

**PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LOS
EVENTOS DE EMBARAZO NO DESEADO POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA**

ANGÉLICA MARÍA CURE MUÑOZ
VALENTINA MATEUS LÓPEZ
MARÍA ALEJANDRA RUEDA DE VIVERO

MONOGRAFÍA JURÍDICA
PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADAS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

DRA. ADRIANA GARCÍA GAMA

BOGOTÁ D.C., ENERO DE 2021

Índice

1. Resumen
2. Abstract
3. Introducción
4. Definición de wrongful conception y su diferencia con las acciones de wrongful birth y wrongful life
5. El acto médico: naturaleza de las obligaciones médico-asistenciales
 - 5.1 Métodos anticonceptivos
 - 5.1.1 Procedimientos de esterilización en mujeres
 - 5.1.2 Procedimientos de esterilización en hombres
 - 5.1.3 Eficacia de los métodos de esterilización quirúrgica
6. Escenarios que permiten la configuración de la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida (wrongful conception)
 - 6.1 Error o ausencia de consentimiento informado
 - 6.1.1. El consentimiento informado y sus características
 - 6.1.2. Origen del consentimiento informado
 - 6.1.3. Regulación del consentimiento informado en Colombia
 - 6.1.4. Consentimiento informado de personas en situación de discapacidad y menores de edad
 - 6.1.5. Fallas que se presentan en el consentimiento informado
 - 6.2 Mala praxis médica (medical malpractice)
 - 6.2.1 Normativa en materia médica: normas técnicas, las guías de práctica

clínica y los protocolos de atención

6.2.2. La lex artis ad hoc como elemento de la responsabilidad médica

6.2.3 La culpa médica en materia de responsabilidad estatal por wrongful conception

6.2.4 Modalidades de mala práctica médica

7. El daño que se genera en la anticoncepción fallida y sus diferentes teorías dentro del derecho comparado
8. Reconocimiento exclusivo de perjuicios morales por parte del Consejo de Estado en los eventos wrongful conception (anticoncepción fallida)
 - 8.1 Perjuicios que han sido reconocidos en otras jurisdicciones
 - 8.1.1 Estados Unidos
 - 8.1.2 Alemania
 - 8.1.3 España
 - 8.2 Los perjuicios que el Consejo de Estado podría reconocer en las acciones de wrongful conception
 - 8.2.1 Perjuicios Inmateriales
 - 8.2.1.1 Pérdida de consorcio “Loss of Consortium”
 - 8.2.1.2 Dolor y sufrimiento de la madre durante el embarazo y el parto, y estrés emocional
 - 8.2.1.3 Dolor y sufrimiento asociados con el segundo procedimiento correctivo.
 - 8.2.2 Perjuicios Materiales
 - 8.2.2.1 Pérdida de salario y gastos médicos prenatales y posnatales

8.2.2.1.1 Pérdida de salario

8.2.2.1.2 Gastos médicos prenatales y posnatales

8.2.2.2 Costo de un segundo procedimiento correctivo

9. Conclusiones
10. Referencias
11. Anexos

Resumen

En esta disertación se estudiarán las acciones de anticoncepción fallida y los perjuicios que han sido reconocidos en Colombia por parte del Consejo de Estado. Para ello, se analiza la definición otorgada por esta Corporación, la cual será comparada con la proporcionada por el derecho comparado, desentrañando cada uno de los elementos que la misma ha considerado relevantes. Igualmente, examinamos cómo en otros ordenamientos jurídicos se ha condenado a los galenos al pago de otros daños que no han sido analizados por el Consejo de Estado, pero que a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación podrían ser concedidos.

Palabras clave: anticoncepción fallida, falla del servicio médico, responsabilidad del Estado, perjuicios materiales e inmateriales.

Abstract

This dissertation will examine the actions of wrongful conception and the damages that have been recognized in Colombia by the Supreme Administrative Court (Consejo de Estado). To this end, an analysis is made of the definition provided by this Corporation, which will be compared with that provided by comparative law, unraveling each of the elements that are considered relevant. Likewise, we examine how, in other legal systems, physicians have been sentenced to pay other damages that have not been analyzed by the Supreme Administrative Court, but which, in light of the jurisprudence of this Corporation, could be awarded.

Key words: wrongful conception, service failure, State liability, pecuniary and non-pecuniary damages.

Introducción

No cabe duda que la garantía más relevante con la que cuentan los ciudadanos frente al poder del Estado es la posibilidad que tienen de interponer una acción (demanda) en contra de la Nación. La anterior prerrogativa, les permite reclamar el resarcimiento de los daños antijurídicos que padezcan, producto de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Con fundamento en lo anterior, cuando se presenta una falla en la prestación de un servicio que está a cargo del Estado —como lo es la atención de la salud a través de hospitales e instituciones públicas—, podrá condenarse a la Nación al pago de los perjuicios que la actuación negligente o ilícita de sus servidores (profesionales de la salud) haya causado al paciente.

Enfocándonos en las posibles fallas que se pueden presentar en el servicio médico asistencial, se debe advertir que pueden surgir errores en los procedimientos de esterilización o en la prescripción de anticonceptivos como métodos de planificación familiar, los cuales tienen origen normalmente, en una falta de consentimiento informado o en una mala praxis médica. Dichas falencias, conllevan al nacimiento de un hijo no deseado que se buscaba evitar por medio de un contraceptivo.

Así pues, es a raíz de esta concepción no querida que surge la acción de wrongful conception, donde los progenitores intentan reclamar al Estado, los gastos de crianza y educación de los hijos, las pérdidas de salarios u otros ingresos, el sufrimiento o estrés que debe asumir el matrimonio y la mujer producto de un embarazo no deseado, los dolores que sufre la madre durante la gestación y el parto, la pérdida de consorcio, entre otros perjuicios.

Por lo anterior, el objetivo de esta tesis es analizar los daños que el Consejo de Estado —como máximo órgano en la jurisdicción de lo contencioso administrativo— ha reconocido

por el momento en los eventos de anticoncepción fallida, al igual que ahondar en los demás perjuicios que han sido otorgados por las altas cortes de otros países, para así identificar qué otros daños podrían eventualmente ser concedidos a los progenitores por partes de esta Corporación en los casos de wrongful conception.

Concretamente, este trabajo busca responder la siguiente cuestión: ¿Ha sido suficiente el reconocimiento exclusivo de perjuicios morales por parte del Consejo de Estado, en los eventos de responsabilidad extracontractual del Estado ocasionada por una falla probada del servicio por anticoncepción fallida? Para ello es necesario partir de la definición de wrongful conception y su diferencia con las acciones de wrongful birth y wrongful life, para después establecer la naturaleza de las obligaciones médico-asistenciales junto con el nivel de efectividad de los métodos anticonceptivos mayormente aceptados.

