un requisito de procedibilidad de la acción de reparación directa cuya omisión trae como consecuencia el rechazo de plano de la demanda y no la nulidad del proceso, de modo que resulta aplicable lo dispuesto en dicha disposición. No aplicarla supondría darle a dicho requisito la calidad de una formalidad insubsanable, algo claramente reñido con el principio de prevalencia de lo sustancial estatuido por el artículo 228 de la Constitución. Vistas así las cosas, se impone la aplicación de lo previsto por el parágrafo del artículo 140 CPC y, en consecuencia, debe admitirse que la irregularidad procesal resultante de la omisión de dicho trámite fue subsanada cuando el auto admisorio de la demanda no fue oportunamente impugnada por las entidades demandadas." (Subrayado del Juzgado)

## 5.2. EXCEPCIONES

El Juzgado resolverá las excepciones propuestas por las entidades demandadas y el llamado en garantía al resolver el fondo de esta controversia.

## 5.3. PROBLEMA JURÍDICO

El Juzgado plantea como problema jurídico si cabe imputar responsabilidad al Municipio de Pasto, al Instituto Departamental de Salud de Nariño – IDSN y al llamado en garantía señor Carlos Alberto Isacaz A, por la muerte del señor Oscar Fernando Díaz Chachanoy a título de falla en el servicio con ocasión del diagnóstico de VIH Positivo que se le comunicó a este y a su pareja la demandante Ayda Milena Jojoa Paz.

## 5.4. ANÁLISIS PROBATORIO

Se tiene que mediante determinación del 28 de enero de 2011 (fls. 304 a 307 C 1) se decretaron las siguientes;

### PRUEBAS

#### DE LA PARTE DEMANDANTE

Se tuvieron en cuenta las aportadas con la demanda (fls. 7, 10 a 41).

Se dispuso oficiar a:

1. Al Director del Centro de Salud de Catambuco para que remitiera copia integral, auténtica y transcrita de la historia de la paciente AYDA MILENA JOJOA y en especial

los exámenes clínicos y paraclínicos relacionados con las pruebas del VIH. Visible a folio 308 se encuentra el oficio respectivo, esta obra de folios 110 a 160. A folio 118 se consignó:

*"25-X-05. Se realiza visita domiciliaria a la Señorita Aide Jojoa por Esperanza Tabla quien le informa que debe **dirigirse al Hospital Civil de Pasto con el fin de repetir la prueba de Elisa para VIH. Se educa sobre la importancia de cumplir con este examen para su bienestar y el de su hijo, La paciente sale con su madre al Hospital Civil se confirma por teléfono su asistencia**" (Negrillas del Juzgado)*

A folio 120 obra anotación del 13 de octubre de 2005:

*Asesoría en VIH: Paciente a quién se le explica sobre la importancia de la prueba para dismuir la transmisión madre a hijo. **Se explica en q (sic) consiste la prueba, cual es el proceso de la enfermedad. Las posibles consecuencias. Se indica que el resultado será personal, se firma consentimiento informado Pte se dirige a toma del examen (...) resultados en 20 días (...)**" (Negrillas del Juzgado)*

A folios 121 y 122 se encuentran los Resultados del Instituto Departamental de Salud de la **"PRUEBA UMELISA HIV 1+2", "Técnica: Elisa (prueba de Tamizaje)** se tomaron dos muestras el día 21/10/05 y el día 10/11/05 obteniendose el resultado el mismo día de su toma siendo este **"RESULTADO: REACTIVO"**. La muestra fue remitida por el Hospital Civil de Pasto, los Resultados **aparecen suscritos por Carlos Alberto Isacaz A, Bacteriologo Laboratorio Salud Pública.**

A folios 123 y 124 obran Resultados de Laboratorio del Instituto Departamental de Salud para la **"PRUEBA CONFIRMATORIA DE ANTICUERPOS ANTI-VIH-1", "Método: Western Blot Kit: DAVIH-BLOT- VIH 1" con "Resultado: NEGATIVO"**. La fecha de recibo de la muestra fue el **16/11/05** y fue remitida por el Hospital Civil de Pasto, la fecha de su resultado fue el **13/12/05, la firma responsable es de María Cristina Aristizábal M.**

Visible a folio 126 se encuentra la siguiente anotación de **"10.01.06"**:

*"(...) Diagnostico 1- embarazo 23 sem  
2- (...)  
3- fetounico vivo  
4-**VIH + (??)**" (Negrillas del Juzgado)*

*"(...) **Se explica a la paciente el resultado de ELISA y Westerbloot se explica en que consiste la enfermedad cual va a ser el Manejo y el apoyo que va Recibir por parte del personal de salud y por parte de psicología. Por solicitud de la paciente se da la información a la madre y la pareja (Oscar Fernando Díaz Chachinoy, quien falleció el 10 de enero de 2006 a las 19:00 PM, conforme a Registro Civil de Defunción obrante a folio 15). Se explica nuevamente en que consiste la enfermedad mecanismos de transmisión cual va a ser el manejo que va a recibir a quien acudir signos de alarma medidas preventivas importancia del control prenatal próximo CPN con medico 10.02.06**" (Negrillas del Juzgado).*

Tambien se observa que la **funcionaría que suscribió esta anotación en la Historia Clínica llevada por el Centro de Salud Catambuco fue la señora Carolina López G RM 528010** quien es médico cirujano (fls. 172 y 173) (conforme a certificación del 11 de abril de 2011 no ha laborado con el Instituto Departamental de Salud de Nariño fl. 326 y 341) por lo que es evidente que fue esta quien informó en aquella oportunidad el resultado de las pruebas de **ELISA y Westernblot a la paciente AYDA MILENA**.

603

JOJOA PAZ y a su pareja el fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy y no el Bacteriologo Laboratorio Salud Pública aquí llamado en garantía Carlos Alberto Isacaz A. Reg. IDSN 52-0873 quien como se indicó suscribió los resultados de la **PRUEBA UMELISA HIV 1+2** (fls. 121, 122,328), **razón suficiente para declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que propusiera.**

Más adelante en anotación del **20 de enero de 2006** (luego de la muerte de Oscar Fernando Díaz Chachinoy) se consignó:

*"MC: Resultado de Reporte.*

*EA: **Paciente quien asiste a conocer su resultado del Reporte Western Blot.***

***Del 13-XII 05 = Negativo – ningun antígeno marcado = No Reactivo***

***Se explica a la paciente y a la madre (Aida Marcela Paz) los resultados y la interpretación de la prueba – los falsos positivos, las conductas de riesgo por la enfermedad y que debe continuar su control prenatal normal y ante cualquier molestia volver inmediatamente (signos de alarma del embarazo) (...)***

***- En el momento la paciente no presenta infección x VIH.***

*- La paciente y la madre aceptan entender*

*- Las indicaciones y Educación dada*

*-Aida Milena Jojoa 90070759437*

*- Ayda Mariela Paz T. (...)"* Igualmente se observa que esta información tambien fue dada por otro funcionario del **Centro de Salud Catambuco** y **NO** por María Cristina Aristizábal M. Registro. 22 IDSN quien suscribió la PRUEBA CONFIRMATORIA DE ENTICUERPOS ANTI-VIH-1 Método: Western Blot. kit: DAVIH-BLOT-VIH-1 (FLS. 123, 124,329)

2. Al Laboratorio Clínico Rafael Herrera Velasquez para que remitiera copia auténtica o primera copia del resultado del examen "H.I.V.I.II ANTICUERPO" practicado a la señora AYDA MILENA JOJOA PAZ. Visibles a folios 371 y 372 se encuentra el Resultado **"NO REACTIVO"**.

Sobre este punto el Juzgado Precisa que de folios 503 a 512 del expediente obra **"GUIA PARA EL MANEJO DE VIH/SIDA Basada en la Evidencia COLOMBIA"** de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de la Salud y la Seguridad Social Bogotá, D.C., la cual fuera aportada con la contestación de la demanda que diera el llamado en garantía el Bacteriologo señor **Carlos Alberto Isacaz Acosta** (fls. 496 a 502), quién como se señaló anteriormente practicó a la señorita AYDA MILENA JOJOA PAZ (fls. 121 y 122) la **"PRUEBA UMELISA HIV 1+2"**, **"Técnica: Elisa (prueba de Tamizaje)"** (se tomaron dos muestras el día 21/10/05 y el día 10/11/05) con **"RESULTADO: REACTIVO"**.

En la mencionada guía respecto a las pruebas de tamizaje se observa como relevante que las mismas;

*"Son pruebas que muestran una sensibilidad de más del 99%. Adicionalmente tienen una altísima especificidad (también mayor al 99%) pero a pesar de ello la frecuencia de resultados falsos positivos pueden ser relevante si se realizan en poblaciones de baja prevalencia. En general, la prevalencia del VIH en Colombia es menor al 1%. Por lo tanto las pruebas de tamizaje requieren ser repetidas y confirmadas. Las pruebas de tamizaje incluyen a las pruebas serológicas de ELISA y las pruebas rápidas de detección. Las pruebas de ELISA y rápidas aprobadas por la FDA (<http://www.fda.gov/cber/products/testkits.htm>) tienen una sensibilidad y especificidad altas (cerca de o superiores al 99%) (10-15) y se resumen en las tablas 5 y 6. Las pruebas de ELISA requieren una complejidad de laboratorio alta, mientras las pruebas rápidas*

*solamente requieren una complejidad de laboratorio intermedia.” (Subrayado y negrillas del Juzgado).*

En cuanto a las pruebas confirmatorias allí se explicó;

*“Las pruebas confirmatorias tienen altísima especificidad, conservando una muy alta sensibilidad. **La frecuencia de falsos positivos con las pruebas confirmatorias es extremadamente rara, del orden de 0.0004% a 0.00007% (34,35) e incluyen anticuerpos, vacunas para VIH o resultados ficticios.** Estas pruebas deben realizarse cuando las pruebas de tamizaje hayan resultado repetidamente positivas únicamente. Las pruebas confirmatorias más usadas utilizan los métodos de Western Blot o la inmunofluorescencia indirecta. La tabla 12 lista las pruebas confirmatorias aprobadas por el INVIMA (allí se encuentra aprobada la prueba HIV 1 Western Blot 20, que fue la aquí utilizada como prueba confirmatoria)” (Negrillas del Juzgado).*

Más adelante respecto a la Interpretación de Pruebas se explicó;

*“Si el resultado de la prueba de tamizaje para VIH es no reactivo (negativo) se considera que el individuo no está infectado, salvo en los casos en que se sospeche una infección reciente por posible exposición de riesgo en los seis meses previos a la prueba. Dada la altísima sensibilidad, no necesita repetirse las pruebas en individuos sin posible exposición reciente.*

*En individuos con una historia reciente de exposición a VIH o exposición de riesgo, no se puede excluir la infección sin hacer seguimiento hasta 6 meses después de ocurrida dicha exposición (38).*

***Si el resultado es reactivo (positivo) {como aquí ocurrió} se repite la prueba de tamizaje, con nueva muestra {también aquí ocurrió}.***

***Si las dos pruebas de tamizaje son reactivas se debe confirmar el resultado mediante la realización de una prueba confirmatoria {así sucedió en este caso}.***

*Si la prueba de tamizaje repetida es no reactiva (negativa), se debe repetir nuevamente la prueba de tamizaje.*

*Si la tercera prueba de tamizaje es reactiva (es decir, dos de tres pruebas reactivas/positivas) se debe confirmar el resultado mediante una prueba confirmatoria.*

