Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00033-00

Cartagena de Indias D. T y C, Veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**REPARACIÓN DIRECTA**
Radicado	**13-001-33-33-008-2018-00033-00**
Demandante	**ISRAEL DE JESUS BARRERA DURANGO Y OTRA**
Demandado	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**
Tema	**Anticoncepción fallida**
Sentencia No	**0143**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia frente a la demanda de REPARACIÓN DIRECTA presentada por K ISRAEL DE JESUS BARRERA DURANGO Y OTRA, a través de apoderado judicial, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL.

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES

1-Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, por los perjuicios causados a los señores ISRAEL DE JESUS BARRERA DURANGO y EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ.

2-Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar a la señores ISRAEL DE JESUS BARRERA DURANGO y EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ, por concepto de **PERJUICIOS MORALES**, la suma equivalente a 100 SMLMV, para cada uno.

3-Que se le ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en el CPACA

HECHOS

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

La señora EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ desde hace mucho tiempo le fue diagnosticado Hipotiroidismo, y en razón de dicha patología, su médico tratante le recomendó tratamiento con Yodo.

Luego de su último parto y hacia ya 10 años aproximadamente se encontraba utilizando un dispositivo anticonceptivo para evitar embarazo.

Una vez terminó el tratamiento con Yodo, su médico tratante le manifestó que no podía salir embarazada, porque corría el riesgo de padecer graves complicaciones en su salud durante y después del embarazo, y además, el feto podía sufrir complicaciones por las altas concentraciones de Yodo existentes en el organismo de la señora EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ.

De otra parte, el señor ISRAEL DE JESUS BARRERA DURANGO por motivo de salud de su esposa EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ, acudió ante el doctor GUILLERMO ENRIQUE QUINTANA OSORIO - médico especialista en Urología -, para someterse al procedimiento conocido como "*VASECTOMIA (DEFERENTECTOMIA) BILATERAL*" – "*Esterilización*", para proteger la salud y vida de su esposa, evitando que quedara embarazada, programándose para realizar dicho procedimiento en julio de 2015.

Por ello, la señora EMMA CELIS acude a su médico tratante y procede a retirarse el dispositivo anticonceptivo, y de este modo, en el octubre de 2015, es decir, aproximadamente 3 meses después de la intervención al señor ISRAEL BARRERA, se lleva a cabo el procedimiento de retiro del dispositivo.

Confiados los demandantes de que el procedimiento de Vasectomía había sido un éxito, empiezan a llevar una vida sexual activa, normal y sin preocupaciones de que se produzca un posible embarazo.

No obstante lo anterior, de forma sorpresiva, en julio de 2016, la señora EMMA CELIS, presenta síntomas de embarazó; por esta razón, deciden realizarle una prueba de embarazo y esta arroja como resultado positivo; por ello, acuden al Médico Especialista en Ginecología y este les confirma que la señora EMMA CELIS, se encontraba en estado de gestación desde el mes de mayo de 2016, es decir, que quedó embarazada 10 meses después de que el señor ISRAEL BARRERA fuera sometido al procedimiento de Vasectomía.

La señora EMMA CELIS, sufrió durante el embarazo graves problemas de salud, como lo fue, una Trombocitopenia Gestacional, Edema Gestacional, Diabetes Gestacional, Polihidramnios, Anemia, Sobrepeso, Infección Vías Urinarias, Cistitis, Vaginitis Aguda, entre otro tipos de complicaciones; y en razón de esos inconvenientes presentados durante el embarazo, debió ser incapacitada en varias ocasiones.

Debido a que la señora EMMA CELIS, resultó en estado de embarazo, el señor ISRAEL BARRERA, debió acudir a su médico, quien luego de ordenarles unos exámenes, que si no quería seguir corriendo el riesgo de que su esposa resultara en estado de embarazo, debía ser intervenido nuevamente.

Con base en los hechos antes expuestos, solicita que se declare responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DENFENSA.

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO y RAZONES JURIDICAS**

Como fundamentos de derecho de la presente Acción Contenciosa, el actor invocó los siguientes:

Artículo 1, 2, 90 y 92 de la Constitución Política.