Adicionalmente, se expondrán los escenarios que permiten la configuración de la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida, junto con las diferentes teorías que existen respecto a la consideración del daño en estos eventos. Finalmente se hará un estudio de derecho comparado donde se traerán a colación algunas sentencias de otras jurisdicciones donde se han reconocido perjuicios adicionales al daño moral, para después analizar si los mismos podrían ser reconocidos por el Consejo de Estado, teniendo presente la clasificación de daños que esta Corporación actualmente tiene, sus providencias respecto a las categorías de daños y sobre todo el principio de reparación integral que tienen derecho las víctimas frente a la causación de cualquier daño.

Definición de wrongful conception y su diferencia con las acciones de wrongful birth y wrongful life

Las acciones por anticoncepción fallida o “*wrongful conception*” deben su origen a fallos de las altas cortes inglesas y estadounidenses de la segunda mitad del siglo XX. Esta figura, aunque desarrollada en el derecho comparado, es sin duda novedosa para ordenamientos jurídicos como el colombiano, en donde los primeros precedentes se han proferido recientemente. Es por ello que encontramos la definición otorgada por Andrea Macía Morillo en *La Responsabilidad Por Los Diagnósticos Preconceptivos Y Prenatales* (2003) como la más acertada respecto a los elementos que deben concurrir a la hora de determinar si nos encontramos ante un caso de wrongful conception:

En estos casos se plantea una demanda de responsabilidad por parte de uno o ambos progenitores ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, se ha tratado de evitar. Aunque el niño nace sano —lo que constituye la principal característica que distingue estos casos frente al resto—, es precisamente el hecho de tal nacimiento no deseado el daño sobre el cual se establece la demanda: se reclama indemnización por los gastos que acarrea el nuevo miembro de la familia, así como (en ocasiones) daño moral por el embarazo no deseado. (p. 26)

Habiendo planteado la definición anterior, Macía Morillo (2003) en esta misma ocasión nos aproxima específicamente a los eventos que dan lugar al pago de perjuicios por el nacimiento de un hijo sano no deseado: (i) por esterilización fallida, (ii) el uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado, (iii) las interrupciones del embarazo fallidas por negligencia médica, (iv) la no detección oportuna del embarazo, esto es, antes del plazo fijado legalmente para la IVE.

En este orden, se evidencia que los casos de wrongful conception tienen como sujeto activo de la acción de reparación uno o ambos progenitores del niño que es concebido. Ello se debe, sin duda, al hecho de que esta acción busca resarcir los perjuicios ocasionados en razón a la vulneración de los derechos a la libertad reproductiva y libre desarrollo de la personalidad de los progenitores, quienes ven truncado su plan de vida al darse una concepción no querida y que incluso —como bien señala Macía— se buscó evitar. Por ende, resulta lógico que únicamente sean los progenitores quienes puedan ver vulnerado tales derechos y por tanto soliciten la reparación de los perjuicios derivados de ello.

Asimismo, es importante distinguir que estas acciones aluden a casos en los que se da el nacimiento de un niño sano, lo que lo diferencia de los casos que dan lugar a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en los que la responsabilidad gira en torno al nacimiento (no concepción) de un niño con una deformidad o enfermedad que no fue oportunamente diagnosticada a los progenitores por parte del médico tratante, perdiendo estos la oportunidad de interrumpir el embarazo. Aquí nos encontramos entonces frente a un menor cuya concepción si fue deseada (a diferencia de las acciones de wrongful conception), pero que en razón a un falso negativo u omisión de información los progenitores no tuvieron conocimiento a tiempo acerca de dicha malformación o enfermedad, dando a luz a un niño con discapacidad (Macía, 2003).

Aproximándonos ahora a la definición que se le ha otorgado en nuestro ordenamiento jurídico, es menester señalar que debido a la naturaleza de las instituciones involucradas en los casos que han sido objeto de estudio por las Altas Cortes, ha sido el Consejo de Estado el tribunal que ha proferido los pronunciamientos que constituyen los primeros precedentes

sobre la materia. En este orden, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que se consideran casos de wrongful conception:

(...) a los eventos donde se presenta una concepción no querida o una anticoncepción fallida, por lo que se deben separar estos casos de otros en los que se cuestiona directamente si el hecho de la vida podría o no constituir un evento lesivo, ya por el mismo ser nacido o por sus progenitores, por razón del padecimiento de enfermedades detectables *in utero* u otro tipo de padecimientos físicos, sociales o económicos, o por el simple hecho del rechazo hacia la propia existencia, casos que se encuentran dentro referidos a los eventos de *wrongful birth* y *wrongful life*. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 40051)

Al hacer un ejercicio comparativo entre la definición que ha dado la doctrina internacional a los casos de wrongful conception y la que ha otorgado el Consejo de Estado, se evidencia que esta Corporación se ha inclinado hacia una definición de tal amplitud, que olvida incluir conceptos que el derecho comparado ha considerado como ampliamente relevantes.

En primer lugar, de la definición del Consejo de Estado puede extraerse que, aun cuando en principio trata de distinguir las acciones de wrongful conception de las de *wrongful birth* y *wrongful life*, equipara el origen del daño al no distinguir en el hecho de que en wrongful conception éste se da por la concepción del niño, la cual no fue deseada e incluso se buscó evitar. Contrario a lo que ocurre en *wrongful life* y *wrongful birth*, donde adicional a la situación de discapacidad con la que nace el menor, el daño no lo origina propiamente la concepción, toda vez que esta pudo ser buscada por los progenitores, sino que por el contrario el daño aquí se origina específicamente por la pérdida de oportunidad de los padres

(en *wrongful birth*) y del menor (en *wrongful life*) de que se hubiere evitado el nacimiento del niño discapacitado y con ello todos los gastos y padecimientos que se dieron como resultado de esto (Macía, 2003).

En segundo lugar, se hace evidente que el Alto Tribunal no hace mención específica de las situaciones de hecho que pueden dar lugar a las acciones por *wrongful conception*, limitándose a señalar que se dan en los casos de “concepción no querida o anticoncepción fallida”. En este orden, el precedente jurisprudencial no brinda certeza respecto de la posibilidad de iniciar una acción de esta naturaleza cuando no se cumple a cabalidad con el deber de información por parte del médico tratante, lo que afecta el otorgamiento del consentimiento informado del paciente; cuando los métodos anticonceptivos no producen el resultado esperado; o cuando la detección del embarazo no ocurre durante el periodo en el que puede practicarse la interrupción voluntario del embarazo (en adelante IVE), aspectos que —a diferencia de lo señalado por el Consejo de Estado— si encontramos en la doctrina y jurisprudencia internacional.