***Si la tercera prueba resulta no reactiva (negativa), el paciente se puede manejar como presunto negativo y no requiere prueba confirmatoria.***

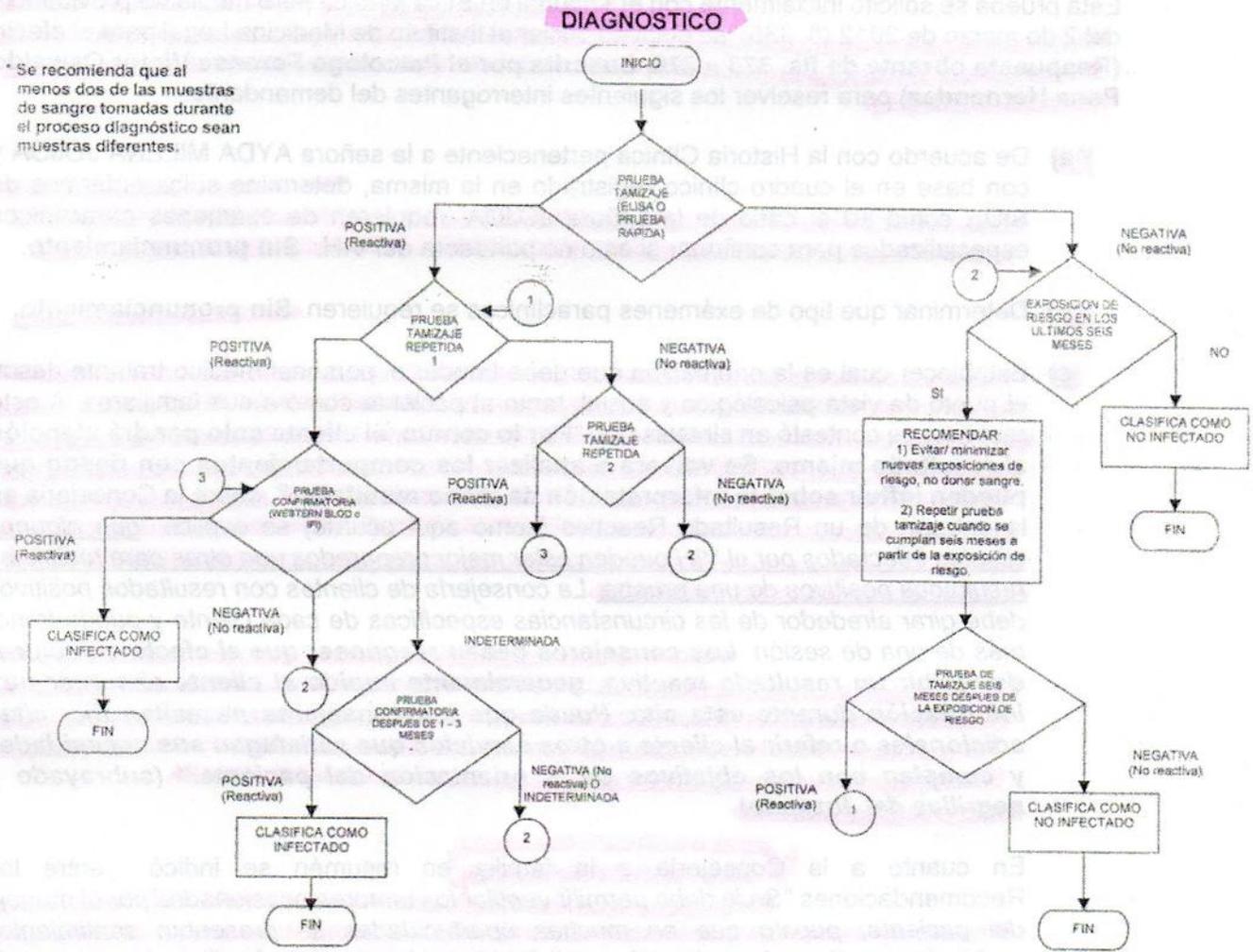
*Si la prueba confirmatoria es positiva se considera al individuo infectado por VIH. Algunas veces individuos doblemente reactivos/positivos por pruebas de tamizaje tienen pruebas confirmatorias indeterminadas debido a una respuesta incompleta ante la infección por VIH ó reacciones inespecíficas en personas no infectadas (38).*

(...)

***Para evitar diagnósticos equivocados como resultado de errores en el manejo de la muestra, se recomienda que se hayan tomado al menos dos muestras de sangre diferente del mismo paciente a lo largo del proceso diagnóstico (v.g. una muestra para prueba de tamizaje inicial, una segunda muestra para prueba de tamizaje repetida y prueba confirmatoria; ó una muestra para prueba de tamizaje inicial y repetida y una segunda muestra para prueba confirmatoria) {como aquí sucedió}”***

**No se recomienda realizar Western Blot sin haber hecho antes las pruebas de tamizaje {aquí no sucedió pues se hicieron primero las pruebas de tamizaje}”**

**Así mismo dentro del flujograma de diagnostico;**



En el mismo se observa que la prueba practicada en el proceso siguió el siguiente recorrido: inició con PRUEBA TAMIZAJE (ELISA O PRUEBA RAPIDA) – POSITIVA (Reactiva) – PRUEBA TAMIZAJE REPETIDA 1 –POSITIVA (Reactiva) – PRUEBA CONFIRMATORIA (WESTERN BLOD o IFI) – NEGATIVA (No Reactiva)

Entonces, en este caso se tiene que las pruebas de VIH aplicadas se llevaron a cabo correctamente y lo que aquí aconteció es que las mismas fueron explicadas de forma errada a la paciente AYDA MILENA JOJOA PAZ.

**TESTIMONIALES**

Se ordenó recepcionar los testimonios de;

1. MARIA DORIS CADENA, CARLOS EDUARDO MONTILLA, ALICIA DEL SOCORRO ERAZO BENAVIDES Y REINALDO CAICEDO (fl. 7) (no concurrió fl.324)

El Recaudo de los mismos se encuentra de folios 318 a 321, escuchado el CD respectivo se

tiene que ninguno de los declarantes tuvo conocimiento directo y presencial de las Circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte de Oscar Fernando Díaz Chachinoy, ni que este se hubiera practicado o no la prueba del SIDA.

### PERICIAL

Esta prueba se solicitó inicialmente con el Tribunal de Ética Médica pero mediante providencia del 2 de marzo de 2012 (fl. 365) se dispuso oficiar al Instituto de Medicina Legal para el efecto (**Respuesta obrante de fls. 373 a 376, Suscrita por el Psicólogo Forense Victor Oswaldo Pena Hernandez**) para resolver los siguientes interrogantes del demandante:

- a) De acuerdo con la Historia Clínica perteneciente a la señora AYDA MILENA JOJOA y con base en el cuadro clínico registrado en la misma, determine si los enfermos de SIDA como en el caso de la señora JOJOA, requieren de exámenes paraclínicos especializados para confirmar si es o no portadora del VIH. **Sin pronunciamiento.**
- b) Determinar que tipo de exámenes paraclínicos se requieren. **Sin pronunciamiento.**
- c) Establecer cual es la orientación que debe brindar el personal médico tratante desde el punto de vista psicológico y social, tanto al paciente como a sus familiares. A este respecto se contestó en síntesis que **"Por lo común, el cliente solo pondrá atención al resultado mismo. Se volverá a analizar los comportamientos con riesgo que pueden influir sobre la interpretación de dicho resultado."**, sobre la Consejería en la entrega de un Resultado Reactivo (como aquí ocurrió) se explicó **"que algunos clientes infectados por el VIH pueden estar mejor preparados que otros para recibir los resultados positivos de una prueba. La consejería de clientes con resultados positivos debe girar alrededor de las circunstancias específicas de cada cliente y puede tomar más de una de sesión. Los consejeros deben reconocer que el efecto emocional de recibir un resultado reactivo, generalmente impide al cliente absorber otra información durante esta cita. Puede que los consejeros necesiten fijar citas adicionales o referir al cliente a otros servicios que satisfagan sus necesidades y cumplan con los objetivos de la orientación del paciente."** (subrayado y negrillas del Juzgado)

En cuanto a la **Consejería a la familia** en resumen se indicó entre las Recomendaciones **"Se le debe permitir ventilar los temores ocasionados por el manejo del paciente, puesto que en muchas oportunidades se presentan sentimientos ambivalentes. Se debe valorar la posibilidad de vincular a la familia a los grupos de apoyo."** Como objetivos se fijaron:

- Mejorar la comunicación entre el individuo y su medio ambiente social (familia, pareja, contacto).
- Hacer participe al familiar acompañante de la responsabilidad del estado actual y futuro del consultante.
- Tratar de disminuir el conflicto de tipo individual y grupal referente a la problemática de la infección por VIH.
- Estimular a los miembros de la familia a la participación activa en el apoyo psicológico emocional y material al consultante durante la progresión de la infección.
- Dar a conocer las normas de Bioseguridad en el cuidado domiciliario.
- Crear condiciones que posibiliten el dialogo y la comprensión entre la familia y el consultante.
- Aclarar dudas, temores, y ansiedad con respecto a la infección y el riesgo al interior del hogar."

Entonces, se deduce que algunos pacientes están mejor preparados que otros para recibir un diagnóstico de tal naturaleza y que el efecto emocional de recibir un resultado reactivo, generalmente impide al paciente comprender otra información que se le suministre durante esa cita por lo que pueden requerirse citas adicionales. Teniendo en cuenta lo anterior se concluye que un paciente al que se le informa respecto a la enfermedad necesita más de una cita médica para asimilar el resultado.

En este caso el Juzgado precisa que el dictamen se le comunicó a la paciente AYDA MILENA JOJOA, a su señora madre y al fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy.

Que trastornos psicológicos puede causar en el paciente cuando es enterado de que es portador del VIH.

Al respecto se contestó en compendio que la "(...) *comunicación del diagnóstico de infección por VIH al sujeto afectado es una circunstancia catastrófica, que provoca una respuesta emocional relacionada con la percepción que tiene el individuo de la enfermedad y con la evidente estigmatización que supone en el seno de la sociedad. En la mayoría de los casos, la principal preocupación es el miedo a una muerte cercana e inevitable tras un curso doloroso de la enfermedad. Además, se añaden preocupaciones en torno a la pérdida de apoyo, y del afecto de familiares y amigos, a las alteraciones que en su aspecto externo produce la enfermedad y a la pérdida de las facultades mentales. Temen también llegar a ser una carga pesada para su entorno. Otra circunstancia que produce un estrés emocional particularmente intenso en estos pacientes es el miedo a haber contagiado a otra persona en el pasado, hecho que puede desencadenar intensos sentimientos de culpa.*"

Como etapas de la enfermedad se identificaron:

"(...) Aparece un periodo **inicial de crisis**, caracterizado en ocasiones por un embotamiento afectivo e incredulidad; la intensidad de esta respuesta se ha relacionado con el apoyo social del que dispone el individuo y también con el tipo de información que se le haya proporcionado sobre el significado de la prueba diagnóstica para VIH. Puede seguir una **fase de negación**, con intentos de olvidar o de ignorar el diagnóstico, incluso plantear que es falso. Algunas personas pueden desarrollar **conductas autodestructivas en esta fase, con aumento de las prácticas de riesgo para la infección** e incremento en el consumo de droga y alcohol, así como el incumplimiento de las indicaciones médicas. El clínico debe reconocer este tipo de respuestas psicológicas y enmarcarlas dentro de la adaptación general del sujeto a la enfermedad.