El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse, entonces, con base al artículo 90 de la constitución política, según el cual debe responder patrimonialmente por los daños antijuridicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En tal sentido, ha de establecerse si existen los elementos previstos en esta disposición, para que surja la responsabilidad administrativa, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo Estado.

La acción de reparación directa es procedente, dado que el hecho dañoso que sufrió la accionante tuvo su causa en la falla en el servicio médico y hospitalario de las entidades demandadas.

- **RAZONES DE LA DEFENSA**

Manifiesta que el daño para ser indemnizable exige entre otros requisitos, el denominado de certeza, relacionado con la realidad de su existencia, en consecuencia, se opone a cualquier concepto de daño hipotético o eventual.

No es suficiente el demostrar la existencia del daño, sino que además debe existir un nexo causal relacionado con la conducta de la administración, se debe demostrar que fue la acción u omisión del Ministerio de Defensa la causante del hecho dañino. Aduce que hay carencia total de elementos probatorios que permitan demostrar que efectivamente existió acción u omisión por parte de los agentes de Estado.

Señala que la cirugía de vasectomía se llevó a cabo el 18 de agosto de 2015, pero estudios médicos científicos demuestran que es posible que se presenten embarazos a pesar de haberse realizado la vasectomía. Es decir, existe riesgo que después de realizada la vasectomía se pueda presentar una recanalización espontanea que deriva en embarazos.

Ahora bien, en el presente caso no existe daño ya que la demanda se centra en que hubo un embarazo no deseado pero los perjuicios se reclaman a favor de ISRAEL DE JESUS DURANGO, quien no tuvo que padecerlos ni sufrir complejidades, por lo cual no es lógico pensar que la simple reaparición de espermatozoides en sus eyaculaciones pueda ser considerado como daño antijurídico.

Propone como excepciones de mérito las de "inexistencia de los presupuestos para configurar el daño, inexistencia de pruebas para demostrar imputación y falta de los elementos necesarios de imputación"

TRAMITE DEL PROCESO

La demanda se presentó el 14 de agosto de 2017, ante el Tribunal Administrativo de Bolivar, y por falta de competencia fue remitida a este Despacho mediante auto del 22 de enero de 2018. En esta Célula Judicial fue recibida el 27 de febrero de 2018, siendo admitida el 14 de marzo de la misma anualidad. Posteriormente, fue notificada la parte demandante mediante estado No. 031 del 15 de marzo de 2018.

Mediante auto del 23 de agosto de 2018 se citó a audiencia inicial para el 09 de octubre de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA. En esta vista pública se decretaron las pruebas a practicar y se señaló el día 24 de enero de 2019 para llevar a cabo audiencia de pruebas. Llegada esta última fecha, se llevó a cabo la audiencia de prueba pero como faltaban las respuestas a unos oficios, el Despacho decidió suspender la diligencia y fijar nueva fecha por auto separado.

A través de proveído del 04 de junio de 2019, se señaló el día 20 del mismo mes y año para reanudar la audiencia que se encontraba suspendida. Llegado el día de realización de la diligencia de pruebas, se incorporaron las respuestas que estaban pendientes, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

- **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

DE LA PARTE DEMANDANTE. Los alegatos de conclusión de la parte accionante fueron presentados extemporáneamente, pues se corrió traslado de ellos en audiencia de pruebas del 20 de junio de 2019, por lo tanto el termino de 10 días venció el 05 de julio de la misma anualidad y tenemos que el escrito de alegatos fue radicado el día 09 del mismo mes y año. Por lo anterior, el Despacho no los tendrá en cuenta.

DE LA PARTE DEMANDADA:

MINDEFENSA- ARMADA NACIONAL: Reitera y transcribe los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con la contestación de la demanda.

MINISTERIO PUBLICO: No presentó concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto.

PROBLEMA JURIDICO.

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por los perjuicios causados a los señores ISRAEL DE JESUS BARRERA DURANGO y EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ, como consecuencia de las afectaciones sufridas por la señora EMMA MARGARITA CELIS GONZALEZ, con ocasión del procedimiento conocido como vasectomía que le fue practicado al señor ISRAEL DE JESUS BARRERA DURAZÓN, en el Hospital Naval de Cartagena, el cual a juicio de la parte demandante, se le practicó de forma irregular.