Es pertinente señalar en este punto, que el Consejo de Estado, hasta el momento, no se ha manifestado expresamente respecto a la posibilidad de que pueda darse lugar a las acciones de *wrongful conception* en los casos de IVE, sea por su no detección oportuna o por la práctica negligente del procedimiento, toda vez que en la actualidad en el país sólo se puede llevar a cabo este tipo de intervenciones cuando se presenta alguna de las tres causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006¹.

¹ (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

Situación distinta se presenta en Francia, en donde la Corte de Casación francesa, por medio de fallo del 25 de junio de 1991 de la Sala Civil 1 (No. 213) resolvió una demanda interpuesta por una mujer que se sometió a un procedimiento de IVE, el cual se realizó de manera negligente y conllevó al nacimiento de un niño sano. Si bien la Corte señaló que para el caso en concreto no se dio el reconocimiento de perjuicio alguno por razones probatorias (puesto que ninguno fue probado debidamente durante el proceso), el Alto Tribunal aprovecha la ocasión para aclarar que la existencia de un niño no puede ser considerada como un daño a la madre, aunque su nacimiento haya tenido lugar con posterioridad a la práctica de un procedimiento de IVE. Asimismo, la Corte señaló que en casos de esta naturaleza no se reconocen perjuicios sufridos por la madre, salvo aquellos distintos a la carga regular de la maternidad (*“Charges normales de la maternité”*).

De esta manera, la Corte de Casación francesa siguiendo una postura conservadora pone de presente la posición de la Corporación respecto a la posibilidad de reclamar perjuicios derivados de la realización negligente de un procedimiento de IVE. Si bien puede considerarse que esta es una postura que puede llegar a ser desfavorable para los padres, al proferir este fallo la Corte brinda certeza y seguridad jurídica, señalando que salvo que se ocasionen perjuicios que superen las “cargas normales de la maternidad”, no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios por anticoncepción fallida, aun cuando la madre se haya sometido a un procedimiento de IVE que se practicó de manera negligente.

Otro aspecto que no es incluido en la definición por el Consejo de Estado y que es considerado de suma trascendencia en el vínculo médico-paciente, es el incumplimiento del deber de información para el otorgamiento del consentimiento informado del paciente. Si bien el consentimiento informado será objeto de estudio a profundidad en el capítulo 6, debe

señalarse en este punto que este se ha entendido como el proceso comunicativo en el cual el médico tratante informa al paciente acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos de la intervención o tratamiento a realizar, con el fin de que este cuente con las herramientas suficientes a la hora de otorgar su autorización respecto a la práctica del procedimiento o inicio del tratamiento.

Lo anterior permite establecer que el Consejo de Estado como único órgano que hasta el momento ha proferido los primeros fallos sobre la materia, plantea una definición de tal amplitud que no incluye elementos que en el derecho comparado han sido orientadores a la hora de distinguir la figura de otras como *wrongful birth* y *wrongful life*. En este sentido, limitar la definición a “los eventos donde se presenta una concepción no querida o una anticoncepción fallida”, sin esclarecer las situaciones de hecho que específicamente pueden dar lugar a esa concepción no querida o anticoncepción fallida, como puede ocurrir en los casos en los que no se provea la información necesaria para el otorgamiento del consentimiento informado por el paciente, o en los casos en los que se practique negligentemente una IVE.

El acto médico: naturaleza de las obligaciones médico-asistenciales

Con la realización de un tratamiento o procedimiento médico, surge entre el médico tratante y el paciente obligaciones de distinta naturaleza. Estas obligaciones tienen origen legal, principalmente, estando consagradas en la ley 23 de 1981 “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*” y el decreto 3380 de 1981, por medio del cual fue reglamentada dicha norma. Adicional a ello, en la relación médico-paciente, como sucede en la gran mayoría de las relaciones jurídicas, las partes en virtud del principio de autonomía de

la voluntad privada podrán establecer obligaciones nuevas que encuentren su origen en el acto jurídico que se celebre.

Por lo anterior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado necesario sentar su precedente respecto a la naturaleza de las obligaciones contraídas en la relación jurídica médico-paciente. En este orden, encontramos que el Alto Tribunal en sentencia del 24 de mayo de 2017 aclaró que deben entenderse todas las obligaciones contraídas por el médico como obligaciones de medios y no de resultados, salvo que en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada las partes expresamente hayan pactado lo contrario. A esta conclusión arriba la Corte con fundamento en lo consagrado en la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, norma que, al definir el acto propio de los profesionales de la salud, establece lo siguiente:

Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional. (art. 104)

Teniendo lo anterior de presente, es menester señalar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de noviembre de 2013 señaló como criterio diferenciador respecto de las obligaciones de medios y de resultados, la incidencia que el deudor de la obligación pueda tener sobre la obtención del resultado esperado. En este sentido, hablamos de obligaciones de resultado cuando el interés del acreedor puede obtenerse por medio de la ejecución de la conducta debida, mientras que estamos en obligaciones de medios cuando para la obtención

del resultado deben tomarse en cuenta factores adicionales cuyo control es ajeno al médico (deudor), en cuyas situaciones “el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponde aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 5 de noviembre de 2013, expediente 00025, citada en sentencia del 24 de mayo de 2017, Radicación n° 05001-31-03-012-2006-00234-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona).

Lo anterior cobra especial relevancia al momento de determinar la carga probatoria y los mecanismos de defensa que pueden ser interpuestos por el médico tratante. Por un lado, al considerarse obligaciones de medios, aplicará el régimen probatorio propio de la culpa probada, por lo que le corresponderá a la víctima demostrar la actuación culposa del médico y podrá éste, a su vez, utilizar como mecanismo de defensa la demostración de la diligencia y la pericia, la cual se entenderá acreditada, particularmente por medio de la demostración de la implementación de la *lex artis* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de mayo de 2017 Radicación no. 05001-31-03-012-2006-00234-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona). *Contrario sensu*, cuando nos encontramos ante obligaciones de resultados, estaremos ante un régimen de culpa presunta en el que la carga probatoria recae en cabeza del médico y deberá éste demostrar la concurrencia de una causa extraña, como puede ser, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho de un tercero.

Es importante resaltar en este punto que sobre el particular el Consejo de Estado ha compartido la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que ha entendido que los galenos asumen un compromiso para la obtención de un resultado, sin asegurarlo, toda vez las obligaciones de los médicos deben entenderse de medios, al no ser la medicina, además, una ciencia exacta. Estas reglas, como ha tenido oportunidad de aclarar el

Consejo de Estado, pueden variar dependiendo de la especialidad médica que se practique, por lo que en obstetricia, por ejemplo, encontramos que la Corporación ha entendido que en los casos en los que el proceso de gestación no presentaba complicaciones y, no obstante, no se obtiene el resultado natural de la gestación (el parto de un niño sano) bien sea porque se presentan anomalías en la madre o en el que está por nacer, deberá el médico acreditar la irresistibilidad e imprevisibilidad de los resultados obtenidos, da lugar a la presunción de falla del servicio, sin situarse en un régimen objetivo de culpa (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 12.123, citada en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16085). Sobre el particular, aclaró la Corte:

Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15.276, citada en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 16085)

Se evidencia de esta manera que existe un consenso al interior de las Altas Cortes respecto a la naturaleza de las obligaciones que contraen los galenos. Sin embargo, el

Consejo de Estado ha precisado que esta regla podrá variar dependiendo de la especialidad en la que nos encontremos, como es el caso de las obligaciones contraídas por los médicos obstetras, cuyo incumplimiento puede llegar a constituir un indicio de falla del servicio, cuando durante el periodo de gestación no se presenta complicación alguna y, no obstante, no se obtiene el resultado esperado.