Una vez que estos mecanismos de negación ceden, con frecuencia el sujeto comienza a cuestionarse porque precisamente él ha contraído la infección, y le sobrevienen sentimientos de **rabia o depresión**. Posteriormente, la mayoría de los afectados se estabiliza emocionalmente y afronta de forma realista el diagnóstico de la infección con estrategias que pueden consistir en la participación en grupos de autoayuda, la búsqueda de información y **el cumplimiento de las recomendaciones médicas, presidido por la integración en la vida del sujeto de las limitaciones impuestas por la enfermedad**. La fase final incluye la preparación para afrontar la muerte."

Las fases son:

- 1.-Negación
- 2.-Temor
- 3.-Percepciones de Pérdida
- 4.-Sentimiento de Culpa
- 5.-Síntomas Depresivos
- 6.-Ansiedad

## 7.-Ira

### 8.-Actividad o Propósitos Suicidas”

Se explicó que “No todos los enfermos pasan por estas etapas, ni en este orden, a lo largo de la adaptación a la enfermedad y, con frecuencia, cambios en la percepción por el sujeto de su estado de salud pueden desencadenar una regresión o progresión a cualquiera de estas fases.

Las crisis emocionales se producen con mayor frecuencia en momentos concretos de la evolución de la enfermedad en el paciente con VIH: tras el diagnóstico de la infección, tras la notificación del progreso de la infección y en el momento en el que, debido a una ausencia de respuesta favorable, es necesario introducir cambios en el tratamiento.”  
(Negrillas y Subrayado del Juzgado)

## PARTE DEMANDADA

### MUNICIPIO DE PASTO (Contestación a la demanda y reforma fls. 65 y 97)

Se dispuso oficiar a:

1. Al Director del Centro de Salud de Catambuco para que remitiera copia integral auténtica y transcrita de la **historia del señor OSCAR FERNANDO DIAZ** que contenga los exámenes clínicos y paraclínicos relacionados con las pruebas del V. I. H. El Juzgado no observa pronunciamiento al respecto. El requerimiento respectivo se hizo mediante oficio N°.0225 obrante a folio 305.

### TESTIMONIALES

Se ordenó recepcionar los testimonios de;

1. La Doctora GLORIA DIAZ (fl.337 no concurrió), SOFIA DIAZ, JOSE VICENTE TORRES (fl.337 no concurrió) Y LUZ MARINA TUMBAQUI (fls. 66 y 97).

La declaración de **Sofía Isabel Díaz de Moran** quien es enfermera con Especialización en Gerencia de Servicios de Salud, Directora y Administradora de la Red Sur se encuentra a folios 336 y 337, quien en resumen **relató que la Doctora Carolina López informó el diagnóstico de VIH a la paciente**, explicó que revisó la historia clínica de la paciente y le solicitó al médico José Vicente Torres para que hablara con la paciente, a efectos de que esta continuara con sus controles, así mismo manifestó desconocer si el diagnóstico dado se dio luego de haberse practicado la prueba presuntiva o confirmatoria. Señaló no tener conocimiento respecto a si se había dado atención al fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy ni sobre si se le había dado a conocer el diagnóstico en cuestión. Más adelante en su declaración **explicó que el diagnóstico de VIH se da cuando se practica la prueba Elisa para VIH y para confirmarlo refirió la práctica de otra prueba respecto de la cual manifestó desconocer su nombre.**

La declaración de la enfermera **Luz Marina Tumbaqui Quistanchala** se encuentra obrante a folio 339, de la cual se extracta en resumen que fue ella quien prestó consejería a la paciente **Ayda Milena Jojoa Paz** respecto a la realización de la prueba de VIH, refirió que se hace a todas las gestantes, explicó al respecto que consiste en una “**estrategia**” para evitar la transmisión madre - hijo, que es una prueba voluntaria, que la paciente firma el consentimiento, se le explican las etapas de la enfermedad, los posibles resultados, el protocolo a seguir si la prueba es positiva, se le hace firmar el consentimiento y luego de 8 a 15 días se le informa a la paciente a efectos de que retire el resultado. Relató que se encontraba reemplazando por 15 días a otra funcionaria al momento de brindarle asesoría pre-test a la señorita **Ayda Milena Jojoa Paz**, al momento de rendir su declaración indicó que se encontraba trabajando en el Centro de Salud la Rosa y era enfermera de prevención extramural Red Sur (incluyendo el

Entonces, se deduce que algunos pacientes están mejor preparados que otros para recibir un diagnóstico de tal naturaleza y que el efecto emocional de recibir un resultado reactivo, generalmente impide al paciente comprender otra información que se le suministre durante esa cita por lo que pueden requerirse citas adicionales. Teniendo en cuenta lo anterior se concluye que un paciente al que se le informa respecto a la enfermedad necesita más de una cita médica para asimilar el resultado.

En este caso el Juzgado precisa que el dictamen se le comunicó a la paciente AYDA MILENA JOJOA, a su señora madre y al fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy.

Que trastornos psicológicos puede causar en el paciente cuando es enterado de que es portador del VIH.

Al respecto se contestó en compendio que la "(...) comunicación del diagnóstico de infección por VIH al sujeto afectado es una circunstancia catastrófica, que provoca una respuesta emocional relacionada con la percepción que tiene el individuo de la enfermedad y con la evidente estigmatización que supone en el seno de la sociedad. En la mayoría de los casos, la principal preocupación es el miedo a una muerte cercana e inevitable tras un curso doloroso de la enfermedad. Además, se añaden preocupaciones en torno a la pérdida de apoyo, y del afecto de familiares y amigos, a las alteraciones que en su aspecto externo produce la enfermedad y a la pérdida de las facultades mentales. **Temen también llegar a ser una carga pesada para su entorno. Otra circunstancia que produce un estrés emocional particularmente intenso en estos pacientes es el miedo a haber contagiado a otra persona en el pasado, hecho que puede desencadenar intensos sentimientos de culpa.**"

Como etapas de la enfermedad se identificaron:

"(...) Aparece un periodo **inicial de crisis**, caracterizado en ocasiones por un embotamiento afectivo e incredulidad; la intensidad de esta respuesta se ha relacionado con el apoyo social del que dispone el individuo y también con el tipo de información que se le haya proporcionado sobre el significado de la prueba diagnóstica para VIH. Puede seguir una **fase de negación**, con intentos de olvidar o de ignorar el diagnóstico, incluso plantear que es falso. Algunas personas pueden desarrollar **conductas autodestructivas en esta fase, con aumento de las prácticas de riesgo para la infección** e incremento en el consumo de droga y alcohol, así como el incumplimiento de las indicaciones médicas. El clínico debe reconocer este tipo de respuestas psicológicas y enmarcarlas dentro de la adaptación general del sujeto a la enfermedad.

Una vez que estos mecanismos de negación ceden, con frecuencia el sujeto comienza a cuestionarse porque precisamente él ha contraído la infección, y le sobrevienen sentimientos de **rabia o depresión**. Posteriormente, la mayoría de los afectados se estabiliza emocionalmente y afronta de forma realista el diagnóstico de la infección con estrategias que pueden consistir en la participación en grupos de autoayuda, la búsqueda de información **y el cumplimiento de las recomendaciones médicas, presidido por la integración en la vida del sujeto de las limitaciones impuestas por la enfermedad**. La fase final incluye la preparación para afrontar la muerte."

Las fases son:

**"1.-Negación**

**2.-Temor**

**3.-Percepciones de Pérdida**

**4.-Sentimiento de Culpa**

**5.-Síntomas Depresivos**

**6.-Ansiedad**

## 7.-Ira

### 8.-Actividad o Propósitos Suicidas”

Se explicó que “No todos los enfermos pasan por estas etapas, ni en este orden, a lo largo de la adaptación a la enfermedad y, con frecuencia, cambios en la percepción por el sujeto de su estado de salud pueden desencadenar una regresión o progresión a cualquiera de estas fases.

Las crisis emocionales se producen con mayor frecuencia en momentos concretos de la evolución de la enfermedad en el paciente con VIH: tras el diagnóstico de la infección, tras la notificación del progreso de la infección y en el momento en el que, debido a una ausencia de respuesta favorable, es necesario introducir cambios en el tratamiento.”  
(Negrillas y Subrayado del Juzgado)

## PARTE DEMANDADA

### MUNICIPIO DE PASTO (Contestación a la demanda y reforma fls. 65 y 97)

Se dispuso oficiar a:

1. Al Director del Centro de Salud de Catambuco para que remitiera copia integral auténtica y transcrita de la **historia del señor OSCAR FERNANDO DIAZ** que contenga los exámenes clínicos y paraclínicos relacionados con las pruebas del V. I. H. El Juzgado no observa pronunciamiento al respecto. El requerimiento respectivo se hizo mediante oficio N°.0225 obrante a folio 305.

### TESTIMONIALES

Se ordenó recepcionar los testimonios de;

1. La Doctora GLORIA DIAZ (fl.337 no concurrió), SOFIA DIAZ, JOSE VICENTE TORRES (fl.337 no concurrió) Y LUZ MARINA TUMBAQUI (fls. 66 y 97).

La declaración de **Sofía Isabel Díaz de Moran** quien es enfermera con Especialización en Gerencia de Servicios de Salud, Directora y Administradora de la Red Sur se encuentra a folios 336 y 337, quien en resumen **relató que la Doctora Carolina López informó el diagnóstico de VIH a la paciente**, explicó que revisó la historia clínica de la paciente y le solicitó al médico José Vicente Torres para que hablara con la paciente, a efectos de que esta continuara con sus controles, así mismo manifestó desconocer si el diagnóstico dado se dio luego de haberse practicado la prueba presuntiva o confirmatoria. Señaló no tener conocimiento respecto a si se había dado atención al fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy ni sobre si se le había dado a conocer el diagnóstico en cuestión. Más adelante en su declaración **explicó que el diagnóstico de VIH se da cuando se practica la prueba Elisa para VIH y para confirmarlo refirió la práctica de otra prueba respecto de la cual manifestó desconocer su nombre.**

La declaración de la enfermera **Luz Marina Tumbaqui Quistanchala** se encuentra obrante a folio 339, de la cual se extracta en resumen que fue ella quién prestó consejería a la paciente **Ayda Milena Jojoa Paz** respecto a la realización de la prueba de VIH, refirió que se hace a todas las gestantes, explicó al respecto que consiste en una “**estrategia**” para evitar la transmisión madre - hijo, que es una prueba voluntaria, que la paciente firma el consentimiento, se le explican las etapas de la enfermedad, los posibles resultados, el protocolo a seguir si la prueba es positiva, se le hace firmar el consentimiento y luego de 8 a 15 días se le informa a la paciente a efectos de que retire el resultado. Relató que se encontraba reemplazando por 15 días a otra funcionaria al momento de brindarle asesoría pre-test a la señorita **Ayda Milena Jojoa Paz**, al momento de rendir su declaración indicó que se encontraba trabajando en el Centro de Salud la Rosa y era enfermera de prevención extramural Red Sur (incluyendo el

Centro Médico de Catambuco).

