

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Popayán, 15 de junio de 2023

Doctora:

DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN

MAGISTRADA PONENTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN - SALA CIVIL FAMILIA
E.S.D

Sustentación de la apelación Contra la SENTENCIA No. 003/2023: De fecha trece (13) de abril de 2023

Juzgado que la profiere: JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE POPAYAN

EXPEDIENTE: 19001 31 03 004 2021 00127 01

DECLARATIVO - RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL JOSE ALBEIRO MEDINA LOPEZ - NUBIA YANETH SAENZ BIJITRON I en nombre propio y en representación de los menores SHARITH YURANI MEDINA SAENZ², DANIELA MILDRED MEDINA SAENZ³, FRANKLIN DOUGLAS ALFONSO SAENZ⁴, INGRID TATIANA SAENZ SAENZ⁵, GELMIS ANGEL MEDINA SAENZ⁶, DANIEL ALBEIRO MEDINA BONILLA⁷, ADRIAN CAMILO MEDINA BONILLA⁸ y DAVID ESTEBAN MEDINA SAENZ⁹ LILIANA MEDINA QUINA - HERICA ANDREA MEDINA PUSCUE - ROSALBA BUITRON BURBANO - NELSON SAENZ BUITRON - ANA RUBY SAENZ BUITRON - EDISON ARTURO MEDINA LOPEZ - WILSON ARTURO MEDINA LOPEZ WILSON FERNANDO BUITRON SAENZ - HERNEY HUMBERTO MEDINA LOPEZ PROFAMILIA.

VIVIANA CERTUCHE MERA, obrando en mi calidad de apoderada de la parte demandante, en el proceso de la referencia y estando dentro de la oportunidad legal, comedidamente concurro ante su despacho, con el fin sustentar el recurso de **APELACIÓN** interpuesto, ello con fundamento en lo siguiente:

SÍNTESIS DEL CASO:

Los antecedentes facticos han sido probados y de ello se extrae que él señor JOSE ALBEIRO MEDINA LOPEZ, se sometió a un procedimiento de vasectomía por parte de la demandada, y posterior a ello, concibió un hijo con su compañera permanente, que violó su libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación reproductiva, que generó daños morales y materiales a él y a su núcleo familiar.

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Decisión que tomo por considerar, no poder acarrear con más hijos, teniendo en cuenta su numerosa familia y su condición económica.

Se tiene como prueba que el mismo cumplió con su obligación de realizarse el único examen de ESPERMOGRAMA, de control ordenado, donde efectivamente se verifica que es estéril y que por tanto la vasectomía había tenido éxito; sin embargo, NUNCA le manifestaron que podría haber un margen de error después de realizado el procedimiento por lo cual la pareja no creyó necesario utilizar otro método de planificación adicional, SE RECALCA QUE LA PAREJA NO FUE INFORMADA AL RESPECTO, Esto no lo demostró la entidad demandada.

El examen de espermograma, realizado de manera posterior a la concepción y cuyos resultados arrojaron ausencia de esperma *“AZOSPERMIA TOTAL ANTES Y DESPUÉS DE CENTRIFUGADA”*, *no fue motivo de aclaración en este proceso, por el contrario, se hace evidente que si hay una falla en el método anticonceptivo.*

No se ha desvirtuó la vulneración al derecho de autonomía reproductiva, y es claro que hay una falla en el procedimiento anticonceptivo, sumado a la falta de información eficiente sobre las fallas o cuidados que pudiera tener el procedimiento;

Resultado: **“CONCLUSIÓN:**

JOSE ALBEIRO MEDINA LOPEZ NO SE EXCLUYE COMO EL PADRE BIOLÓGICO DEL (LA) MENOR DAVID ESTEBAN. PROBABILIDAD DE PATERNIDAD: 99.9999999%. ES 1.211.537.330.2701 VECES MÁS PROBABLE QUE JOSE ALBEIRO MEDINA LOPEZ SEA EL PADRE BIOLÓGICO DEL (LA) MENOR DAVID ESTEBAN A QUE NO LO SEA.”