Métodos anticonceptivos

Ahora bien, para poder establecer la responsabilidad estatal por falla en la prestación del servicio de salud, bien por ausencia o error a la hora de ejercer el derecho a la información que le corresponde al paciente cuando es sometido a una intervención o tratamiento médico, o cuando existe una mala práctica de un procedimiento de esterilización quirúrgica por parte del galeno, es preciso determinar los diversos métodos anticonceptivos que permiten a los accionantes ejercer la acción de wrongful conception.

La doctrina y la jurisprudencia extranjera han sido enfáticas en delimitar los escenarios que permiten ejercer la acción de wrongful conception, siendo uno de ellos el uso de métodos anticonceptivos –quirúrgicos y no quirúrgicos– que no producen el resultado esperado (Macía Morillo, 2005). Sin embargo, el Consejo de Estado ha centrado su análisis sobre la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida, a un reducido número de eventos o supuestos fácticos que permiten a los accionantes reclamar perjuicios: en lo que respecta a la utilización de métodos anticonceptivos, esta Corporación explica que para poder ejercer la acción en comento, se deberá demostrar que el nacimiento del menor no deseado se debe a una falla en el procedimiento de esterilización quirúrgica, derivada precisamente de un “eventual incumplimiento o negligencia respecto de los deberes de actuación que les

corresponden a los profesionales de la salud, en donde se origina la necesidad (...) de exigir una indemnización por los daños causados por el nacimiento no deseado” (Miranda, 2017).

Lo anterior quiere decir que, la jurisprudencia colombiana ha limitado el estudio de la acción de wrongful conception a los métodos de esterilización quirúrgica femenina o masculina, ya que aún no se ha analizado la posibilidad de reclamar perjuicios en aquellos eventos en que la concepción del menor que se buscaba evitar, sea el resultado de una falla en el servicio médico por el uso de otros métodos contraceptivos como son el uso de dispositivos intrauterinos (DIU) bien sean estos de cobre² o levonorgestrel³, o los implantes que buscan inactivar los espermatozoides, y así evitar la fecundación del óvulo, ya que “espesa el moco cervical impidiendo la unión de los espermatozoides con el óvulo y evita la ovulación” (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Es por ello que resulta trascendente para la presente investigación, conceptualizar y explicar el grado de eficacia con que cuentan los actuales métodos anticonceptivos quirúrgicos, con el fin de poder determinar la información que deberá ser brindada al paciente que se someta a una intervención médica, y de establecer hasta qué punto habrá responsabilidad por falla probada en la prestación del servicio de salud como consecuencia de un alumbramiento no deseado. Para ello, es importante tener en cuenta que existen distintos tipos de intervención quirúrgica, dependiendo de si el paciente que se somete al procedimiento esterilización es un hombre o una mujer.

Procedimiento de esterilización en mujeres

En primer lugar, se encuentra la ligadura de trompas, también conocida como esterilización tubárica, que ha sido concebida por la medicina contemporánea como un

² El cobre daña los espermatozoides e impide que se unan con el óvulo.

³ Espesa el moco cervical impidiendo la unión de los espermatozoides y el óvulo.

método anticonceptivo permanente o definitivo. Este es el mecanismo de esterilización femenina más utilizado en la actualidad, y consiste en “un procedimiento quirúrgico que cierra o bloquea de forma permanente las trompas de Falopio” (Planned Parenthood, s.f.). Este método anticonceptivo no afecta en ningún modo el ciclo menstrual de la mujer, ya que los ovarios seguirán siendo funcionales, por lo que los ciclos hormonales de ésta no se verán alterados con este procedimiento quirúrgico. (Mayo Clinic, s.f.)

Si bien la esterilización tubárica es entendida como un método contraceptivo definitivo, en el sentido de prevenir un embarazo futuro al impedir la liberación de óvulos para que así éstos no sean fecundados por espermatozoides, el mismo es un procedimiento que en determinadas ocasiones podrá ser reversible, a través de la cirugía denominada recanalización de trompas.⁴

Para poder llevar a cabo la ligadura de trompas el personal médico general, y los especialistas en ginecología y obstetricia en particular, cuentan con tres métodos distintos que permiten impedir el paso del óvulo al útero: “1. A través de una laparoscopia quirúrgica y colocación de unos clips o coagulación tubaria. 2. A través de una minilaparotomía son ligadas y seccionadas las Trompas de Falopio. 3. Con posterioridad a la cesárea abdominal se liga y seccionan las trompas” (Casavilla y Curia, 2004).

Para poder llevar a cabo este procedimiento de esterilización femenina, se deberán tener en cuenta las condiciones de salud de la mujer; será entonces el profesional en salud quien determine -según previo diagnóstico y evaluación médica- la técnica más adecuada que proteja la salud e integridad física de la paciente. Dentro de las técnicas oclusivas avaladas por la ciencia médica, se encuentran las siguientes:

⁴ El objetivo de esta cirugía es unir los segmentos bloqueados de las trompas de Falopio. Este procedimiento permite que los óvulos vuelvan a circular por las trompas y que los espermatozoides puedan subir a través de las trompas de Falopio para alcanzar al óvulo (Eugin, s.f.).

La técnica de Pomeroy, consistente en ligar un asa de cada trompa con hilo de sutura absorbible (catgut) y cortarla por la base cerca de la ligadura (...). La técnica de Parkland es también un método eficaz: consiste en ligar la trompa en dos puntas y extirpar el pequeño segmento central. (Organización Mundial de la Salud, 1993)

La Organización Mundial de la Salud ha explicado que, para poder llevar a cabo estas dos técnicas quirúrgicas de ligadura y escisión, no se podrá utilizar el método de laparoscopia, sino que se deberá emplear el de la minilaparotomía, en el que:

(...) se efectúa una pequeña incisión suprapúbica y el útero es manipulado con un instrumento por la vía vaginal, para traer las trompas de Falopio dentro del campo de visión operatoria. Valiéndose de anestesia local y analgesia se permite a la paciente desplazarse a su domicilio, el mismo día de la intervención. (Amorocho y Pombo, 1977, p.185)

Adicionalmente, existen métodos mecánicos (procedimiento oclusivo asociado con laparoscopia) y eléctricos (como la electrocoagulación) para ocluir las trompas de Falopio, sin embargo, estos métodos son utilizados con menor frecuencia ya que brindan un grado de eficacia relativamente inferior a las técnicas de Pomeroy o de Parkland (Ver Anexo A). Adicionalmente, estas técnicas oclusivas generan mayores afectaciones en la salud de la mujer, al tratarse de métodos que son más invasivos: “Aunque en general son eficaces, con frecuencia provocan quemaduras en el intestino, la vejiga y la pared abdominal, aparte de que entrañan más riesgos de embarazo ectópico ulterior que la ligadura y los métodos mecánicos” (Organización Mundial de la Salud, 1993).