Señaló que llegaron rumores de que el compañero de la paciente se había suicidado consecuencia del diagnostico inicial, razón por la que lo que se hizo con la Jefe del Centro de Salud de Catambuco (la anterior testigo, **Sofía Isabel Díaz de Moran**) fue llamar a la paciente para que fuera al Centro de Salud la Rosa (donde trabajaba la testigo) y allí fue Atendida por el **Doctor Vicente Torres, no constándole nada más al respecto.**

**Preguntada sobre si explicó a la paciente respecto a que la prueba Elisa requería confirmación, la testigo señaló que se le dijo que era un tamizaje y que dependiendo el resultado se practicaba prueba confirmatoria, refirió que en la asesoría se le explicó sobre el VIH y que el SIDA es la fase avanzada de la enfermedad.**

**Preguntada respecto a si le explicó a la paciente la interpretación de la Prueba de Elisa y la Prueba Confirmatoria, la testigo señaló que se le indicó que la prueba de tamizaje (Elisa) podría ser reactiva o no, en caso afirmativo hay células que implican la presencia de virus y se hace necesaria una prueba confirmatoria.**

Preguntada sobre si tenía conocimiento que a la paciente se le hubiera informado que era portadora de la enfermedad, señaló no constarle.

Señaló que la usuaria fue sola al control prenatal.

Relató que para este caso la Jefe Sofia habló con el Doctor Torres que había sido malinterpretación del resultado. Explicó también que no estaba vinculada al Centro de Salud Catambuco cuando llegaron los resultados del primer Tamizaje.

**Explicó que si hay diagnostio definitivo de VIH, si hay confirmatorio a efectos de informar al paciente, debe estar presente mínimo el médico, la enfermera y un psicólogo, se le informa, se pregunta si desea decirle a la pareja o no, lo cual es decisión del paciente.**

Refirió que se informa al paciente el objetivo de la prueba, se le explican los resultados, las fases del tratamiento y los factores de riesgo.

Dijo que si el resultado de la primera prueba es positivo, se hace una prueba confirmatoria, si esta es positiva se hace la de Western Blot, agregó que se hacen dos pruebas de tamizaje si ambas salen positivas se toma el Western Blot como prueba confirmatoria.

**Preguntada respecto a como se le explicaba al paciente en el evento en que la prueba era reactiva, la testigo explicó que este es un diagnostico presuntivo y se confirma con la prueba de Western Blot, si la misma resulta positiva pues se diagnostica VIH, si es negativa no se tiene la enfermedad y si el resultado es indeterminado luego de un mes se hace nueva prueba y si esta resulta positiva pues se diagnostica VIH.**

**Preguntada respecto a si inicialmente un paciente tiene dos pruebas Elisa positivas y un Western Blot negativo, refirió que se informa al paciente que el resultado de la prueba es negativo y no se recalca sobre las otras pruebas positivas.**

En este caso se tiene que la paciente recibió una correcta asesoría pre-test conforme al protocolo establecido para tal fin.

#### **INTERROGATORIO DE PARTE:**

Se ordenó el interrogatorio de los demandantes **AYDA MILENA JOJOA PAZ** (hija) y **AYDA MARIELA PAZ TUMBACO** (madre) (fls. 344 a 348).

La señora Ayda Mariela Paz Tumbaco declaró;

**“PREGUNTADA:** “Se encuentra usted citada para declarar acerca de la acción de Reparación Directa por usted en contra del MUNICIPIO DE PASTO- INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, sírvase decir todo cuanto le conste sobre los hechos de la demanda **CONTESTO:** mi hija era novia de OSCAR FERADO (sic) DÍAZ, ella asistía al control prenatal el 10 de enero de 2006 a las 7:00 am, como había mucha gente a ella la atendieron a la 1:30 de la tarde, en la mañana se llevo esperando que la atiendan, no la atendían ligero, yo tenía un reunión en pasto de la otra niña, mi hija ya estaba allá en el consultorio, **luego mi otra niña llevo y la encontró llorando en el puesto de salud, entre al consultorio y le pregunte que por que lloraba, ella me dijo que la doctora le había dicho que tenía una enfermedad incurable y el control es muy costoso, le dije, doctora que enfermedad tiene, me dijo está infectada de SIDA, no va a tener el niño normal sino por cesárea y no le va a poder dar el seno porque eso se pasa, yo le dije que** porque si no había estado con otros muchacho (sic), yo digo que la doctora, ya que sabia eso nos mando llamar a nosotros los papas de los muchachos, sino que directamente les dijo a ellos, una cosa de esas no se puede decir así como así a ellos, **fuimos a llamar al papa del niño, ella le dijo al muchacho que él la había infectado, por cuanto no había estado con otros muchachos, que por eso debía hacerse examinar y decirle a todas las muchachas con las que había estado que se hagan examinar, salimos de ahí y cuando fuimos a la casa el muchacho dijo que más tarde venia, que iba a decirles a los padres, el no les había ido a decir a los papas se había encerrado en la pieza y se había quitado la vida”**

**“PREGUNTA OCHO:** conoce ud y le consta si el señor OSCAR FERNANDO DIAZ fue atendido en el centro de salud de Catambuco, en caso afirmativo cuándo y por quien? **CONTESTÓ:** como el día que la doctora le dijo que estaba enfermo dijo que iría donde los papas pero ya no, se había encerrado en la pieza y se quito la vida ya no lo atendieron en el puesto de salud.”

**PREGUNTA DIEZ:** sírvase manifestar si le consta de manera personal y directa si el señor OSCAR FERNANDO DIAZ fue atendido en el centro de salud de catambuco **CONTESTÓ:** el día que fuimos los tres yo vi que lo atendió la doctora, **el día que nos dijo de la enfermedad no sabíamos como decirle y la doctora nos dijo que ella le decía, y ella le dijo y también le dijo que tenía que decirles a las muchachas que habían estado con el que también se hagan el examen.** **PREGUNTA ONCE:** sírvase manifestar que tiempo transcurrió desde el momento en que según ud, en el centro de salud de catambuco le informan a OSCAR FERNANDO DIAZ que era portador del SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA VIH SIDA hasta su suicidio? **CONTESTÓ:** **A mi hija la atendieron como a la 1:30 estuvo ella luego fui yo, ella me dijo lo que pasaba, fuimos a llamar al muchacho, a las 3:00 fuimos y lo atendieron y la doctora le dijo que tenia eso, luego fuimos a mi casa hasta las 5: 30 y luego se fue y se había encerrado, mi hija lo llamaba y no le contestaba, quedo a subir pero ya no subió, se hizo mas tarde y a las 7 de la noche mi hija les dijo a la mama que si no les había contado nada dijo que no luego mi hija me dijo que le tuvieran cuidado, abrieron la puerta y lo encontraron muriéndose, ya lo trajeron al médico pero ya llevo muriéndose.** **PREGUNTA DOCE:** sírvase manifestar quien respondió a la llamada en la casa de OSCAR FERNANDO DIAZ cuando les preguntaron si les había comentado algo y esa persona manifestó que nada, quien hizo la llamada? **CONTESTÓ:** mi hija y de allá le contesto la mamá ANA JULIA CHACHINOY. **PREGUNTA TRECE:** sírvase manifestar si le consta y porque motivo si JOSE FERNANDO DIAZ le comentó a alguien su intención de quitarse la vida? **CONTESTÓ:** yo creo que a nadie, le converso porque

**el había dejado escrito una carta a los papas diciéndoles que la cuidaran a Milena y que no le echaran la culpa a ella que no tenía nada que ver en eso.** (Negrillas del Juzgado).

La señora Ayda Milena Jojoa Paz en síntesis declaró

" Se encuentra usted citada para declarar acerca de la acción de Reparación Directa por usted en contra del MUNICIPIO DE PASTO- INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, sírvase decir todo cuanto le conste sobre los hechos de la demanda **CONTESTÓ: Estaba en embarazo y tenía control prenatal el diez de mayo de 2006, la doctora CAROLINA LOPEZ me dijo que estaba infectada de SIDA, me aseguro a mi y a OSCAR que él me había transmitido la enfermedad sin hacerle ningún examen"**

**PREGUNTA CINCO:** manifiesta Ud. en su declaración que la doctora CAROLINA LOPEZ le informó que era Ud. portadora del SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA VIH SIDA? Cuando ocurre lo anterior y en presencia de quienes?. **CONTESTÓ: la doctora me informo a mi asegurándome que tenía SIDA yo le dije que no había tenido relaciones con mas nadie y ella me dijo que entonces fue OSCAR ella me lo aseguro.** **PREGUNTA SEIS:** cuando Ud. aborda el tema del sida, como le informa a OSCAR FERNANDO DIAZ tal situación? **CONTESTÓ: yo lo llame a el y le dije que subiera a mi casa para ir al puesto de salud porque un examen me había salido mal, la doctora le dijo a el que me había pasado el sida que buscara a todas las novias que había tenido y les dijera que se hicieran también el examen del sida.** **PREGUNTA SIETE:** cuando Ud. le informa que hay un resultado mal sobre los exámenes practicados puntualmente le informa Ud. a él que era portadora del sida? **CONTESTÓ: le dije que subiera que unos exámenes me había salido mal y el inmediatamente subió a mi casa y la doctora CAROLINA le dijo que estaba con SIDA** **PREGUNTA OCHO:** Qué le manifestó OSCAR FERNANDO DÍAS Ante el conocimiento de que era portador del VIH SIDA? **CONTESTÓ: en ese momento el lloraba desesperadamente y pues dijo que tocaba hacerse los exámenes, la doctora sin hacerle ningún examen le aseguro que tenía sida, sin examen, en ese momento lo único que el hacia era llorar, me dijo que iba a conversar con los papas y a decirles lo que pasaba.** **PREGUNTA NUEVE:** sírvase manifestar si efectivamente OSCAR FERNANDO DÍAS les confeso a sus padres si era portador del sida? **CONTESTÓ: el no les dijo nada** **PREGUNTA DIEZ:** desde el momento en que le informan a ud y a OSCAR FERNANDO DÍAS de que eran portadores del sida y el momento en que este se suicida cuanto tiempo transcurre? **CONTESTÓ: Salimos del puesto eran la 1:30 y cuando el se murió a lo que yo me entere eran las 7:00 de la noche.** **PREGUNTA ONCE:** para efecto de practicarle las pruebas del VIH SIDA a ud se le dijo en que consistía esa prueba? **CONTESTÓ: en la primera me dijeron que a todas las embarazadas se les hacia la prueba del VIH, en el segundo que necesitaba un examen urgente, en el tercero en el civil me dijeron que la sangre se había regado, que se habían mezclado varias pruebas.** **PREGUNTA DOCE:** la doctora CAROLINA LOPEZ del centro de salud de catambuco le informa a ud su estado de salud, con base en que? **CONTESTÓ: yo como vivo a lado del puesto con ella eramos amigas me dijo: milena le salió un examen mal, me dijo lo que pasa es que tu tienes SIDA, me puse a pensar y le dije porque, me dijo te salió el examen mal me dijo: mira pues, entonces ella me mostró la historia y me dijo aquí esta reactivo, pero abajo decía negativo, ella me dijo eso no toca mirar lo que toca mirar es acá arriba y acá dice reactivo.** **PREGUNTA TRECE:** en el centro de salud de catambuco quien le informa a ud que no tenía sida. Responde era una jefe no recuerdo el nombre, OSCAR había muerto era un sábado y se puso a leer los exámenes y me dijo tu sola tienes sida? **CONTESTÓ: yo le dije que si, miro la historia y dijo: tu no tienes nada, salió a llamar a alguien no se a quien, pero no recuerdo el nombre de ella** **PREGUNTA CATORCE:** OSCAR FERNANDO DIAZ al salir del centro de salud le comento con quien le iba a hablar del asunto de la enfermedad con la familia de él? **CONTESTÓ: el me dijo: ya vengo voy a decirles a mis papas, yo le dije que no se**

**Puntualizó que es importante que la pareja se practique los exámenes también.**

Refirió que tuvo conocimiento de este caso dentro de una "Unidad de Análisis" y en ella se comentó lo que había sucedido en el sentido de que hubo una falla en el protocolo pues se entregaron los resultados de la prueba de Elisa antes de la prueba confirmatoria.