A raíz de este grave acontecimiento, su limitación económica conlleva a situaciones deplorables, las secuelas generadas con el embarazo, teniendo en cuenta la edad de doña Nuvia, su embarazo fue de alto riesgo, genero limitación para sus actividades normales de vida, de manera grave, al igual que a su núcleo familiar más cercano, pues su estado de salud fue grave durante su embarazo. Sumado a ello los traslados a los centros médicos, los diferentes exámenes, las visitas a los profesionales de la salud especializados, sumado a su estado anímico, por las dudas que genero su embarazo para su esposo y todo su núcleo familiar.

PRETENSIONES DE LA APELACION:

La parte demandante presenta su recurso, grosso modo, a efectos de que se:

DECLARE: **PRIMERO.** - Que se declare a PROFAMILIA, civil y patrimonialmente responsable de todos los daños y perjuicios (patrimoniales y extramatrimoniales) ocasionados al señor JOSÉ ALBEIRO MEDINA LÓPEZ y demás actores, en virtud de la errada y negligente práctica de la medicina en circunstancias que hace responsable a la Entidad accionada.

(...)

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración, PROFAMILIA deberá pagar como reparación del daño ocasionado a los actores, los perjuicios morales y materiales ocasionados.

ARGUMENTOS SOBRE LOS QUE SE BASA LA SENTENCIA PARA DESESTIMAR LAS PRETENSIONES DEL RECURRENTE.

“Tesis del despacho: Para este despacho no hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, pues no es responsable de la falla del método anticonceptivo mal llamado definitivo y no se ha demostrado que haya incurrido en error o mala praxis, al momento de informar sus riesgos, ventajas y desventajas, pues los accionantes sabían de la existencia de posibilidad de fallo como se lo informó en el consentimiento que firmaron y el protocolo anexo al mismo.”

ARGUMENTOS DE LA APELACION

PRIMER MOTIVO. – No existe una explicación médica de la falla del método anticonceptivo:

Es claro que se limitaron en indicar que existió una recanalización espontánea, supuesto de hecho NO PROBADO, en el proceso, contrario sensu se tiene que existen dos exámenes de espermograma negativos, 1 de control de la cirugía y otro durante la concepción del hijo no deseado.

Así las cosas y en el sentido de que se haya podido recanalizarse de manera espontánea los conductos el espermograma realizado en el 2017, debió tener un resultado de esperma positivo, pero esto no fue así.

Si bien es cierto reposa peritaje solicitado por este extremo procesal, suscrito por el profesional de la salud Dr. MARIO Roberto Amado, el mismo solo se limitó a copiar el PROTOCOLOS SEGOISEC –ANTICONCEPCION QUIRURGICA MASCULINA:

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

VASECTOMIA (2013), para lo cual y de manera asertiva por medio de auto 586 del 11 de agosto de 2022, se inadmitió el dictamen pericial, con el fin de que se sirviera complementar el dictamen pericial en el sentido de indicar: “ las razones por las cuales falló el método anticonceptivo definitivo elegido por el demandante, teniendo en cuenta la “AZOOSPERMIA” constatada en los resultados de laboratorio del señor MEDINA LOPEZ”, la parte demandante solicitó aclarar, y en reiteradas maneras el Aquo negó, pues es evidente que el médico no expuso el objeto por el cual fue solicitado su experticia, por el contrario y de manera informal por vía correo electrónico responde :

“La vasectomía es un método de planificación definitivo, que según la literatura mundial tiene un porcentaje de efectividad que oscila entre el 97 y el 99 %, en el caso del paciente la cirugía está bien realizada ya que hay un espermograma negativo o con azospermia al mes de la cirugía, del 1 al 3 % de los casos puede haber recanalización, en medicina nunca se pueden ofrecer resultados absolutos, me faltaría solo un espermograma actual del paciente.”

En la actualidad para realizar una vasectomía el paciente pasa por 2 consejerías antes de ser operado, donde se le explican riesgos.