En materia de procedimientos de esterilización quirúrgica femenina que permiten interponer la acción de wrongful conception, es preciso indicar que, si bien la histerectomía

impide a la mujer tener un futuro embarazo -pues en dicho procedimiento quirúrgico, a ésta le es extraído todo o parte del útero, y en ocasiones las trompas de Falopio y los ovarios- la ciencia médica ha sido enfática en aclarar que este procedimiento no constituye per se un método anticonceptivo, por lo que no se podrá acudir a una falla en el mismo o a un error en el consentimiento informado o en la historia clínica, para alegar la reparación de perjuicios por el nacimiento de un menor no deseado. Esta noción fue acogida por el Consejo de Estado en Sentencia del 06 de julio de 2017 señaló:

(...) la Organización Mundial de la Salud, en relación con la histerectomía, no la considera como un método anticonceptivo, sino como un mecanismo para salvar la vida de una mujer en ocasiones en las que el trabajo de parto se complica, o cuando se desea un cambio de sexo. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, P. 40051)

Procedimiento de esterilización en hombres

Por otro lado, en lo que respecta a la esterilización masculina, es importante remitirse al procedimiento denominado vasectomía o deferentectomía que, al igual que sucede con la ligadura de trompas de Falopio, es un método contraceptivo permanente o definitivo. Este procedimiento cuenta con un “bajo riesgo de inconvenientes y, por lo general, se puede realizar en el ámbito ambulatorio con anestesia local” (Mayo Clinic, s.f.).

La vasectomía es una operación que consiste en la sección o ligadura del conducto deferente, es decir, de aquel “tubo en el que los espermatozoides se almacenan y que transporta el esperma fuera de la bolsa escrotal” (Stanford Children’s Health, s.f.). Por consiguiente, la finalidad de esta cirugía es dejar al esperma por fuera del semen, evitando de esta manera el paso de los espermatozoides; sin embargo, cabe hacer la siguiente aclaración:

“Los espermatozoides permanecen en los testículos, y el cuerpo los absorbe. Alrededor de 3 meses después de una vasectomía, el semen deja de contener esperma, por lo que no puede provocar embarazos” (Planned Parenthood, s.f.).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que para poder llevar a cabo una deferentectomía, se requerirá de un urólogo, es decir, un especialista que se ocupa, entre otras cosas, del estudio, diagnóstico y tratamiento de patologías que pueden llegar a afectar el aparato reproductor masculino.

Si bien este procedimiento de esterilización masculina es definitivo, el mismo se puede revertir mediante una cirugía de reversión de vasectomía, cuya finalidad es restablecer la permeabilidad de los conductos deferentes. Ahora bien:

Existen dos maneras de realizar la reversión de la vasectomía: la primera es una reparación más simple, llamada vasovasostomía, en la que se vuelven a unir los extremos de los conductos deferentes (conductos que transportan los espermatozoides al semen desde los testículos y se separan durante la vasectomía); el segundo procedimiento, conocido como epididimovasostomía, es más complejo e implica conectar los conductos deferentes directamente al pequeño órgano ubicado en la parte posterior de cada testículo que contiene los espermatozoides y se llama epidídimo.

(Andrade, 2015)

Eficacia de los métodos de esterilización quirúrgica

Sobre el grado de eficacia de los métodos de anticoncepción quirúrgica, la Organización Mundial de la Salud (2020) emitió un reporte sobre planificación familiar en el que se estudian los mecanismos de acción y eficacia de los diversos métodos anticonceptivos. Con respecto al margen de error en la esterilización femenina, señala lo siguiente: “Eficacia:

embarazos por cada 100 mujeres en un año cuando se usa de forma constante y correcta (0,5%); Eficacia: embarazos por cada 100 mujeres en un año cuando se usa de forma habitual (0,5%)”. Lo anterior significa que la ligadura de Trompas como método contraceptivo femenino cuenta con una eficacia del 95%, es decir, que de 100 mujeres que se practican la cirugía en mención, sólo un 0,5% tiene un nuevo alumbramiento.

Por otro lado, la OMS señala que la vasectomía como mecanismo de esterilización cuenta con un grado de eficacia superior a la ligadura de trompas de Falopio. Por consiguiente, se podría decir que este método de planificación familiar resulta más confiable para aquellas personas que busquen evitar futuros alumbramientos, ya que de 100 mujeres que tienen relaciones con un hombre que se ha practicado una deferentectomía, solo un 0,1% resulta embarazada: “Eficacia: embarazos por cada 100 mujeres en un año cuando se usa de forma constante y correcta (0,1%); Eficacia: embarazos por cada 100 mujeres en un año cuando se usa de forma habitual (0,15%)”.

La eficacia de estos procedimientos de esterilización dependerá, no solo de la realización de la cirugía siguiendo los mandatos de la *lex artis ad hoc* codificada que corresponde a los especialistas en ginecología y obstetricia (en el caso de las mujeres), o del urólogo (en el caso de los hombres), sino también del éxito de esta y la ausencia de complicaciones en la salud de los pacientes. Es por ello por lo que los médicos deberán realizar un seguimiento a quienes se hayan sometido a estas intervenciones quirúrgicas, con el fin de detectar tempranamente cualquier anomalía.

Adicionalmente, se entiende que bien la vasectomía o la ligadura de trompas de Falopio serán métodos anticonceptivos permanentes mientras no se dé una recanalización espontánea de las trompas de Falopio o de los deferentes, hecho que puede ocurrir sin que haya mediado

necesariamente un actuar negligente o imprudente por parte del médico cirujano: “La reunión espontánea de las trompas seccionadas y la formación de fistulas son dos raros fenómenos que pueden dar lugar a un embarazo tras la esterilización” (Organización Mundial de la Salud, 1993).

Escenarios que permiten la configuración de la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida (wrongful conception)

Quienes pretendan acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar una indemnización, como consecuencia de la responsabilidad estatal que surge por la falla probada del servicio por anticoncepción fallida, contarán con dos escenarios o fundamentos fácticos para cimentar sus pretensiones. Estos supuestos se encuentran estrechamente relacionados con una serie de omisiones por parte del personal médico encargado de llevar a cabo el procedimiento quirúrgico de esterilización, sea este femenino o masculino.