**Señaló que quien debe entregar los resultados debe ser quién dio inicialmente la consejería pre-test pues luego de la entrega hay lugar a consejería post test.**

En cuanto a las pruebas a practicar explicó que hay lugar a tomar una segunda prueba de tamizaje, si la primera dio un resultado "reactivo" o "dudoso" situación que debe explicarse al paciente, puntualizó que una prueba de tamizaje reactiva no quiere decir que sea positiva. Puntualizó que los resultados de las pruebas se remiten a la IPS respectiva para justificar la toma de una segunda prueba pero no va dirigida al paciente.

El Médico **Jorge Enrique Garzón Mera** quien se desempeñaba en el Instituto Departamental de Salud de Nariño (entidad que realizó las pruebas de VIH), **precisó que el diagnostico definitivo del VIH se informa al paciente hasta cuando se tienen los resultados de la prueba confirmatoria (señaló que esta es la Western Blot) y no cuando se tienen los resultados de las pruebas presuntivas (si la primera es reactiva, se practica una segunda y si la misma tambien es reactiva se practica la confirmatoria Western Blot). Explicó que una prueba confirmatoria Western Blot con resultado negativo significa que la situación de la paciente frente al VIH es negativo (como aquí finalmente ocurrió).**

Teniendo en cuenta que el testigo al inicio de su declaración manifestó que tuvo la oportunidad de analizar y conocer este caso en una "Unidad de Análisis" convocada por la ESE Municipal de Pasto (indicó que tuvo lugar en el año 2005, 2006 "no sé exactamente la fecha") para poner en conocimiento este caso, y realizar una Unidad de Análisis, Una Unidad de Análisis se refiere a la exposición, a tener en conocimiento y desde los diferentes actores convocados entonces plantear algunos aspectos relacionados con este caso" se le preguntó si en la mencionada Unidad se adoptaron algún tipo de conclusiones respecto al cumplimiento o incumplimiento de los protocolos médicos que el Doctor Garzón expuso durante su declaración este respondió "que al parecer no hubo un adecuado procedimiento en lo que es la entrega de resultados es decir en el proceso de asesoría post test" (Minuto 16:40 a 17:46).

**DE OFICIO**

**TESTIMONIALES**

Se ordenó el testimonio de la Doctora Carolina López y para el efecto se libró Oficio N°.0225-10, quien no concurrió (fls. 317, 334 -335)

**PRUEBA PERICIAL**

La misma se adicionó con el siguiente cuestionario.

- a. Sírvase indicar si el caso del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY y de LA SEÑORA AYDA MILENA JOJOA es uno de aquellos en los que el paciente es portador del virus VIH, pero no desarrolla la enfermedad o también conocidos como "seropositivo", en caso afirmativo dirá las diferencias con el llamado SIDA, indicando las características de cada mal, exámenes para identificarlos, tratamiento, síntomas, evolución, etc. **No existió pronunciamiento al respecto por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls.373 a 376).**

- b. Si existen protocolos de atención para los pacientes que son portadores del virus pero no lo desarrollan y para aquellos que si lo desarrollan en cuanto a:
- Cómo, quien y en qué forma se da la información en cada caso.
  - Que tipo de orientación psicológica se lleva en estos casos.
  - Cuál es el seguimiento que se le hace a la enfermedad.
  - En caso de resultar positiva la primera prueba para detectar si es o no portador del V.I.H, es necesario y/o indispensable la práctica de pruebas de confirmación.
  - En qué consiste y cómo se realiza la prueba de confirmación.
  - Si debe esperarse a la prueba de confirmación para informar al paciente.

**Tampoco existió pronunciamiento al respecto por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls.373 a 376).**

Así mismo visibles de folios 354 a 364 se encuentran las actas de todos los testimonios aquí reacudados.

### **PRUEBAS DEL LLAMADO EN GARANTÍA** (fls. 515 y 516)

Mediante providencia del 6 de noviembre de 2014 se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas con su contestación (fls. 503 a 512), es decir, CD con:

1. Resolución N°. 412 de 2000, guía de atención en embarazo.
2. Acuerdo 245 de 2003 de la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud, atención integral y guías para VIH.
3. Norma técnica Alteraciones del embarazo.
4. Guía Atención VIH SIDA.

Fotocopia de las guías sobre manejo de VIH/SIDA, donde se determina la prueba de tamizaje (Elisa) reactiva en dos oportunidades requiere la confirmatoria para determinar la presencia de VIH.

Copia del resultado prueba Elisa y copia del resultado prueba WESTERN BLOT anexos a la demanda.

Así mismo se dispuso oficiar al Instituto Departamental de Nariño para que remitiera;

1. Copia de las funciones a desarrollar por el señor Carlos Alberto Isacaz para los años 2005 hasta el año 2006, en la función de bacteriólogo, en área clínica del laboratorio.

Las mismas se encuentran obrantes de folios 549 a 557.

2. Informe sobre el protocolo aplicado en el caso de mujeres en estado de embarazo, sobre la aplicación de prueba VIH-SIDA y el procedimiento a seguir cuando se encuentran resultados reactivos a las pruebas de tamizaje Elisa e igualmente de los mecanismos de comunicación del Instituto Departamental de Salud de Nariño a los requirentes de estas pruebas.

Su respuesta se encuentra obrante de folios 518 a 547, dentro de la misma se indicó que el protocolo de atención vigente para el año 2006, que corresponde al requerimiento, era establecido por el Ministerio de la Protección Social e Instituto Nacional de Salud en el "Manual de procedimientos del Proyecto Nacional de Reducción de la Transmisión Madre-Hijo del VIH", 2ª Edición, abril de 2005. En este Manual se establece principalmente que;

- i) **El diagnóstico de VIH está compuesto por dos pruebas Elisa y una confirmación**

**con Western Blot.**

- ii) La prueba de Elisa para VIH es un examen inmuno-enzimático que mide la concentración de anticuerpos contra VIH en la sangre.
- iii) El Proyecto utiliza la técnica ultramicroelisa de Tecnosuma ® con sensibilidad de 100% y especificidad de 99,6%. Esta prueba es realizada en los Laboratorios de Salud Pública Departamentales.
- iv) A las gestantes que resulten reactivas se les solicita una segunda muestra de 10ml, para realizar un segundo ultramicroelisa y en el caso de reactividad, la prueba confirmatoria de Western Blot en los laboratorios autorizados para tal fin.

Esta prueba está destinada para los casos considerados como emergencia:

- a) Gestantes sin antecedente de control prenatal que ingresan por primera vez a una IPS, en trabajo de parto.
- b) Gestantes detectadas durante brigada médica en sitio de difícil acceso (Pej. Región selvática), donde es muy difícil volver para entregar un resultado.
- c) Gestantes detectadas en control prenatal que pueden "no volver" (alto riesgo psico-social)
- d) Gestante a quien se hizo prueba de VIH en otro momento del embarazo, y está salió no reactiva, pero por exposición o conducta de riesgo se considera una prueba rápida durante el parto para descartar ventana inmunológica.
- e) Si la prueba rápida es reactiva, se continúa el Flujograma para confirmar el diagnóstico con ultramicroelisa y Western Blot. **La prueba rápida tiene como fin decidir la conducta profiláctica y NUNCA definir un diagnóstico. Una gestante con prueba rápida reactiva es clasificada como un caso probable de infección por VIH y no un caso confirmado.**
- f) La prueba rápida con resultado reactivo indica la aplicación de medicamentos anti-retrovirales intraparto, situación que es explicada a la gestante, previendo la necesidad de confirmar el diagnóstico.

Finalmente se explicó que a **la gestante NUNCA se le entrega un resultado reactivo de Elisa como diagnóstico definitivo. El resultado de Elisa reactivo no significa que la gestante tenga la infección, pues el valor predictivo positivo (la probabilidad que sea realmente positiva) se encuentra entre 30 y 75%. Ante una Elisa reactiva se realizan todos los esfuerzos para localizar a la gestante y confirmar el diagnóstico.**

Entonces, analizada la prueba recaudada se concluye que en este caso existió una falla del servicio médico consistente en que no se siguió el protocolo analizado en precedencia para la práctica y comunicación de los resultados de la prueba de VIH, pues la Doctora Carolina Lopez funcionaria vinculada a la Alcaldía Municipal de Pasto, Unidad Administrativa Especial de Seguridad Social en Salud, Centro de Salud de Catambuco (fl.126), incurrió en error en la asesoría Post-Test prestada a la demandante Aida Milena Jojoa Paz y su pareja Oscar Fernando Díaz Chachinoy, el 10 de enero de 2006, dado que se encuentra demostrado que el resultado de la prueba confirmatoria Western Blot fue Negativo (fl.123), y la mencionada profesional lo interpretó equivocadamente al informarle a la señorita Jojoa Paz que era VIH Positivo como se observa en su Historia Clínica (fl.126), cosa que no era cierta (fl.126 vuelto) y en su interrogatorio de parte esta señaló que además la Doctora López le informó a su pareja

Oscar Fernando Díaz Chachinoy que era portador de la enfermedad y que la había contagiado, situación que desencadenó el daño antijurídico consistente en su suicidio ese mismo día en las horas de la noche (fl.15), encontrándose demostrada la existencia del daño antijurídico, el nexo causal y el título de imputación por su causación al Municipio de Pasto, razón por la que se niegan las excepciones que este propusiera dada su responsabilidad.

Igualmente, consecuencia de lo anterior se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que propusieran tanto el Instituto Departamental de Salud de Nariño y el llamado en garantía.

#### 6.4. Liquidación de Perjuicios

Respecto a la **indemnización de perjuicios morales**, el criterio jurisprudencial vigente para su reconocimiento, en tratándose de muertes, fue fijado en salarios mínimos legales mensuales vigentes por la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014<sup>2</sup>, así:

Reparación del daño moral en caso de muerte		
Nivel	Tipo de relación	Monto
1	Relaciones afectivas conyugales y paternofiliales.	100
2	Parientes en el 2° de consanguinidad (abuelos, hermanos y nietos).	50
3	Parientes en el 3° de consanguinidad.	35
4	Parientes en el 4° de consanguinidad.	25
5	Terceros damnificados.	15

Entonces aquí se reconocerá su indemnización como sigue;

Nombre	Víctima/Relación Afectiva	Indemnización
Jose Rafael Díaz Jojoa	Padre (fl. 14)	100 SMMLV
Ana Julia Chachinoy Portilla	Madre (fl. 14)	100 SMMLV
Mario Andrés Díaz Chachinoy	Hermano (fl. 17)	50 SMMLV
Sonia Maritza Díaz Chachinoy	Hermana (fl. 18)	50 SMMLV
Miguel Humberto Chachinoy Botina	Abuelo (fl. 23)	50 SMMLV
Ayda Mariela Paz Tumbaco	Suegra (fl. 13)	50 SMMLV
Ayda Milena Jojoa Paz	Compañera sentimental	100 SMMLV

El Juzgado precisa que con la demanda se aportó Registro Civil de Nacimiento de David Fernando Jojoa Paz, sin embargo **NO** se acreditó que este fuera hijo del fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy, motivo por el cual no se le reconoce indemnización de perjuicios morales. Así mismo dentro del proceso **SÍ** se acreditó la relación setimental entre el señor Díaz

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Chachinoy y la señorita Ayda Milena Jojoa Paz con el interrogatorio de parte que esta rindiera y el de su señora madre Ayda Mariela Díaz Tumaco quien en este caso también vendría a ser su suegra (fls. 344 a 348). Se acreditó igualmente la existencia de relación con los testimonios de María Doris Cadena, Carlos Eduardo Montilla Erazo y Alicia del Socorro Erazo Benavides (fls. 354 a 356).