Claro está que no precisa el objeto por el cual fue solicitado, y no es que no sea favorable a la parte demandante como lo asevera la defensa de la entidad demanda, por el contrario, es evidente que el método de planificación familiar falló, pues se desencadenó un embarazo no deseado, o de donde se puede explicar ese suceso.

SEGUNDO MOTIVO. - Ahora bien y frente al consentimiento informado:

Estas deben tener unas características específicas y claras frente a cada procedimiento, y no en meros formalismos:, es decir que la prueba aportada por la parte demandada y frente a “las características del consentimiento informado” carece “de todo rigor lógico” porque “no es posible que le hayan explicado” al actor “que la cirugía tendría la remota posibilidad de una recanalización espontánea de los conductos deferentes, no hay prueba de ello y sumado a lo anterior no se encuentra claramente establecido en el consentimiento arrojado al proceso.

Pero se insiste la parte demandada en que la cirugía fue un éxito, siendo una cirugía exitosa lo lógico es que no podría engendrar más hijos”.

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Tampoco se tiene en cuenta la demostración de “que nunca se le dijo al demandante las implicaciones y posibles fallas que podrían surgir una vez el resultado de la cirugía fuera exitoso, y luego de haberse expedido la certificación con el resultado de esterilización definitiva, pues no es lo mismo que el consentimiento diga que la cirugía puede fallar sin saber a qué complicaciones corresponde la falla, a que en dicho consentimiento se le haya dicho que existe posibilidad de una recanalización espontánea”.

Ese deber de requerir el consentimiento informado del paciente, ha sido objeto de profundos análisis, como el expuesto por el connotado jurista Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, señalando sobre el particular:

«[E]n términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito informativo, es que el médico, sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente -in actus o in futurum-, le suministre oportuna y fidedigna información que, objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente, en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado principio de la buena fe”».

en ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 24 de mayo de 2017. Rad. 05001-31-03-012-2006-00234-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), citando a su homónima Constitucional, ha considerado que:

«[E]n consecuencia, deónticamente, el consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, tiene la categoría de principio autónomo. Ello es relevante en tanto al elevar su naturaleza jurídica a la categoría de principio, su alcance normativo cobra efectos interpretativos diferentes en relación (ponderación) con otros principios constitucionales y en la garantía de ciertos derechos fundamentales...»

Se trata por tanto, como se acaba de decir, de un verdadero principio autónomo, de un deber primario, por ende no puede tenerse como integrante de los «deberes secundarios de conducta». Tanto es así que la jurisprudencia ha convenido en que:

«NO se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas.» (Sentencia del 19 de mayo diciembre de 2005.

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Rad. 05001 3103 000 1996 5497- 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena). (Negrita de la Sala)

TERCER MOTIVO: falta de “seguimiento en cuanto al conteo de espermatozoides, posterior a la certificación, teniendo en cuenta el riesgo de recanalización espontánea de los conductos deferentes lo que implica una responsabilidad del PROFAMILIA”, todo lo cual deja “absolutamente claro que es más que evidente y protuberante el error de hecho en la apreciación de los elementos materiales probatorios ya citados generando así la vulneración de las normas de derecho sustancial.

Desde luego que la medicina, protectora natural del enfermo, es un arte que se ejerce en procura de la conservación o mejoramiento de la salud, y en pos de ello el paciente acude donde el galeno para curar sus lesiones, prevenir o tratar una enfermedad o paliar en algo su dolor. Sin embargo, es el paciente, y solo él, quien en definitiva asume los posibles factores adversos que se deriven del tratamiento médico, siempre que el galeno hubiese actuado conforme al estado del arte -leX artis ad hoc-, es decir, que de su conducta terapéutica no se advierta un desvío culposo en el diagnóstico, el tratamiento empleado o en el acto en sí ejecutado, pues se entiende que, al aceptarlo y autorizarlo, consiente también en las consecuencias que de aquel se pueden derivar.