TESIS DEL DESPACHO.

En el sub-judice existe insuficiencia probatoria, por lo que es imposible tener certeza de la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada, pues en primer lugar, la parte demandante nunca señaló si el presunto daño se derivaba por un mal procedimiento al momento de realizar la vasectomía o si fue por la falta de información completa, adecuada y precisa acerca de los alcances y porcentajes de riesgo de embarazo posterior al procedimiento de esterilización por vasectomía.

En tratándose del tema de anticoncepción fallida, el perjuicio se puede generar por dos posibilidades, la primera es que el procedimiento o método anticonceptivo fue mal realizado, y dos, que no se informó debidamente al paciente acerca de los riesgos del procedimiento, esto es, que no se le aclaró de manera suficiente las posibilidades de falla que tiene el método y que a la postre podrían traducirse en un embarazo no deseado si no se toman las precauciones pertinentes.

Vale señalar que la responsabilidad medica se erige por el título de imputación de FALLA PROBADA DEL SERVICIO, en consecuencia la cargar probatoria recae especialmente en la parte demandante, además la prueba se torna especialmente técnica y científica, por lo que requiere de gran manejo en aras de demostrar que el procedimiento medico practicado no cumplió con las exigencias y cuidados de la lex artis.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CASO

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados[1], sin distinguir su condición, situación e interés[2].

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un **daño antijurídico** causado a un administrado, y la **imputación** del mismo a la administración pública[3], tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad[4], según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica[5].

---

[1] La *"responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijuridico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización"*. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política *"consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijuridicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos"*. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

[2] La *"razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal"*. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

[3] Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *"los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado"*. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues *"menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'"*. Sentencia de 13 de julio de 1993.

[4] En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

[5] El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00033-00

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez **se demuestre el daño antijurídico** y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

Respecto al tema de anticoncepción fallida, tenemos que el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección B, mediante sentencia del 05 de diciembre de 2016, cuyo Consejero ponente es el doctor RAMIRO PAZOS GUERRERO, proceso con Radicación número: 81001233100020090005101(41262), señaló los elementos que se han de tener en cuenta para demostrar la responsabilidad del Estado, cuando se alega una falla en el servicio médico por un mal procedimiento anticonceptivo, específicamente la cirugía de vasectomía. Por ello nos permitimos transcribir los apartes que a juicio de este Despacho son los llamados a resaltar.