De esta forma teniendo en cuenta que el fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy y Ayda Milena Jojoa Paz tenían una relación sentimental, se procederá a calcular la **indemnización del lucro cesante** únicamente para esta última hasta la fecha de vida probable del señor Díaz Chachinoy, se reitera que no se realiza reconocimiento alguno por este concepto a David Fernando Jojoa por no haberse acreditado su parentesco con el fallecido. Al efecto se aplicará la metodología para la **indemnización de perjuicios materiales** señalada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia de Unificación del 22 de abril de 2015 proferida dentro del Radicado N°. 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).

Entonces dado que para el 10 de enero de 2006, fecha en la que el señor Oscar Fernando Díaz Chachinoy (nacido el 29 de enero de 1987, fl. 16) falleció (fl.15), contaba con 18,95 años de edad, se deduce que le quedaban 57,82 años de vida probable y a su compañera Ayda Milena Jojoa Paz (nacida el 7 de julio de 1990, fl.19) de 15,51 años de edad tendría 62.29 años de vida probable de conformidad con la Resolución 497 expedida por la Superintendencia Bancaria el 20 de mayo de 1997 para definir las tablas de mortalidad con base en la experiencia 1980-1989.

Así, el tiempo máximo (**Tmax**) a liquidar será de **57,82** años, o sea, 693.84 meses de vida probable del fallecido Oscar Fernando Díaz Chachinoy, pues como estadísticamente hubiera vivido menos que su compañera, a partir de entonces no recibiría apoyo de aquél, así viviera. De los **57,82** años **ya se han consolidado (Tcons) 11,55 -138,6 meses-** [desde el 10 de enero de 2006 hasta el 31 de julio<sup>3</sup> de 2017], quedando **futuros (Tfut) otros 46,27 -555,24 meses-**.

Por lo tanto, durante los 138,6 meses de **lucro cesante consolidado (Pd1)**, se asignará la totalidad de la renta consolidada dejada de percibir por el fallecido en ese periodo a su compañera sentimental.

El señor Oscar Fernando Díaz Chachinoy percibió ingresos en el año 2006, así: (i) devengaba un salario mensual de \$500.000 como auxiliar de ebanistería (fl.41), valor que se incrementará en un 25%, por concepto de prestaciones sociales (\$125.000), es decir, para un total de \$625.000 y se le reducirá el 25% de gastos personales del fallecido (\$156.250), resultando, entonces, una renta mensual destinada a la ayuda económica del grupo familiar (compañera sentimental), dejada de percibir por el fallecido, de **\$468.750**. Suma que se actualiza con el Índice de Precios al Consumidor, así:

Ra = Ingreso Histórico \* (IPC final/IPC inicial)

$$Ra = \$468.750 \times \frac{137,80 \text{ (IPC Julio/2017)}}{84,55 \text{ (IPC Enero/2006)}}$$

Ra = **\$763.971,02**

<sup>3</sup> Se toma este mes porque corresponde al del último IPC publicado a la fecha de la sentencia.

Con este valor se calcula la renta dejada de percibir por el fallecido **durante el tiempo consolidado**, así:

$$Rc = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde  $i$  = al interés mensual legal (0,004867) y  $n = Tcons$ . Desde la fecha en que ocurrieron los hechos (10 de enero de 2006) hasta el 31 de julio de 2017 (correspondiente al último IPC publicado a la fecha de la sentencia),  $Tcons = 138,6$  meses.

$$Rc = \$763.971,02 \times \frac{(1+0,004867)^{138,6} - 1}{0,004867}$$

$$Rc = \$ 150.686.343,26$$

Se tiene, entonces, que durante el tiempo consolidado (138,6 meses) la compañera sentimental del fallecido dejó de percibir una renta total de **\$ 150.686.343,26**.

Asimismo, se calcula la renta dejada de percibir por la compañera sentimental del fallecido, si este viviese, **durante el tiempo futuro**, así:

$$Rf = Ra \times \frac{((1+i)^n - 1)}{i(1+i)^n}$$

Donde:  $i$  = al interés mensual legal (0,004867) y  $n = (Tfut)$ . Desde el 1° de agosto de 2017 hasta completar la expectativa de vida probable del fallecido,  $Tfut = 555,24$  meses.

$$Rf = \$763.971,02 \times \frac{((1+0,004867)^{555,24} - 1)}{0,004867(1+0,004867)^{555,24}}$$

$$Rf = \$146.375.953,74$$

Es decir que durante el tiempo futuro (555,24 meses), la compañera sentimental dejó de percibir una renta total de **\$146.375.953,74**, que el fallecido, si viviese, habría destinado al grupo familiar (compañera sentimental).

En consecuencia el valor total a cancelar a la señora Ayda Milena Jojoa Paz por lucro cesante es **\$297.062.297**.

Respecto a la indemnización del daño emergente ocasionado a los señores Jose Díaz y Ana Julia Chachinoy, con ocasión de los gastos funerarios del fallecido (ataúd- sala de velación) por \$2.000.000, no se accede a su reconocimiento dado que dentro del proceso no se acreditó su causación.

## VII. COSTAS

En este caso no se advierte conducta reprochable a alguna de las partes, por lo que no hay lugar a la condena en costas.

**En mérito de lo expuesto, el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia - Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

## VIII. RESUELVE

**PRIMERO: AVOCAR** el conocimiento de las presentes diligencias remitidas por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Pasto, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2° del Acuerdo N°. PSAA16 -10529 del 14 de junio de 2016.

**SEGUNDO: DECLARAR** patrimonial y extracontractualmente responsable al **MUNICIPIO DE PASTO NARIÑO**, por los perjuicios causados con ocasión de la muerte del señor Oscar Fernando Díaz Chachinoy.

**TERCERO: CONDENAR** al **MUNICIPIO DE PASTO NARIÑO**, por concepto de perjuicios morales a pagar las siguientes sumas de dinero;

Nombre	Víctima/Relación Afectiva	Indemnización
Jose Rafael Díaz Jojoa	Padre	100 SMMLV
Ana Julia Chachinoy Portilla	Madre	100 SMMLV
Mario Andrés Díaz Chachinoy	Hermano	50 SMMLV
Sonia Maritza Díaz Chachinoy	Hermana	50 SMMLV
Miguel Humberto Chachinoy Botina	Abuelo	50 SMMLV
Ayda Mariela Paz Tumbaco	Suegra	50 SMMLV
Ayda Milena Jojoa Paz	Compañera sentimental	100 SMMLV

**CUARTO: En consecuencia, CONDENAR** al **MUNICIPIO DE PASTO NARIÑO**, a pagar por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante a la demandante Ayda Milena Jojoa Paz la suma de Doscientos Noventa y Siete Millones Sesenta y Dos Mil Doscientos Noventa y Siete Pesos (\$297.062.297).

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: NEGAR** las excepciones propuestas por el **MUNICIPIO DE PASTO NARIÑO**.

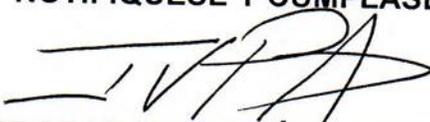
**SÉPTIMO: DECLARAR** probada la **EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** que propusieran tanto el Instituto Departamental de Salud de Nariño y el llamado en garantía Carlos Alberto Isacaz Acosta.

**OCTAVO: Sin condena en costas.**

**NÓVENO: DEVUÉLVASE** el presente proceso al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Pasto, para lo de su cargo.

**DÉCIMO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase** a la parte demandante por parte de la Secretaría del Juzgado de origen el remanente de los gastos procesales si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**JORGE VLADIMIR PÁEZ AGUIRRE**  
Juez



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

### Sala Primera de Decisión

#### MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

San Juan de Pasto, quince (15) de julio de dos mil veinte (2020)

**REF.:** ACCIÓN : REPARACIÓN DIRECTA  
RADICACIÓN No. : 2007-00065-01  
NUMERO INTERNO: 7067  
DEMANDANTES : JOSÉ RAFAEL DÍAZ JOJOA Y OTROS  
DEMANDADO : MUNICIPIO DE PASTO - NARIÑO  
SISTEMA : ESCRITURAL

#### SENTENCIA

La Sala Primera de Decisión, procede a decidir el *recurso de apelación* interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2017, por el Juzgado Único Administrativo de Leticia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por JOSÉ RAFAEL DÍAZ JOJOA Y OTROS, contra el MUNICIPIO DE PASTO.

### I. ANTECEDENTES PROCESALES

#### 1. ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

##### 1.1. Síntesis de la demanda<sup>1</sup>

Las siguientes personas: AYDA MARIELA PAZ TUMBACO, en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, AYDA MILENA JOJOA PAZ; JOSÉ RAFAEL DÍAZ JOJOA, ANA JULIA CHACHINOY PORTILLA, MARIO ANDRÉS DIAZ CHACHINOY, SONIA MARITZA DIAZ CHACHINOY y MIGUEL HUMBERTO CHACHINOY BOTINA, en nombre propio, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, instauraron demanda en contra del MUNICIPIO DE PASTO, con el objeto de que se lo declare administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a los demandantes con la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ CHACHINOY, en hechos ocurridos el 10 de enero de 2006.

##### 1.2. Hechos<sup>2</sup>

La parte demandante planteó, en resumen, los siguientes hechos:

1. La adolescente AYDA MILENA JOJOA, mantuvo una relación con el señor OSCAR FERNANDO DIAZ hasta que este último falleció.

<sup>1</sup> Folio 2 al 9.

<sup>2</sup> Folios 4 al 5.

2. La joven AYDA MILENA JOJOA le contó al señor OSCAR FERNANDO DIAZ, que se encontraba en estado de embarazo. Posteriormente, acudieron al Centro de Salud del Corregimiento de Catambuco para que se realice el respectivo control prenatal, lugar donde se le ordenó a la materna exámenes de laboratorio y prueba de VIH SIDA.

3. Las pruebas de VIH SIDA dieron un resultado reactivo (positivo) y una vez enterado de ello, el señor OSCAR FERNANDO DIAZ presentó estado de depresión, angustia, hasta el punto de quitarse la vida el 10 de enero de 2006.

4. A la postre, se le practicaron nuevos exámenes a la adolescente AYDA MILENA JOJOA, los cuales dieron un resultado no reactivo.

5. La muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ obedeció a una falla en el servicio atribuible a la entidad demandada y ha generado en los demandantes, daños de orden moral y material.

### **1.3. La Sentencia de primera instancia<sup>3</sup>**

El Juzgado Administrativo de Leticia, profirió la respectiva sentencia, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, bajo las consideraciones que se pasan a resumir:

Comenzó refiriéndose a las pruebas recaudadas y la forma cómo se constituye el diagnóstico de VIH.

Indicó, que según lo explicado, a la gestante nunca se le entrega un resultado reactivo de Elisa como diagnóstico definitivo, pues dicho resultado no quiere decir que la paciente tenga la infección, sino que existe una probabilidad entre el 30% y 75%; por lo tanto, se deben realizar todos los esfuerzos para localizarla y confirmar el diagnóstico.