De allí nace entonces el débito del médico de informar al paciente del resultado de la exploración y hallazgos físicos, del diagnóstico establecido, del tratamiento terapéutico aconsejable a realizar, las diferentes técnicas existentes para llevarlo a cabo, así como los posibles riesgos y complicaciones de cada uno de ellas, e incluso de las consecuencias de no realizarse ninguno de los procedimientos recomendados. Esta obligación, establecida en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y reglamentada por el Decreto 3380 del mismo año -Código Deontológico Médico-, se le ha conferido un amplio relieve por la doctrina y la jurisprudencia más especializada, fundamentalmente en las intervenciones quirúrgicas o tratamientos complejos e invasivos.

Sostiene que del consentimiento informado no se desprende el enteramiento al actor de que una de las complicaciones de la vasectomía fuera la recanalización y de todas formas, **el médico tenía el deber de realizar los seguimientos correspondientes para prevenirlas.**

Naturalmente que la relación médico-paciente es por su propia índole asimétrica, pues el paciente es quien acude al facultativo ante el desconocimiento, de lo que sucede con su organismo, de ahí que su asesoramiento se erija como uno de los deberes de primer orden de cara al paciente, sus familiares o allegados, a efectos de instruirlo de forma

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

suficiente, concienzuda y clara acerca de su estado de salud, el pronóstico razonable de su evolución, el tratamiento aconsejable, las complicaciones y posibles riesgos que la literatura médica ha previsto y en general de toda la información que sea relevante para que el paciente tome la decisión de prestar o no su asentimiento en la práctica médica que sugiere el galeno. Eso incluye, claro está, explicarle cuáles son las diferentes técnicas quirúrgicas que existen para intervenir su patología, con las particularidades que de cara al riesgo cada una comporta.

No entiende ESTE EXTREMO PROCESAL, ni halla coherencia lógica cuando se refiere a la inexistencia del nexo causal, dado que éste se encuentra “*plenamente probado en la medida en que PROFAMILIA, no realizó el seguimiento y diagnóstico adecuado teniendo en cuenta que el riesgo de la recanalización de los conductos deferentes es (...) previsible y que por el contrario la demandada certifica que el demandante no puede tener más hijos, y como consecuencia de esta negligencia el demandante tiene un hijo, luego, queda probada y es evidente que en la parte motiva de la sentencia acusada existen contradicciones, de no REVOCARSE LA SENTENCIA, daría lugar a generar un precedente de irresponsabilidad de los galenos y de las clínicas y estas asociaciones, frente a su deber de seguimiento y prevención de lo previsible*”.

CONCLUSIONES

Así las cosas, en este caso es evidente que a pesar de la voluntad clara de limitar su reproducción, la demandante no contó 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 le administró, de tal modo que se le privó de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada, pues aunque acudió en procura de asistencia profesional para ello, el prestador del servicio se limitó a administrarle el anticonceptivo inyectable, sin dar cuenta a la paciente de sus ventajas, desventajas y margen de error, los que sin duda tenía derecho a conocer y sopesar de cara al resultado esperado por ella.

En este evento, el daño se fundamenta en la transgresión a uno de los elementos del núcleo esencial del referido derecho, esto es, se privó a la demandante de la información que le permitiera el ejercicio pleno de esa garantía constitucionalmente protegida, situación que lesionó una situación particular de la demandante en la ejecución de su proyecto personal y familiar de vida. Esa transgresión es imputable a PROFAMILIA, por cuanto en la atención de la consulta de planificación familiar solicitada por la demandante omitió el suministro de una información de calidad que permitiera a la actora decidir con

conocimiento de causa sobre el método a emplear y sus posibles riesgos, omisión de la que no hay duda por cuanto ningún registro de ello quedó en la historia clínica, con lo que se encuentra comprometida la responsabilidad de la referida entidad PROMOTORA DE SALUD.