> "***LA CONCEPCIÓN COMO DAÑO - Teorías / TEORÍA DE LA AUTODETERMINACIÓN / DAÑO RESARCIBLE EN CASO DE ANTICONCEPCIÓN FALLIDA.***
>
> *Los supuestos de hecho de reclamaciones asociadas al derecho a la vida han evolucionado hacia distintos ámbitos, en los que se ha intentado obtener la declaratoria de responsabilidad de un tercero por el hecho de no impedir la concepción o el nacimiento. Sobre el entendimiento de estos eventos como un verdadero daño resarcible, se han planteado en el derecho comparado diversas posiciones judiciales en casos de anticoncepción temporal o definitiva fallida, en los que las reclamaciones pecuniarias se han dirigido contra los prestadores de los servicios de salud (...) El referido análisis de la jurisprudencia entrega sólidas bases para adelantar un verdadero juicio de responsabilidad en estos eventos, en tanto puede servir de guía para la comprensión de la existencia de un daño antijurídico al progenitor fundado en la transgresión de los derechos a su autodeterminación, sin lesionar la dignidad del hijo (...) En los casos de anticoncepción fallida, como el presente, el fundamento de las pretensiones resarcitorias se sostiene en la concepción no deseada como daño y se dirige a la reparación de sus consecuencias lesivas, materiales e inmateriales, por lo que una solución plausible, desde el punto de vista del derecho de daños para la determinación de la existencia de una verdadera lesión a una situación jurídica protegida, tiene que ver con la existencia de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida (...) En suma, el daño no se erige por el hecho de la vida en gestación o por el nacimiento de un nuevo ser humano, sino por las consecuencias lesivas que puede producir la transgresión a la garantía de los padres de decidir en materia reproductiva y la repercusión de esos hechos en su proyecto de vida.*
>
> ***DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA - Alcance / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD REPRODUCTIVA - Eventos***
>
> *Si bien pueden existir discusiones morales y aún religiosas frente a la decisión libre de no procrear o de planificar la familia, estas no pueden ni deben prevalecer judicialmente al momento de dilucidar si una posible interferencia en la libre decisión sobre dichos aspectos puede ser fuente de daños. Por el contrario, debe partirse del hecho objetivo de acuerdo con el cual la Constitución reconoce el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, la libertad reproductiva, como garantías fundamentales. Así, no hay duda de que la decisión libre sobre la procreación está consolidada en nuestro ordenamiento jurídico como un bien jurídicamente protegido, se itera, con independencia del género de su titular. Así las cosas, debe concluirse que la vulneración a dicha prerrogativa tiene la potencialidad de generar un daño antijurídico que atenta contra un derecho que la Constitución garantiza. Sin embargo, ello impone establecer cuáles son los eventos en los que puede entenderse menoscabada la libertad reproductiva, ligada íntimamente a la libertad sexual, esto es, teniendo en cuenta que la concepción surge como consecuencia plausible e inherente al ejercicio de esta (...) [L]as fallas en los servicios de salud sexual y reproductiva que permiten imputar responsabilidad a los prestadores del servicio de salud no se circunscriben a los eventos de errores o falencias en el método utilizado, de su administración o de la praxis quirúrgica*

cuando ella tiene lugar, sino que también se amplian a aquellos casos en los que la falta de información suficiente impide al paciente la adopción de una decisión informada sobre el contraceptivo a utilizar y, sobre todo, conocer los eventuales riesgos del método escogido.

DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO COMPONENTE DE LA LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE ANTICONCEPCIÓN FALLIDA / FALTA DE INFORMACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE UNA DECISIÓN INFORMADA SOBRE PLANIFICACIÓN FAMILIAR – Consecuencias.

El derecho a obtener la debida información cobra máxima relevancia cuando se acude en procura de asistencia y asesoría para la planificación familiar, pues aunque el conocimiento especifico en esta materia no suele llegar a un porcentaje significativo de la población, conforme a lo analizado, lo cual tiene la virtualidad de impedir a las personas el ejercicio pleno e informado de su libertad reproductiva, nada justifica que cuando se ha buscado atención médica sobre el particular, no le sean informados al paciente los pormenores del método ofrecido y administrado, para que la decisión de autorizarlo o no sea adoptada de manera consciente y libre, es decir que el paciente tenga elementos de juicio que le permitan discernir y ponderar los márgenes de eficacia y error, de cara al ejercicio de su libertad sexual con miras al propósito de no procrear (...) [L]as irregularidades que impiden el acceso a información adecuada, veraz y suficiente sobre planificación familiar pueden comprometer la responsabilidad del prestador del servicio en casos de anticoncepciones fallidas, cuando estas sean relevantes en la transgresión al ejercicio informado de la libertad reproductiva del paciente, esto es, cuando produzcan una lesión a dicha garantía jurídicamente protegida (...) En efecto, el alcance del derecho a la libertad sexual conlleva ínsita la garantía de ejercerlo con la capacidad de discernimiento suficiente, la que solo se alcanza en razón a determinados conocimiento sobre el tema y que puede verse claramente limitada por la ausencia de estos (...) La Sala no duda que el pleno ejercicio del derecho a la libertad reproductiva requiere de una adecuada información que permita superar las barreras de acceso a datos precisos sobre la planificación familiar y fundar la determinación personal, así como la decisión de los eventuales métodos a emplear, en un conocimiento con sustento científico sobre sus ventajas, desventajas, riesgos y efectividad. Por ende, se aprecia en el presente caso una transgresión a la referida garantía, en tanto se probó que aunque la demandante acudió en procura de asesoría en materia de planificación familiar, solo le fue administrado un medicamento sin entregarle información esencial sobre su adecuada utilización, circunstancia que le impidió ejercer su derecho en forma plena, lo que a juicio de la Sala le produjo un daño antijurídico resarcible, en cuanto generó cambios drásticos en el proyecto personal de familia que previamente había desarrollado al decidir limitar el número de sus hijos.