Con respecto al tema en cuestión, la doctrina ha traído una multiplicidad de eventos que permiten dar inicio a las llamadas acciones por anticoncepción fallida. Tal y como se explicó en anteriores acápite, el nacimiento de un hijo sano no deseado puede dar origen al resarcimiento de perjuicios en los siguientes eventos:

En casos de esterilización fallida, también por el uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado, interrupciones de embarazo fallidas por negligencia médica y embarazos no detectados oportunamente, esto es, antes del plazo fijado legalmente para la IVE .(Macía Morillo, 2005, p. 55)

No obstante, la jurisprudencia colombiana proveniente del Consejo de Estado ha optado por estudiar los casos de anticoncepción fallida, bajo la percepción de una falla presentada

en el momento previo o concomitante a la realización de la intervención médico-quirúrgica de esterilización, sin adentrarse al estudio de aquellos eventos de wrongful conception que surgen como consecuencia de una falla en el procedimiento de IVE.

Lo anterior permite afirmar que, no cualquier embarazo indeseado que tenga como consecuencia el nacimiento de un niño sano tiene la potencialidad de dar lugar a una reclamación de responsabilidad estatal por la vía administrativa. (Rondón, 2018) Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico colombiano sólo procederán las acciones por wrongful conception en determinadas circunstancias que han sido definidas por la jurisprudencia de las Altas Cortes, las cuales habilitan a los padres a demandar el resarcimiento de perjuicios. Dichas situaciones o eventos serán estudiadas de manera extensiva en el presente capítulo.

Error o ausencia de consentimiento informado

Para que se estructure la acción de wrongful conception por falla probada del servicio, se requiere demostrar que ha existido una infracción de las normas, deberes u obligaciones específicas que surgen para los médicos dentro de la relación que hay entre éstos y los pacientes. Es así como se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia colombiana, que “las obligaciones médico-sanitarias no se reducen a la intervención directa del paciente, sino que comprenden todo el conjunto de actividades desarrolladas durante la prestación del servicio” (Rondón, 2018). Estos diversos actos conforman lo que se ha denominado *acto médico complejo*, y que, según el Consejo de Estado, incluye las siguientes categorías:

Actos médicos propiamente dichos: comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas.

Actos paramédicos: 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.

Actos extramédicos: corresponden a los servicios de alojamiento y manutención del paciente. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P.40057)

A lo largo del acto médico complejo surgen una serie de obligaciones, no solo para los galenos, sino en general para todo el personal sanitario. Este contenido obligacional se vuelve imperativo para dichos actores, es decir, se desprende la necesidad de acatar las obligaciones médico-sanitarias, so pena de incurrir en responsabilidad por falla probada del servicio.

El contenido obligacional en materia médica se encuentra estipulado de manera concreta en leyes y normas de rango internacional que hacen parte del ordenamiento jurídico interno. Dentro de dichas obligaciones, se menciona concretamente el deber de información, que corresponde a todos los profesionales sanitarios cuando vayan a realizar tratamientos o procedimientos quirúrgicos, y que forma parte del derecho de información y de autonomía que incumbe a todas las personas. Adicionalmente, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

(...) éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual, el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana. (Sentencia C-182 de 2016)

El consentimiento informado y sus características

Ahora bien, resulta fundamental para el estudio de este presupuesto de estructuración de la anticoncepción fallida, delimitar qué se entiende por consentimiento informado. Este es definido como:

El proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad realizada por una persona, a través de la cual, luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluado su competencia y la comprensión de la información suministrada previamente referida al plan diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o ensayo de investigación, otorga su consentimiento para la ejecución del procedimiento ofrecido (Chepé, 2010).

El consentimiento informado, considerado como un proceso de comunicación y de toma de decisiones en el ámbito sanitario, constituye el pilar sobre el cual se estructura el derecho de información, dignidad humana, integridad personal y de autonomía que les compete a todas aquellas personas que se sometan a un tratamiento o intervención quirúrgica. Por consiguiente, los pacientes cuentan con el derecho a recibir por parte del personal sanitario, toda información relevante y suficiente, relacionada con los procedimientos médicos que se deban adelantar en su persona. Dicha información deberá ser suministrada utilizando un lenguaje sencillo y comprensible, que permita al paciente entender a cabalidad todos los efectos que se puedan desprender del tratamiento que se le realizará.

Sin embargo, cabe mencionar que la Corte Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones que “no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica” (Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016). Por consiguiente,

para que sea válido, el consentimiento informado deberá cumplir con una serie de requisitos básicos:

1. Libertad de decisión: la voluntad del paciente para autorizar o rechazar el tratamiento médico, deberá ser libre de coacción o fraude alguno. Ahora bien, en relación con los procedimientos de esterilización como método contraceptivo, la Corte Constitucional indica que existe una prohibición expresa de realizar las mismas de manera forzada:

(...) la ausencia de consentimiento informado respecto de los métodos de planificación implica una esterilización forzada y compromete los derechos reproductivos, ya que limita la capacidad de las personas de tomar decisiones sobre su cuerpo y sobre su autonomía reproductiva, en el contexto de un procedimiento invasivo, irreversible y no consentido. (Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016)
2. Competencia para decidir: este elemento indica que sólo los pacientes que sean considerados como competentes, tendrán la oportunidad de poder rechazar o autorizar un procedimiento médico.
3. Información suficiente: en el sentido de que el paciente pueda tener un conocimiento adecuado que le permita comprender todas las implicaciones de la intervención médica, así como los beneficios y riesgos previsibles que se pueden derivar del mismo. Es por ello por lo que se le deberá suministrar todo tipo de información que se considere como relevante –procurando evitar una información simplista o alarmista–, para que así pueda meditar su decisión. (Ministerio de la Protección Social, 2009)

Dado que el consentimiento informado es entendido como una especie de proceso gradual que se realiza en la relación que surge entre el galeno y el paciente, es importante destacar que la construcción de este se divide en una serie de etapas, pues la comunicación de información y la consiguiente toma de decisión, constituyen dos momentos distintos dentro de un mismo proceso. Por consiguiente, el consentimiento se estructura de la siguiente manera:

- 1.La elaboración por parte del personal sanitario de la información suficiente y necesaria que será comunicada a los pacientes.
- 2.La transmisión y discusión de la información. En esta etapa se deberán resolver todas las dudas que surjan, además de informar de las opciones o alternativas con las que cuenta el paciente, así como los beneficios y complicaciones o riesgos previsibles que conlleva la realización del tratamiento o procedimiento propuesto.
- 3.La comprensión y valoración del paciente.
- 4.La aceptación o rechazo del procedimiento diagnóstico y/o del tratamiento que propone el médico. (Rioja Salud, s.f)

Origen del consentimiento informado

El término “consentimiento informado” fue acuñado a raíz del surgimiento de los Derechos Humanos (DDHH), y que permitió una evolución en el reconocimiento de los derechos de los pacientes. Antiguamente, la medicina se centraba en el modelo paternalista en donde la relación médico-paciente se centraba primordialmente en la perspectiva o el criterio exclusivo del galeno. Este modelo tenía como figura central al médico, por lo que los pacientes o enfermos eran considerados como sujetos pasivos de esta relación, ya que no tenían injerencia alguna en las decisiones de los médicos (Garay, 2017).