Y que de suyo trajo para él, para su compañera y todo su núcleo familiar daños irreversibles, por el desconocimiento de un posible embarazo posterior a la intervención de la vasectomía, porque como se demostró en los diferentes medios de convicción no se realizó el seguimiento adecuado, ni se suministró la información médica debida, por parte de la entidad demandada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: La Jurisdicción Ordinaria ha determinado que la responsabilidad por la prestación de servicios médicos es de naturaleza tanto contractual como extracontractual, mientras la primera deviene de la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de lo pactado en el contrato, la segunda tiene soporte en el principio de no causar daño a terceros, reglamentada en el artículo 2341 del Código Civil; en tal sentido, las Entidades Promotoras de Salud adquieren una obligación contractual frente a sus afiliados o usuarios, de conformidad con el artículo 183 de la Ley 100 de 1993, además de una responsabilidad extracontractual frente al daño sufrido por terceros con ocasión del agravio de los afiliados o usuarios⁵. Es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, la atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión “de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada” (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la ley 1438 de 2011).

Si bien la prestación del servicio de salud es garantizada por las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.), ello no excluye la responsabilidad legal que les corresponde a quienes finalmente lo prestan directamente, bien sea las Instituciones Prestadoras de Salud (I.P.S.) o de los profesionales en las diferentes áreas de la salud. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y también de quienes, en últimas, brindan o atienden al paciente como son las Instituciones Prestadoras de Salud o las personas naturales profesionales de la medicina en sus diferentes campos; incluso, se predica que son todas solidariamente responsables por el daño causado, especialmente, en caso de muerte o

lesiones a la salud de las personas, sin que ello implique la necesidad de instaurar demanda en contra de todos los involucrados en la prestación del servicio de salud.

LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y LAS DE RESULTADO:

Para el caso que nos convoca es necesario también precisar los elementos que permiten diferenciar las obligaciones de medio de las de resultado, debido a los efectos que en el ámbito probatorio trae la declaración de una u otra responsabilidad. En la teoría clásica el fundamento esencial que permite diferenciar las obligaciones de medio de las de resultado, luego de evaluar la voluntad de las partes, radica en la aleatoriedad del resultado esperado; en efecto, en la responsabilidad de medio el contenido de la obligación lo constituye el azar, hecho que impide obtener certeza del resultado, atribuyendo la necesidad en el demandante de probar la culpa del médico al momento de ejecutar el procedimiento o intervención; por otro lado, en la de resultado la contingencia está presente en mínima proporción, lo cual permite derivar una presunción de culpa en la persona que se obliga, imponiendo únicamente al reclamante obligación de acreditar el daño y el nexo causal con la conducta imputada. Para la Sala, tanto la responsabilidad contractual, como extracontractual por actos médicos, es en principio una responsabilidad de medios, dada la aleatoriedad de la actividad, debido a que los resultados de la intervención del personal médico son inciertos, pues el paciente puede o no aliviarse con el tratamiento adoptado, puede generarse daños colaterales ajenos a la voluntad del profesional y, en ocasiones, la causa del daño no es posible determinarla o, evitarla, por los rezagos de la ciencia; cabe resaltar que en ciertos eventos esta obligación se torna de resultado como por ejemplo, y en principio, en las cirugías estéticas, donde el reclamante sólo está obligado a acreditar el daño y el nexo causal del perjuicio con la actividad desarrollada por el médico, siendo improcedente para este último probar que actuó con diligencia y cuidado, toda vez que el único elemento eximente de responsabilidad es la causa extraña que se presenta a través de fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima. Se sabe también que la jurisprudencia y la doctrina han caracterizado un nuevo título de imputación denominado culpa virtual, siendo carga del demandante “establecer una serie de hechos y circunstancias que rodearon la producción del daño, para llevarle al juez la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento”⁶. Al respecto la Corte Suprema ha precisado que: “...Dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 del C. de

P.C.); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”⁷. Se precisa además que con el objeto de determinar los requisitos que rigen la responsabilidad civil en la medicina, la Corte Suprema de Justicia ha señalado como característica especial que, además de los presupuestos generales de la responsabilidad civil, deben tenerse en cuenta los parámetros de la *lex artis* que la regula, de tal manera que la calificación del actuar médico se establece frente a los deberes que le impone el ejercicio de la profesión. Frente al tópico indica: “A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (*Lex artis*), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*Lex artis ad hoc*)”⁸. Posteriormente, la Corte agregó otro elemento para efectos de establecer la responsabilidad médica, consistente en demostrar no sólo la culpa del personal médico al momento de realizar la intervención en el paciente, sino además establecer que ésta fue determinante del daño causado⁹.