PERJUICIOS POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA / DAÑO INMATERIAL / AFECTACIÓN A LA LIBERTAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER – Presunción de daño moral / INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS MORALES – Tasación.

En efecto, el daño que esa situación le generó a la demandante se fundamenta en la frustración de la decisión personal adoptada respecto de su proyecto de vida, siendo que el ordenamiento jurídico protege ese tipo de decisiones respecto de la manera en que ha de conformarse la familia y que en el presente caso no pudo ejercerse sobre las bases de la información adecuada a la que tenía derecho la actora (...) En este evento la Sala estima que las consecuencias dañinas inmateriales de la transgresión a la libertad reproductiva, no pueden escapar a la órbita de las referidas inferencias, en tanto afecta un elemento esencial de la vida como lo es la libre decisión sobre la conformación del núcleo familiar, con hondas repercusiones en el ámbito personal, máxime cuando esta tiene incidencia directa en la mujer, quien es la llamada a asumir los cambios anatómicos, fisiológicos, bioquímicos y biomecánicos inherentes al proceso de gestación y alumbramiento, lo que la legitima aún más para definir lo relativo a la opción autónoma reproductiva plenamente informada y que al

ser vulnerada ha de generar sin duda un desasosiego susceptible de ser reparado. El entendimiento anterior impone comprender que la mujer, como sujeto de derechos, ostenta la titularidad sobre sus funciones corporales, aún frente a la más natural como es la reproducción, de tal modo que la transgresión, debidamente probada, a su derecho a decidir libremente y con la información suficiente sobre la conformación de su núcleo familiar genera una situación de congoja y aflicción personalísima, por lo que se considera desproporcionado exigir la demostración de ese íntimo sentimiento a través, por ejemplo, de la percepción de terceros, sin perjuicio de que pueda acreditarse a través de cualquier medio. Por ende, la Sala considera que en casos de afectación a la libertad reproductiva, como el presente, el daño moral ha de presumirse, por lo que su no demostración no es óbice para que deba reconocerse. En consecuencia, se indemnizará a la demandante con una suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de la presente providencia, teniendo en cuenta (i) el tope establecido jurisprudencialmente para los casos de máxima afectación de 100 salarios mínimos legales mensuales, y (ii) la suma que se ha reconocido en casos que entrañan únicamente la violación al consentimiento informado de un paciente, en los que se ha tasado la indemnización alrededor de los 25 salarios mínimos. La Sala estima que en el presente caso la afectación moral no solo se desprende de la vulneración a la información a que tiene derecho el paciente, sino también, genera una importante repercusión en el proyecto de vida con sus consecuenciales repercusiones psicológicas y sociales, por lo que amerita una indemnización superior a la reconocida en los referidos eventos, pero en todo caso inferior a la prevista para los eventos de máxima afectación, que se predica cuando se ve vulnerada la libertad, la vida o la integridad física".

De lo anterior, podemos efectuar las siguientes conclusiones:

Frente al daño antijurídico, se enfatizó que en Colombia, la vida de quien está por nacer no puede ser considerada como un menoscabo o daño susceptible de indemnización por parte del Estado. Pues, en casos como las anticoncepciones fallidas, el verdadero daño indemnizable no es el nacimiento del menor, sino la vulneración o afectación del derecho a la libertad reproductiva informada, que a su vez hace parte del libre desarrollo de la personalidad.

En estos casos, el daño puede originarse por dos causas, ya sea (i) por la falla del método anticonceptivo stricto sensu, (ii) o por el hecho de que NO se hubiere suministrado suficiente información en relación con los riesgos, las ventajas y desventajas del método, impidiendo una decisión libre y suficientemente informada.