Luego, con el Código de Nuremberg de 1947 –uno de los principales textos de bioética–, empiezan a aparecer distintas pautas y regulaciones para las intervenciones o experimentaciones médicas con seres humanos, dado que era necesario satisfacer una serie de conceptos morales, éticos y legales, con el fin de contrarrestar las consecuencias negativas originadas de los actos atroces contra la persona humana, que habían sido cometidos en la Segunda Guerra Mundial. Es así cómo se optó por darle a los pacientes o enfermos la posibilidad de decisión en los procedimientos médicos, y se estableció como primer principio lo siguiente: “El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial” (art. 1).

De tal forma, se inició la transición del régimen paternalista, y la necesidad de regular a nivel mundial el consentimiento informado como un elemento estructural de la relación médico-paciente. Como consecuencia directa, comienzan a aparecer diversas regulaciones que desarrollan la materia de manera concreta, dentro de las que vale la pena destacar:

- a) La Declaración de Helsinki de 1964, que consagra una serie de principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, y ha sido reconocida como un antecedente inmediato de la bioética. Dentro de su texto normativo incluye el siguiente principio general: “En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de la información personal de las personas que participan en investigación” (art. 9). Igualmente, introduce un capítulo dedicado al consentimiento informado, en donde se enuncia de manera expresa la necesidad de que el mismo se encuentre presente cuando se lleven a cabo investigaciones en seres humanos, además

de indicar que “La participación de personas capaces de dar su consentimiento informado en la investigación médica debe ser voluntaria” (art. 25), y que:

Después de asegurarse de que el individuo ha comprendido la información, el médico u otra persona calificada apropiadamente debe pedir entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y voluntario de la persona. Si el consentimiento no se puede otorgar por escrito, el proceso para lograrlo debe ser documentado y atestiguado formalmente. (Declaración de Helsinki, 1964)

- b) Declaraciones de la UNESCO sobre el genoma y los derechos humanos, los datos genéticos humanos y sobre la bioética y derechos humanos, todas ellas tendientes a fortalecer la protección de las libertades individuales y los DDHH; es por ello que dichas declaraciones han desarrollado una regulación sobre el consentimiento informado, y destacan la importancia de este elemento a la hora de llevar a cabo investigaciones e intervenciones médicas.⁵

Regulación del consentimiento informado en Colombia

En Colombia encontramos como norma fundante en materia ética médica, la Ley 23 de 1981, la cual dicta una multiplicidad de pautas que deberá acoger todo el personal de la salud en el ejercicio de su profesión. Dentro del repertorio normativo que incluye esta Ley, se

⁵Artículo 6 – Consentimiento 1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. 2. La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

consagran una serie de disposiciones generales que incluyen los principios sobre los que se fundamenta la ética médica:

La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes. (art.1)

Lo anterior significa que, dentro del ejercicio de la profesión médica, todo profesional sanitario que atienda y participe activamente en los tratamientos o intervenciones realizados en favor de los pacientes, deberá propender por el respeto de la persona humana y de los derechos fundamentales que le son inherentes.

Esta Ley también incluye un acápite dedicado exclusivamente a las reglas que rigen la relación médico-paciente. En él se desarrollan diversos temas que procuran principalmente la protección de los usuarios, haciendo una exposición de los métodos, medicamentos, medios diagnósticos o terapéuticos que deben emplearse en el tratamiento de las personas que acudan al servicio de salud. De igual forma, se introduce de manera implícita la necesidad de que obre el consentimiento informado del paciente, y enlista no solo aquellos casos en que puede obrar el consentimiento de un tercero, sino también los eventos en que no se requerirá de dicho elemento debido a la calidad de riesgo o urgencia que represente la situación.⁶

⁶Artículo 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.

Dentro del ordenamiento jurídico interno también se encuentra la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”. La Ley en mención permite regular de manera concreta todos los aspectos relacionados con las intervenciones o tratamientos médicos relativos a la esterilización quirúrgica, y explica ampliamente la necesidad de que exista –a diferencia de lo que sucede en otros eventos de intervenciones o tratamientos médicos– un consentimiento informado y cualificado⁷ para poder llevar a cabo un procedimiento de anticoncepción quirúrgica⁸, pues el mismo reviste de ciertas formalidades, como es que la manifestación de voluntad del paciente conste por escrito:

La solicitud escrita que se requiere por regla general para la práctica de la anticoncepción quirúrgica es una medida legislativa razonable y proporcional, ya que i) el fin buscado por el legislador es el de promover la progeneración responsable y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de los colombianos, en los términos del artículo 42 de la Carta Política. ii) Tal fin es legítimo y está dentro del ámbito de configuración que tiene el legislador en materia de regulación en salud. iii) El medio empleado es también legítimo, como quiera que el Legislador puede definir en qué casos

⁷La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-182 de 2016 explica que cuando se alude al concepto de consentimiento informado cualificado, se debe entender como el criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento y por lo tanto se exige un mayor grado de capacidad para ejercer el consentimiento, casos en los cuales también pueden exigirse formalidades para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito, o se dé varias veces para procedimientos que se prolongan en el tiempo. Además, requiere que el individuo pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo.