EL CONSENTIMIENTO LIBRE INFORMADO ADECUACIÓN Y
SUFICIENCIA MATERIALIZACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DIGNIDAD
HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LA LIBERTAD INDIVIDUAL:

La primera consagración normativa sobre el consentimiento informado se encuentra en el artículo 15 de la ley 23 de 1981 que reza: “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 psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”. Posteriormente la Resolución 1995 del 1999, en su artículo 11, aclaró que las autorizaciones de procedimientos deben constar por escrito y conservarse como un anexo obligado de la historia clínica.

La jurisprudencia constitucional indica que “El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20 ... además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (*mandato pro libertate*), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana”.

En cuanto a sus requisitos expresó: “el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica”. Además, “en el ámbito de las intervenciones médicas no se refiere a la mera aceptación por parte de un paciente a una intervención o tratamiento sanitario sino se trata de un proceso de comunicación entre el paciente y el profesional de la salud... Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud”

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia señaló: “adviértase la medular trascendencia del consentimiento informado, obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión ... vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad,

EMBARAZOS NO DESEADOSI MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS INEFICACESI OMISIONES MÉDICASI DAÑO RESARCIBLE EN LOS EVENTOS DE CONCEPCIÓN I LESIÓN DE LA LIBERTAD DE PROCREAR COMO MANIFESTACIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD I DERECHO COMPARADO I JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Escasa es la jurisprudencia colombiana relacionada con controversias en materia de responsabilidad médica ante el nacimiento de un hijo no deseado y los métodos anticonceptivos fallidos; por el contrario, estos conflictos han tenido mayor auge y desarrollo jurisprudencial en el derecho comparado; al respecto las principales fuentes provienen de países como Estados Unidos, Holanda, Alemania y España. Conforme a los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de los países citados se han establecido tres grandes posturas en la solución de casos concretos, que son traídas a colación en Sentencia del año 2016 (Exp. 41262) proferida por el Consejo de Estado

1. Tesis restrictiva: Desarrollada especialmente en Estados Unidos, esta teoría cierra la puerta a una posible reclamación en la que se alegue el nacimiento de un hijo como un daño. En el caso Szekeres vs. Robinson (1986), la Corte Suprema de Nevada resolvió que “el nacimiento de un niño saludable pero no querido era un evento que, por sí mismo, no es una consecuencia legalmente indemnizable incluso si es parcialmente atribuible a la negligencia de alguien en condiciones de ser capaz de evitar la eventualidad del nacimiento del niño... uno no puede

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

reclamar como daño por tal evento, porque el elemento... llamado daño, concretamente no está presente aquí”.

2. 2. Tesis moderada o de la separación: Estructurada desde la doctrina y la jurisprudencia Alemana, para efectos de sostener que, desde un punto de vista teórico, es posible diferenciar entre la vida o el nacimiento del niño y los gastos que genera su manutención, con lo cual el daño indemnizable en estos eventos no son los primeros, sino el último, posición que intenta alejar el asunto de un contexto moral, para incluirlo en uno eminentemente patrimonial.

Empero, este razonamiento, ha tenido críticos en la doctrina alemana, al considerar que esa concepción reduce al niño al nivel de un mero objeto y lo instrumentaliza al tratar de cubrir sus gastos de manutención mediante una acción judicial, cuando al mismo tiempo sus padres lo cuidan y aceptan como un miembro más de la familia.