En relación con la imputación por responsabilidad médica y sanitaria, ha de aplicarse la falla probada del servicio. Por tal razón, para determinar si el daño es imputable a la demandada, es necesario demostrar que se violó la lex artis, dado que el método anticonceptivo no funcionó o que no se informó acerca de los riesgos asociados al mismo.

Por último, frente al perjuicio, el Consejo de Estado solamente reconoció el daño moral, y por el contrario, no reconoció el daño a los intereses constitucional y convencionalmente protegidos por considerar que el daño moral era suficiente. Tampoco ordenó ninguna indemnización del perjuicio patrimonial, tales como los gastos futuros de manutención del menor, ya que consideró que ningún método anticonceptivo implica una garantía de no embarazo, por lo que, aun en la hipótesis de haber procedido sin falla del servicio, existía un riesgo de concepción que impediría atribuir los gastos del menor a la entidad demandada.

CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, los accionantes pretenden que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, por los perjuicios causados, en razón a que el procedimiento de vasectomía realizado al señor ISMAEL BARRERA

DURANGO, no resultó como ellos esperaban y en consecuencia embarazó a su señora esposa lo cual le generó problemas de salud durante su estado de gestación.

Frente a las pretensiones y argumentos de derecho expuestos por los accionantes, la entidad demandada alegó que la cirugía de vasectomía se llevó a cabo el 18 de agosto de 2015, pero estudios médicos científicos demuestran que es posible que se presenten embarazos a pesar de haberse realizado la vasectomía. Que además, no es suficiente el demostrar la existencia del daño, sino que además debe existir un nexo causal relacionado con la conducta de la administración, por lo tanto se debía demostrar que fue la acción u omisión del Ministerio de Defensa la causante del hecho dañino.

Pues bien, conforme la historia clínica de los accionantes, quedó demostrado que la señora EMMA CELIS GONZALEZ, padecía de hipotiroidismo, que el señor ISRAEL BARRERA DURANGO se practicó vasectomía el 18 de agosto de 2015 y que, pese a ello, posteriormente dejó en estado de embarazo a su compañera sentimental.

No obstante lo anterior, existe insuficiencia probatoria en el presente asunto, por lo que es imposible tener certeza de la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada, pues en primer lugar, la parte demandante nunca señaló si el presunto daño se derivaba por un mal procedimiento al momento de realizar la vasectomía o si fue por la falta de información completa, adecuada y precisa acerca de los alcances y porcentajes de riesgo de embarazo posterior al procedimiento de esterilización por vasectomía.

En tratándose del tema de anticoncepción fallida, el perjuicio se puede generar por dos posibilidades, la primera es que el procedimiento o método anticonceptivo fue mal realizado, y dos, que no se informó debidamente al paciente acerca de los riesgos del procedimiento, esto es, que no se le aclaró de manera suficiente las posibilidades de falla que tiene el método y que a la postre podrían traducirse en un embarazo no deseado si no se toman las precauciones pertinentes.

Respecto a la primera de las posibilidades que pueden generar daño, es decir, que el procedimiento haya fallado, vale señalar que la responsabilidad medica se erige por el título de imputación de FALLA PROBADA DEL SERVICIO, en consecuencia la cargar probatoria recae especialmente en la parte demandante, además la prueba se torna especialmente técnica y científica, por lo que requiere de gran manejo en aras de demostrar que el procedimiento medico practicado no cumplió con las exigencias y cuidados de la lex artis.

El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de octubre de 2016, proceso bajo radicado 63001-23-31-000-2001-00244-01(38555) y consejero ponente Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, expuso lo siguiente:

> "*Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con ocasión de las actividades médico-sanitarias, la Subsección ha afirmado:*
>
> *"(...) Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación cuyos elementos han sido descritos reiteradamente por esta Sala de la siguiente manera:*

En cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico subjetivo de imputación consistente en la falla en el servicio. la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía"

Al respecto, y ante la dificultad probatoria de la falla y del nexo causal que suele presentarse para los demandantes en casos como el que acá se discute, por el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médico-asistenciales; esta Corporación ha afirmado en otras oportunidades:

"La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio".