Concluyó que en el presente caso existió una falla del servicio médico, por cuanto no se siguió con el protocolo para la práctica y comunicación de los resultados de la prueba de VIH, dado que la doctora CAROLINA LÓPEZ funcionaria vinculada a la Alcaldía de Pasto, incurrió en error en la asesoría Post – Test presentada a la demandante AYDA MILENA JOJOA PAZ y su pareja OSCAR FERNANDO DÍAZ CHACHINOY, el 10 de enero de 2006, dado que se encuentra demostrado que la prueba confirmatoria de Western Blot fue negativo y la mencionada profesional lo interpretó equivocadamente al informar que era positivo para VIH.

Mencionó que la galena informó al señor OSCAR FERNANDO DÍAZ CHACHINOY que era portador de la enfermedad y que había contagiado a la materna, lo cual desencadenó el suicidio de la víctima ese mismo día en horas de la noche.

Bajo el mismo razonamiento, descartó la legitimación en la causa por pasiva del IDSN y el llamado en garantía.

---

<sup>3</sup> Folios 594 al 611.

---

Finalmente, procedió a ordenar la indemnización por perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante.

#### **1.4. El recurso de apelación<sup>4</sup>**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, sustancialmente, bajo los siguientes argumentos:

Dijo que no obra prueba del daño antijurídico, toda vez que no es suficiente con aportar el registro de defunción del señor OSCAR FERNANDO DÍAZ CHACHINOY, sino que es necesario que se establezca sin lugar a dudas, la causa de la muerte.

Sostuvo, que los testimonios rendidos, son insuficientes para acreditar lo pertinente, pues se requiere de una prueba especializada.

Puso de presente que las dos pruebas de tamizaje efectuadas con la técnica Elisa para determinar la presencia de VIH y la prueba denominada Western Blot, fueron realizadas por parte del laboratorio de la Subdirección de Programas Especiales del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO y no por parte del MUNICIPIO DE PASTO.

Manifestó, que una de las obligaciones del médico con el paciente es informarle sobre la verdadera situación de su salud, las indicaciones, contraindicaciones y tratamientos, luego, ante los resultados de la prueba no podía la galena del Centro de Salud guardar silencio.

Adujo, que los médicos se basan en los resultados de los exámenes de laboratorio, como guía para entregar un diagnóstico, que muchas veces es aproximado, pero no por ello descartado, y debe ser necesariamente informado al paciente.

En esa medida, expuso que existe una intervención de un tercero que con su conducta indujo a un error a los médicos del Centro de Salud de Catambuco, a saber, el IDSN, quien debió ser llamado a responder.

Mencionó, que en ninguna norma legal vigente para los años 2005 y 2006 se prohíbe al médico omitir la información de los resultados de laboratorio de las pruebas de tamizaje Elisa, y menos con la preexistencia de dos exámenes Elisa y un examen Western Blot con resultados positivos a la fecha 13 de diciembre de 2005.

Afirmó, que el *A quo* consideró la existencia de un nexo causal sin argumentos para ello, dado que: (i) el suicidio -que no está probado-, en caso de que hubiera ocurrido, hace parte de la autonomía de cada persona y no obedece a un hecho determinado, sino a un cúmulo de acontecimientos, sin que la nota que se aporta indique la existencia de nexo causal, pues ni siquiera se establece que provenga el puño y letra de FERNANDO DÍAZ CHACHINOY; (ii) la víctima debió someterse a tratamiento psicológico y no lo hizo, lo cual es causa del suicidio y no la

---

<sup>4</sup> Folios 615 al 623.

información del VIH; y, (iii) no existe prueba científica que determine la causa de la muerte de OSCAR FERNANDO DÍAZ.

Finalmente, resaltó que en la sentencia no se mencionan razones para declarar la existencia de un daño antijurídico, un nexo causal y una imputación, por lo tanto, es difícil contraargumentar lo decidido en la citada providencia.

## **2. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **2.1. Admisión del recurso**

Mediante auto del 7 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación propuesto por la parte demandada (Folio 672); posteriormente, en proveído de 31 de enero de 2018, se ordenó el traslado común a las partes para alegar de conclusión y el traslado especial al Ministerio Público para lo de su cargo (Folio 674).

### **2.2. Alegatos de conclusión**

- **Parte demandante**, guardó silencio.
- **Parte Demandada – MUNICIPIO DE PASTO<sup>5</sup>**, sustancialmente, reiteró los argumentos expuesto en la alzada.
- **El Ministerio Público<sup>6</sup>**

La Agente del Ministerio Público solicitó modificar la sentencia de primera instancia, en síntesis, al considerar que existe una concurrencia de culpas, toda vez que la muerte del señor OSCAR FERNANDO DIAZ obedeció a la autodeterminación de la víctima en la cual el Estado no intervino directamente, ello sin obviar que fue errada la interpretación de resultados de laboratorio, lo que llevó a comunicar un diagnóstico equivocado.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **II.1. Cuestión previa**

La magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, integrante de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, presentó impedimento en el presente asunto, mismo que fundamenta en el numeral 3 del artículo 130 del C.P.A.C.A.; no obstante, al tratarse de un asunto que fue iniciado en vigencia del Decreto 01 de 1984, cuya aplicación se extendió hasta la culminación de los procesos escriturales -como el presente-, no hay lugar a aceptar el impedimento, tal como lo expuso en un caso similar el Consejo de Estado<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Folios 676 al 682.

<sup>6</sup> Folios 684 al 692.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, providencia de catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), radicación número: 11001-03-24-000-2011-00258-00.

Igualmente, según lo manifestado en la formulación del impedimento, tampoco se advierte la configuración de alguna de las causales establecidas en los artículos 160 del Código Contencioso Administrativo y 150 del Código de Procedimiento Civil (actualmente artículo 141 del Código General del Proceso).

## II.2. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, esta Corporación es competente para decidir el asunto, por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo de Leticia (A), en un proceso que, por su cuantía, tiene vocación de doble instancia.

Debe señalarse que de conformidad con las previsiones de los artículos 350 y 357 del Código de Procedimiento Civil, se limitará el estudio a los motivos de inconformidad manifestados por los recurrentes en el respectivo escrito de apelación.

## II.3. Problema Jurídico

Atendiendo los motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación corresponde a la Sala resolver lo siguiente:

Si el suicidio del señor OSCAR FERNANDO DIAZ, ocurrido el 10 de enero de 2006, fue consecuencia del errado diagnóstico en el que incurrió el Centro de Salud del Corregimiento de Catambuco, tras realizar una prueba de VIH a su compañera sentimental que se encontraba en estado de embarazo e informar manera equivocada, un resultado reactivo.

## II.4. Título de imputación

Respecto a los regímenes de responsabilidad aplicables, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación<sup>8</sup>, explicó lo siguiente:

*“(...) la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:*

*“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la*

<sup>8</sup> Expediente: 18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392).

responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...). (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con las pretensiones de la demanda y el material probatorio aportado al expediente, la Sala considera que el título de imputación aplicable al caso es el de falla en la prestación del servicio, pues se pretende demostrar que el daño alegado fue producto un diagnóstico equivocado por parte de la médica de turno del Centro de Salud de Catambuco.

## II.5. Pruebas recaudadas

En el presente asunto se recaudaron las siguientes pruebas relevantes para resolver la *litis*:

1. En la historia clínica de la señora AYDA MILENA JOJOA, de la Dirección de Seguridad Social en Salud, se observan las siguientes anotaciones relevantes (en lo legible):

- **25-10-05:** *“Se realiza visita domiciliaria a la señorita Aidé Jojoa por Esperanza Tabla quien le informa que debe dirigirse al Hospital Civil de Pasto con el fin de repetir la prueba de Elisa para VIH, se educa sobre la importancia de cumplir con este examen para su bienestar y el de su hijo...”* (Folio 30).

- **10-01-06: diagnóstico:** Embarazo, feto único vivo y VIH. *“se explica a la paciente el resultado de Elisa y Westernblot se explica en qué consiste la enfermedad cuál va a ser el manejo y el apoyo que va a recibir por parte del personal de salud y por parte de psicología. Por solicitud de la paciente se da la información a la madre y a la pareja. Se explica nuevamente en qué consiste la enfermedad, mecanismos de transmisión cuál va a ser el manejo va a recibir a quién acude signos de alarma medidas preventivas importantes...”* (Folio 35).

- **Resultado de prueba:** primera muestra de 21 de octubre de 2005 y segunda muestra de 10 de noviembre de 2005 con resultado reactivo (Folio 36).

- Prueba confirmatoria de 13 de diciembre de 2005, resultado negativo (Folio 37).

2. En la declaración de parte rendida por la señora AIDA MILENA JOJOA PAZ, señaló lo siguiente: (i) el 10 de mayo de 2006 en su control prenatal, la doctora CAROLINA LÓPEZ le dijo que estaba infectada de SIDA y que su pareja la había contagiado, (ii) cuando le informó a la galena que solamente había sostenido relaciones con OSCAR FERNANDO DÍAZ, la médico le aseguró que él la había contagiado, pero no le hizo ningún examen a su novio (Folios 347 al 348).
3. La testigo MARÍA CRISTINA ARISTIZABAL MEJÍA (Bacterióloga vinculada al IDSN), refirió: (i) respecto al protocolo que debe aplicarse en caso de las pruebas de VIH, explicando lo siguiente: *“primero hay que hacer una asesoría pretest, en seguida hacerles firmar un consentimiento informado, luego se procede a tomar la muestra, las muestras son tomadas en el caso de salud pública, son*

muestras que nos llegan refrigeradas en una nevera de icopor con los documentos como son el consentimiento informado, fotocopia de la cédula y la solicitud de la prueba de VIH, nosotros procesamos las pruebas vinculadas o sea gente que no tiene régimen de seguridad social y el resultado se envía por correo certificado a la IPS o al laboratorio que nos solicitó la muestra, que nos solicitó la muestra"; (ii) en cuanto a las pruebas: "se realiza una prueba de tamizaje que puede ser una prueba de Elisa o puede ser una prueba rápida, es una prueba de inmunocromatología las pruebas de Elisa son de inmunoensayo, lo que se sigue es si la prueba salió reactiva entonces se procede a tomar una segunda muestra, se llama al laboratorio que nos envió la primera muestra, diciendo que tenemos un resultado reactivo y que necesitamos una segunda muestra de la gestante o del usuario o paciente, nos mandan esa segunda muestra, nosotros volvemos y procesamos con una prueba de Elisa preferiblemente por otra tecnología, otra casa comercial y si esa prueba sale reactivo nosotros procedemos a realizar una prueba que western blot que es la prueba confirmatoria, la prueba confirmatoria ya nos dice si la persona es positiva si es portadora del virus de VIH, los resultados se envía al laboratorio que nos envió las muestras, los resultados generalmente no, una prueba de Elisa, una prueba de tamizaje que es reactiva, no se entrega al paciente, o a la persona que se tomó la muestra, hasta no tener un resultado confirmatorio no se puede entregar esas pruebas de Elisa, las pruebas de Elisa se entregan cuanto (sic.) el resultado no es reactivo... las pruebas de tamizaje tiene una sensibilidad muy alta entonces no solamente les d reactivo a las personas que sí son portadoras de VIH sino también las que no son, porque hay anticuerpos usados" (Folios 354 al 358).