3. Tesis amplia: Propuesta por el Tribunal Supremo Español, estructurada desde el punto de vista de los derechos fundamentales, según la cual el daño resarcible en los eventos de concepción no deseada, no es otro que la lesión de la libertad de procrear como manifestación del libre desarrollo de la personalidad previsto en la Constitución Española. Así lo hizo, por ejemplo, al resolver el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, en el litigio promovido por una ciudadana a quien se le implantó un dispositivo intrauterino (DIU) que resultó defectuoso e inadecuado para el uso al que estaba destinado (la anticoncepción), pues finalmente concibió mientras usaba el referido método. Lo anterior conlleva a que únicamente se puede concebir la posibilidad de una indemnización en esta clase de asuntos cuando existe una trasgresión al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación de los padres en su deseo de no procrear, sin generar una vulneración al menor.
4. A continuación, la Sala pasa a realizar una breve referencia de casos resueltos en derecho comparado que desarrollan algunas de las tesis citadas I REFERENCIA A CASOS DESARROLLADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO HOLANDÉS,

RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO SUFRIDO POR ALGUNOS DE LOS DEMANDANTES Y LA CONDUCTA DE LAS DEMANDADAS A QUIENES SE LES IMPUTA SU PRODUCCIÓN O GENERACIÓN I OMISIÓN EN LA PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO.

-Recientemente recordó la Corte, que “la atención sistémica e integral de la salud, no es ajena a los errores, sean excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, con repercusiones jurídicas, aparecen los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

cuidado. Por esto, al ser injustificados, son susceptibles de reparación integral, "in natura" o por equivalente. Así que, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos de la responsabilidad médica, la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla ...”57. -Trasuntado lo dicho hasta ahora, la determinación de la responsabilidad estudiada encuentra como baremo o límite, el análisis de la causalidad partiendo del hecho generador del daño por la omisión en la práctica del procedimiento de Pomeroy. -Bajo esta égida, se resalta que tal como lo alegó la defensa de las demandadas, no resulta posible imponer de manera tajante, al prestador de servicios de salud, una obligación de resultado, en relación con los métodos anticonceptivos que prescriba, aplique o practique vía intervención quirúrgica. -Sin embargo, las probabilidades de funcionamiento de los métodos anticonceptivos, si resulta relevante, más aún cuando ellos, en su mayoría, conllevan un margen de error inherente (regla general del 1%).

- Ello, con significado preeminente, redundando en el hecho que, la decisión libre de no concebir y materializada con la ayuda de medios quirúrgicos o farmacéuticos, no supone un escenario exento de tal posibilidad, pues ella, se mantiene vigente, en forma natural, en desarrollo del ejercicio de la libertad sexual, y es un resultado posible – aunque abiertamente disminuido – cuando se toma la decisión de desplegarla haciendo uso de tratamientos contraceptivos.

-Empero, ello no impide que puedan presentarse casos como el presente, en el que, a diferencia de los mayormente reportados en derecho comparado, la responsabilidad se endilga comprometida por la omisión en la realización de una esterilización masculina. En este escenario, y bajo la ilación ya presentada, para la Sala, en la determinación del nexo causal no se plantean problemas extraordinarios; es claro que, la práctica diligente de la esterilización, habría impedido con altos índices de probabilidad (99%) el embarazo no deseado.

Por último:

De la anticoncepción fallida o "wrongful conception".

En el escenario jurídico internaciona se ha desarrollado con mayor preponderancia, a diferencia del contexto jurídico patrio, la responsabilidad civil relacionada con la concepción y el nacimiento de la vida humana, para hacer referencia a las «las acciones de wrongful birth y wrongful life, en las que se plantea la posibilidad de calificar la vida

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

como daño ante el nacimiento de un niño afectado por enfermedades o malformaciones de las que no fueron informados los progenitores antes de la concepción o durante el embarazo».

Del mismo modo, se ha instituido la llamada «acción» de "wrongful conception", que interesa examinar en esta oportunidad, y que tiene lugar cuando «uno o ambos progenitores plantean una demanda de responsabilidad frente a un profesional sanitario ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, habían tratado de evitar por una de estas tres Vías: esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas), uso de métodos anticonceptivos o práctica de un aborto. En todos estos casos, el problema surge de que el procedimiento fracasa y no se alcanza el resultado deseado, pues nace un niño; y aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento no deseado el daño sobre el cual se articula la demanda. En otras palabras, los progenitores solicitan una indemnización por el hecho de haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado"».