Bajo este precepto, es lógico concluir que el caudal probatorio para desvirtuar el procedimiento médico debe ser certero, contundente y no debe partir de suposiciones o conjeturas. En el caso que nos ocupa, una vez analizadas las pruebas aportadas y practicadas, se colige que no existen los suficientes elementos de prueba que permitan tener certeza de una mala praxis (no existe prueba testimonial ni pericial), razón por la cual, no habrá lugar a indemnización por un presunto mal procedimiento.

Como segunda posibilidad, esto es, que no se haya brindado el consentimiento informado al paciente a tal punto que este pueda tener pleno conocimiento de los riesgos y niveles de falla del método anticonceptivo; tenemos que el accionante jamás alegó la falta información suficiente que le permitiera adoptar un decisión orientada sobre el contraceptivo a utilizar. Aunado a ello, a folio 260 del expediente, se observa historia clínica del señor ISRAEL BARRERA DURANGO, en el cual se le explicó previamente al procedimiento de vasectomía, lo siguiente:

"hare vasectomía paciente con dos hijos y que se quiere hacer la vasectomía. Explico el procedimiento con probables complicaciones y la necesidad de seguir cuidándose con algún método hasta hacer un espermograma a los tres meses y tener azoospermia"

De lo anterior se infiere que el accionante estaba advertido que pese al procedimiento que se le realizó el 18 de agosto de 2015, debía seguir cuidándose. Además, en la historia clínica no se advierte que el actor se haya efectuado las pruebas complementarias de espermograma y azoospermia con el fin de verificar la efectividad del procedimiento anticonceptivo, por lo que debía cuidarse de manera constante hasta tanto tener certeza de los resultados de la cirugía.

Según informe de la Organización Mundial de la Salud (http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs351/es/) la vasectomía o esterilización masculina tiene una eficacia para prevenir el embarazo del 99% después de la evaluación del semen a los 3

meses. Es por ello que se requiere de una prueba complementaria a los tres meses para verificar la eficacia del procedimiento, tal como lo indicó el galeno tratante en la historia clínica; sin embargo, en el caso bajo estudio no se encuentra agotada esa carga, no se evidencia que el actor haya efectuado los exámenes espermograma y azoospermia para tener plena conciencia de los resultados positivos del procedimiento medico.

En ese sentido, es evidente la insuficiencia probatoria para demostrar que los accionantes no contaron con información cierta, inteligible, fidedigna y oportuna, que le permitiera advertir cuáles eran los factores de riesgo y, en especial, los márgenes de error del método que se practicó, de tal modo que no pueden alegar que se cercenó la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada.

Carga Probatoria

Sobre la carga de la prueba, el mismo Consejo de Estado[6] ha dicho que es "*una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos*"[7]. Sobre este tema se ha expresado el H. Consejo de Estado[8] ha sostenido:

(...)

La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto". La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir -incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente- con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta -la aludida carga-, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba -

---

[6] Consejo de Estado, sentencia 17995 proferida por la Sección Tercera el 28 de abril de 2010. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[7] PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007, pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: *"Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones."* DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: *carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables."* Idem. pág 406.

[8] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 11001031500020060130800.

verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida-. (Subrayado fuera del texto)

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. El tratadista Devis Echandia define la expresión carga de la siguiente manera[9]:

> [...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento[10].

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

En consecuencia, al no estar demostrada ninguna de las dos posibilidades por las cuales hay lugar a declarar responsabilidad administrativa del Estado en casos de anticoncepción fallida, el Despacho no tiene opción jurídica distinta a la de negar las pretensiones de la demanda, tal como se consignara en la parte resolutiva de la providencia.

COSTAS. -

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos articulo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado[11] a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

---

[9] DEVIS ECHANDIA. Op. Cit., pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción *carga*. Las mismas se pueden encontrar en: Ibid., págs. 378-401.

[10] En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 19 de agosto del 2009, Exp. 17.563 y del 18 de febrero de 2010, Exp. 18006, entre otras.

[11] Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tazan en un 3% del monto de las pretensiones.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍGUEZ
Juez