4. El doctor JORGE GARZÓN (Coordinador del Programa de Prevención y Control de Enfermedades de Trasmisión Sexual), explicó en similares términos que la doctora MARÍA CRISTINA ARISTIZABAL MEJÍA, el protocolo de realización y entrega de resultado de la prueba de VIH. Agregó, que el Laboratorio de Salud Pública del IDSN, tiene como una de sus funciones el seguimiento y control de calidad de los laboratorios clínicos de las diferentes instituciones prestadoras y su habilitación (Respaldo folio 358 al folio 360).
5. La testigo LUZ MARINA TUMPAQUI QUISTANCHALA (enfermera), manifestó que: (i) brindó asesoría a la joven AIDA JOJOA para realizarle la prueba de VIH, que es una prueba que se les hace a todas las gestantes, (ii) no estuvo en el momento en el que se dio la información a la paciente respecto a que era portadora de VIH, (iii) tiene entendido que se presentó una mala interpretación de los hechos, (iv) en los casos que ella ha intervenido, al informar a los pacientes portadores de VIH se hace en compañía de un psicólogo (Folios 361 al 362).
6. En el Informe Pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se indicó lo siguiente: (i) "Algunos clientes infectados por VIH pueden estar mejor preparados que otros para recibir los resultados positivos de la prueba. La consejería de clientes con resultados positivos deben girar alrededor de las circunstancias específicas de cada cliente", (ii) "La comunicación del diagnóstico... al sujeto afectado es una circunstancia catastrófica, que provoca una respuesta emocional relacionada con la percepción que tiene el individuo de la enfermedad y con la evidente estigmatización que supone en el seno de la sociedad..."

*Otra circunstancia que produce un estrés emocional particularmente intenso en estos pacientes es el miedo a haber contagiado a otra persona en el pasado, hecho que puede desencadenar profundos sentimientos de culpa”, (iii) señaló las siguientes fases emocionales, en su orden: negación, temor, percepciones de pérdida, sentimiento de culpa, síntomas depresivos, ansiedad, ira, actividad o propósitos suicidas. No obstante, aclaró que “no todos los enfermos pasan por estas etapas, ni en este orden, lo largo de la adaptación de estas enfermedades y, con frecuencia, cambios en la percepción por el sujeto de su estado de salud pueden desencadenar una regresión o una progresión a cualquiera de las fases” (Folios 373 al 376 Cuaderno principal).*

7. La Guía para el Manejo de VIH SIDA, aportada a folios 503 al 512, establece que las pruebas a realizar son las de tamizaje y la confirmatoria Western Blot.
8. Según el Protocolo aplicado por el IDSN, vigente para el año 2006, *“A la gestante NUNCA se le entrega un resultado reactivo de Elisa como diagnóstico definitivo... pues el valor predictivo positivo... se encuentra entre el 30 y el 75%. Ante una Elisa reactiva se realizan todos los esfuerzos para localizar a la gestante y confirmar el diagnóstico”* (Folios 518 al 519).
9. La Fiscalía General de la Nación adelantó investigación por la muerte del señor OSCAR FERNANDO DÍAZ, bajo el delito de homicidio y mediante decisión del 24 de enero de 2006, se inhibió de abrir investigación penal, en dicho proveído, se señala:

*“Conforme al concepto de necropsia practicado al cadáver, se establece que muerte se produce por intoxicación exógena al ingerir líquido compuesto con órganos fosforados.*

*En la diligencia de levantamiento de cadáver se indica que el ahora occiso (a) estuvo en cerrado en una habitación y sobre una cama posición (sic.) boca abajo...”* (Folios 732 al 733).

## **II.6. Análisis del caso concreto**

De acuerdo con la anterior relación de pruebas, en el presente asunto se encuentra demostrado lo siguiente:

- (i) El señor OSCAR FERNANDO DÍAZ falleció el 10 de enero de 2006 (Folio 15), el mismo día en que fue informado por la médica CLAUDIA LÓPEZ, adscrita al MUNICIPIO DE PASTO, sobre el supuesto contagio de VIH de su pareja, la adolescente AIDA MILENA JOJOA PAZ, quien se encontraba en estado de embarazo, hechos de los que da cuenta la prueba testimonial, los interrogatorios de parte y la historia clínica aportada.
- (ii) El señor OSCAR FERNANDO DÍAZ acabó con su propia vida, luego de aparentemente, dejar una nota, la cual obra a folio 29 del expediente. Lo cierto es que de su lectura se infiere un sentimiento de culpa de su

parte, que bien puede ser entendido respecto al mismo suicidio, porque refiere: *“que mi Dios me perdone este pecado... no le echen la culpa a Milena”*.

- (iii) Para la detección del Virus de Inmunodeficiencia Humana, según los protocolos, se realiza, en primer lugar pruebas de tamizaje o Elisa y si estas salen reactivas, se efectúa otra prueba confirmatoria, denominada Western Blot, última sin la cual, no debe informarse al paciente que es portador.

No obstante, en el presente caso, se tiene que no se siguieron los protocolos frente a la comunicación a la paciente y sus familiares, dado que hasta el momento, solamente se habían realizado dos pruebas Elisa y no la confirmatoria, misma que arrojó un resultado no reactivo (prueba documental, testimonial e interrogatorios de parte).

Pues bien, como se observa, no es claro que la decisión del señor OSCAR FERNANDO DÍAZ de acabar con su vida, tenga que ver con el supuesto contagio de VIH SIDA, dado que la nota por él dejada no expresa tal circunstancia.

En realidad, el tema del suicidio es complejo y siempre quedan cuestionamientos sobre los verdaderos motivos que conllevaron a dicha decisión, personal y autónoma, que tiene que ver con las diferentes formas de asimilar las situaciones que se presentan en la vida.

Al respecto, la literatura médica señala:

#### *“Suicidio y comportamiento suicida*

*Es el acto de quitarse deliberadamente la propia vida. El comportamiento suicida es cualquier acción que pudiera llevar a una persona a morir, como tomar una sobredosis de medicamentos o estrellar un automóvil a propósito.*

#### *Causas*

*El suicidio y los comportamientos suicidas generalmente ocurren en personas con uno o más de los siguientes factores:*

- *Trastorno bipolar*
- *Trastorno límite de la personalidad*
- *Depresión*
- *Consumo de drogas o alcohol*
- *Trastorno de estrés postraumático (TEPT)*
- *Esquizofrenia*
- *Historial de abuso sexual, físico y emocional*
- *Cuestiones de vida estresantes, como problemas serios a nivel financiero o en las relaciones interpersonales*

*Las personas que intentan suicidarse con frecuencia están tratando de alejarse de una situación de la vida que parece imposible de manejar. Muchos de los que cometen intento de suicidio están buscando alivio a:*

- *Sentirse avergonzados, culpables o una carga para los demás*
- *Sentirse como víctimas*

- *Sentimientos de rechazo, pérdida o soledad*

*Los comportamientos suicidas pueden ocurrir por una situación o hecho que la persona ve como agobiante, tales como:*

- *El envejecimiento (los adultos mayores tienen la tasa más alta de suicidio)*
- *La muerte de un ser querido*
- *El consumo de drogas o alcohol*
- *Un trauma emocional*
- *Enfermedades físicas graves o dolor*
- *El desempleo o los problemas financieros*

*(...)*

*Mientras que los hombres son más propensos que las mujeres a morir por suicidio, las mujeres son dos veces más propensas a intentar suicidarse.*

*La mayoría de los intentos de suicidio no terminan en muerte. Muchos de estos intentos se llevan a cabo en una forma en la que el rescate sea posible. Estos intentos a menudo representan una llamada de auxilio.*

*Algunas personas intentan suicidarse de una manera que sea menos probable de ser fatal, como envenenamiento o sobredosis. Los hombres tienen mayor probabilidad de escoger métodos violentos, como dispararse. Como resultado de esto, los intentos de suicidio en los hombres tienen mayor probabilidad de terminar en muerte.*

*Los parientes de personas que intentan o cometen suicidio a menudo se culpan o se enojan mucho. Pueden ver el intento de suicidio como egoísta. Sin embargo, las personas que intentan cometer suicidio con frecuencia creen erróneamente que les están haciendo un favor a sus amigos y parientes al irse de este mundo.”<sup>9</sup>*

De lo anterior se colige, que existen múltiples posibles causas de un suicidio, que no solamente se remiten a problemas por los que se atraviesan en determinado momento, sino que también incluyen trastornos psicológicos de diversa índole.

En el caso que nos ocupa, se tiene que el señor OSCAR FERNANDO DÍAZ aparentemente se quitó la vida; no obstante, no es posible, en primer lugar, establecer que la nota que se aporta, escrita a mano, realmente haya sido elaborada por la víctima, pues como lo pone de presente la Agente del Ministerio Público, no obra una prueba grafológica que realice el cotejo respectivo.

En todo caso, de considerarse que la firma plasmada en la nota, corresponde al hoy fallecido, su contenido tampoco es claro o indicativo de que fue la información suministrada respecto al contagio de VIH de su pareja lo que desencadenó el desenlace ya conocido.

Como lo señala la literatura médica, los motivos pueden ser múltiples y en el caso que nos ocupa, no se tiene conocimiento y certidumbre de las circunstancias que rodearon el suicidio del señor OSCAR FERNANDO DÍAZ, máxime si se tiene en

<sup>9</sup> <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001554.htm>

cuenta que la situación que su pareja tenga 15 años de edad y se encuentre en estado de embarazo, pudo constituir de por sí una realidad compleja.

Lo cierto es que son de difícil determinación las causas de un suicidio y específicamente, en el *sub judice* no es posible establecer con meridiana certeza los motivos que ocasionaron el mentado suicidio, pues ello atañe a la autodeterminación de cada persona.

De lo anterior se colige, que si bien existió una falla en la aplicación de los protocolos, pues de manera apresurada y sin la prueba confirmatoria se informó de manera errónea, que la adolescente AIDA MILENA JOJOA era portadora de VIH SIDA y por lo tanto, también lo era su pareja; en realidad, ello no se constituye en causa del suicidio del señor OSCAR FERNANDO DÍAZ, pues como se dijo, tal determinación hace parte de la órbita personal de quien decide suicidarse, lo cual puede ir acompañado de múltiples trastornos psicológicos y en todo caso, las pruebas allegadas al expediente no son suficientes para establecer que el daño alegado es imputable fácticamente al actuar de un agente estatal, adscrito a la entidad demandada.

En esa medida, siendo que con el acervo probatorio allegado al expediente no se logra acreditar la atribución del daño en el plano material, no es posible ascender a la imputación jurídica<sup>10</sup>.

Bajo estas consideraciones, se procede a revocar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, dado que no se probó que el error en la comunicación de resultados provocó el suicidio del señor OSCAR DÍAZ.

## **II.7. Costas**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, situación que en el presente asunto no aconteció, por lo que no se condenará en esta instancia.

## **III. DECISIÓN**

En mérito de la expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

### **FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** infundado el impedimento formulado por la H. señora Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón.

<sup>10</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569. Citada en sentencia de veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015); Rad. 25000-23-26-000-2001-02416-01(30293); Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de Leticia, el 31 de agosto de 2017, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: NO CONDENAR COSTAS**, de acuerdo con lo anotado.

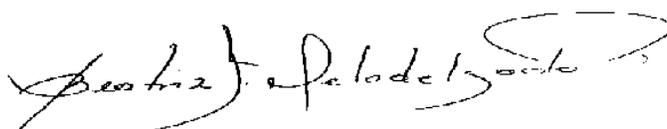
**CUARTO: EJECUTORIADO** el presente fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previos los registros en los libros correspondientes y en el sistema Siglo XXI.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobada en sesión virtual de la fecha según consta en el acta respectiva



**EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS**  
Magistrado



**BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN**  
Magistrada



**ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY**  
Magistrado