Al margen de las posiciones ideológicas que puedan estructurarse frente a la concepción no deseada, en un ordenamiento jurídico protector de los derechos humanos como el colombiano debe proibirse cualquier determinación en la que la vida misma pueda reputarse como un daño, en tanto que esta es una garantía constitucional fundamental reconocida que, además, obliga a su protección e inviolabilidad (art. 2 y 11 del C.P.).

En ese orden, los daños que sobrevengan como efecto de una anticoncepción fallida se deben examinar desde la trasgresión a otros derechos, como por vía de ejemplo lo serían el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación reproductiva. Y así resulta ser porque la autodeterminación reproductiva ha sido meritoria de protección superior, como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-274 del 2015, al elucidar que: «La autodeterminación reproductiva implica entonces reconocer, respetar y garantizar "la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia '42, Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución, que prescribe que "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos"; y en el artículo 16, ordinal e)l de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW), que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos».

En tal norte, esta Sala comparte la posición del Consejo de Estado, referida a que «[e]n 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 Dara 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.

Así, al no catalogarse la vida como un daño per se, corresponderá escudriñar de forma retrospectiva el acto médico, con miras a establecer si durante su desarrollo fueron vulnerados de forma dolosa o culposa otros derechos con vocación de protección civil. Por manera que, para este Tribunal, el estudio del daño en los casos de anticoncepción fallida conlleva a establecer en primer lugar si los agentes encargados de dispensar la atención médica desatendieron, por acción u omisión, las conductas que les son exigibles o esperables, todo ello dentro de los parámetros de la lex artis ad hoc.

De la relación de causalidad cuando falla el deber de información médica.

La relación de causalidad que debe determinarse cuando se juzga la responsabilidad del médico por falta de consentimiento informado o por haber obviado el deber de información, en específico sobre el interés jurídico quebrantado cuando falta aquél y los perjuicios por los cuales se responde, la Sala no puede negar que existen posiciones que las ubican exclusivamente en la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad o autonomía para disponer del propio cuerpo o vida. Igualmente, otras, en cambio, consideran además se vulnera la vida, la salud y la integridad sicofísica de la persona, pero limita la responsabilidad a los riesgos típicos o previstos y posibilita la exoneración con la demostración de que a pesar del cumplimiento de la prestación de informar y obtener el consentimiento informado, el daño se habría generado de todas formas. Alguna, incluso la extiende a los riesgos imprevistos, todos los cuales asume el médico.

Sin embargo, como ya se ha afirmado por la mayoría de esta Sala en decisiones anteriores (como la proferida el 10 de febrero de 2018 dentro del proceso con radicado 05001 31 03 002 2011 00151 01 M.P. Julián Valencia Castaño), la tesis que se prohija es la sostenida por la propia Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual:

«la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad sino de los daños patrimoniales y extra patrimoniales causados a la persona en su Vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del

Viviana Certuche Mera

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, 'T]la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto "(artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al "paciente a riesgos injustificados" (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño>>. (Sentencia de Casación Civil del 17 de noviembre de 2011. Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01 M.P.

(William Namén Vargas).

PETICIÓN ESPECIAL:

En suma, se encuentra acreditados los elementos de la responsabilidad de PROFAMILIA, por cuanto se aprecia la existencia de un daño antijurídico en el proyecto de vida del demandante, Y SU NUCLEO FAMILIAR, derivado de la transgresión del derecho a la libertad reproductiva, en tanto no pudo ser ejercido de manera informada, el cual es imputable al referido prestador del servicio médico que omitió entregar la información necesaria para el ejercicio pleno de la mencionada garantía.

Por lo anteriormente expuesto, me permito solicitar que se **REVOQUE** la decisión de primera instancia, ADMITIENDO el recurso de apelación y en su lugar acceder a las pretensiones formuladas.

Atentamente,



VIVIANA MELIZA CERTUCHE MERA

C.C. 34.330.600 de Popayán

T.P. 184.867 del C.S.J