⁸ Artículo 5. Los médicos encargados de realizar la operación respectiva deben informar al paciente la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos. Cuando las personas tengan limitaciones de lectoescritura, las EPS, del régimen contributivo o subsidiado a las IPS, públicas o privadas, según la práctica médica, deberán ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad tanto para la solicitud escrita como para el consentimiento informado.

las condiciones para el ejercicio del derecho de petición está condicionado a un tipo de formalidad, y en este caso ese derecho está íntimamente ligado a la obtención de un consentimiento informado y cualificado. iv) La relación existente entre el medio escogido y el fin buscado es adecuada, pues la solicitud por escrito permite salvaguardar los derechos a la autonomía personal, a la salud y a la información, entre otros. (Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 2016)

Cuando se habla del consentimiento informado en materia de esterilización como método de anticoncepción femenino o masculino, en estricto cumplimiento de la Ley 23 de 1981 y Ley 1412 de 2010, se le deberá informar al paciente lo siguiente: el personal sanitario debe explicar en qué consiste el procedimiento y cómo se llevará a cabo el mismo; la existencia de otros tipos de contracepción que, a diferencia de la oclusión tubárica (en el caso de las mujeres) o la vasectomía (en el caso de los hombres), son temporales o transitorios; se deben enlistar los beneficios que puede traer la intervención quirúrgica, así como las posibles complicaciones que son previsibles e independientes del actuar del médico, como pueden ser, entre otras, las náuseas, vómitos, inflamación, queloide o reacciones alérgicas –aquí también se deben incluir los riesgos propios o particulares que pueda tener el paciente, dependiendo de sus condiciones físicas– y; explicarle que, en caso de éxito, el mencionado método de planeación podrá ser definitivo en el sentido de evitar un nuevo embarazo, pero que el mismo podrá ser reversible. Sobre este último punto, es importante que el personal sanitario sea enfático en explicar al paciente, que éstos métodos anticonceptivos cuentan con un porcentaje de eficacia relativamente inferior al 100%, por lo que existe una mínima posibilidad de que la mujer pueda quedar embarazada como

consecuencia de una recuperación de la fertilidad por recanalización espontánea de las trompas de Falopio o de los deferentes⁹.

Una vez se haya informado, discutido y resuelto las dudas que puedan surgir con respecto a los puntos anteriores, el paciente procederá a rechazar o autorizar la intervención quirúrgica de esterilización. En este punto, se vuelve de vital importancia que el personal de la salud se asegure que el consentimiento se dé de manera voluntaria, y que el procedimiento de esterilización no se realice de manera forzada.

Consentimiento informado de personas en situación de discapacidad y menores de edad

Ahora bien, cabe advertir que la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas ha establecido las pautas necesarias para poder garantizar de manera adecuada y conforme a la legislación constitucional y legal, los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. En lo que respecta al consentimiento informado de estas personas, la Corte Constitucional recuerda que:

(...) son sujetos plenos de derechos que gozan de una especial protección constitucional.

Así, ostentan la titularidad de los derechos reproductivos y del derecho a fundar una familia de forma responsable, siempre que así lo quieran de forma libre e informada. En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de disponer de todos los medios para que estas personas puedan gozar de estos derechos y eliminar todas las barreras para garantizarlos. En este sentido, tiene un deber específico de establecer todos los apoyos necesarios para que puedan recibir la información necesaria y ajustada a sus necesidades para comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la reproducción.

(Sentencia C-182 de 2016)

⁹ Según el Stanford Children's Health, el conducto deferente "es un tubo en el que los espermatozoides se almacenan y que transporta el esperma fuera de la bolsa escrotal. El conducto deferente se encuentra entre el epidídimo y la uretra, y los conecta" (s.f.).

Por consiguiente, cuando se trate de una persona con discapacidad que desee someterse a un procedimiento de esterilización, se deberán garantizar los apoyos¹⁰, ajustes y salvaguardias¹¹ que se consideren necesarios y que garanticen el consentimiento libre y voluntario de ésta. Al respecto, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 1904 de 2017 indicó que se deberán hacer una serie de ajustes razonables al consentimiento informado, entendido este último como:

las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas encaminadas a eliminar las barreras comunicacionales, actitudinales o físicas, para garantizar que en la prestación del servicio de salud, se facilite la accesibilidad y la participación en los procesos de toma de decisiones informadas y atención en salud de las personas con discapacidad; sin que se impongan cargas desproporcionadas o indebidas sobre los servicios de salud. (art. 5.1)

Igualmente, cabe advertir que tanto la legislación como la jurisprudencia colombiana han puesto de presente la necesidad de regular el consentimiento informado en cuanto a las menores de edad que necesiten someterse a un procedimiento de esterilización quirúrgica, hecho que se extiende incluso a aquellos casos en que la menor se encuentre en situación de discapacidad. La Corte Constitucional explicó el alcance de la prohibición del artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 con respecto a la esterilización de menores de edad, e indicó los

¹⁰ Son las estrategias, medios, métodos y recursos a nivel de información, comunicación, tecnológicos, de accesibilidad, redes de apoyo, entre otros, de los que disponga la persona con discapacidad o que deban ser provistos por los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, para que dichas personas puedan tomar decisiones de manera libre, autónoma e informada en ejercicio de su capacidad jurídica en el proceso de atención en salud y especialmente en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos.

¹¹ Son aquellas medidas que debe adoptar el prestador de salud, tendientes a proteger la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, libre de conflicto de intereses o influencia indebida. Las salvaguardias deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten derechos e intereses de la persona con discapacidad en la toma de decisiones en salud.

requisitos que deben cumplirse para que excepcionalmente se pueda llevar a cabo dicha intervención médica:

La Corte considera que la prohibición de someter a los menores con discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, es acorde con la Constitución porque (i) el Legislador está habilitado para regular todo lo concerniente a la progenitura responsable, (ii) existe un deber constitucional de protección del menor de edad en condición de discapacidad y (iii) la edad no se constituye en criterio semi-sospechoso de discriminación. No se desconoce el derecho a la autodeterminación de los menores en condición de discapacidad porque estos pueden acceder a otros mecanismos no irreversibles ni definitivos para controlar la reproducción hasta tanto cumplan la mayoría de edad. Se excepciona a la prohibición de someter a estos menores en condición de discapacidad en dos casos: (i) cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz del embarazo certificada por los médicos y autorizada por el menor, previa autorización judicial; (ii) cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial. (Sentencia C-131 de 2014)

Lo anterior significa que el consentimiento sustituto que brinda una tercera persona para autorizar o no el procedimiento de esterilización quirúrgica de una persona con discapacidad mental, sólo procederá después de haberse obtenido la debida una autorización judicial previa en la que se haya verificado la necesidad médica que tenga el paciente (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017).

Fallas que se presentan en el consentimiento informado

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se podría decir que, para que el consentimiento informado se estructure como un evento que permita adelantar la acción de anticoncepción fallida en contra del Estado, deberá haber una carencia de este elemento dentro del acto médico complejo, o que el mismo adolezca de los requisitos básicos que lo conforman (competencia, suficiencia y libertad de decisión). En la Guía Técnica para “las buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención de salud” presentada en el 2009 por el Ministerio de la Protección Social –hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social–, se dijo que, en relación con el consentimiento informado, se constituyen en posibles fallas de las Instituciones Prestadoras de Salud las siguientes:

1. Profesional asistencial que usa un lenguaje inapropiado para dar la información al paciente.
2. Profesionales poco comprometidos con la cultura del consentimiento informado.
3. Ausencia de registro en la historia clínica.
4. Paciente mal informado por parte del profesional quien da información incompleta o imprecisa.
5. Diligenciamiento incorrecto del consentimiento informado.
6. Paciente informado inadecuadamente por otro profesional diferente a quien va a realizar el procedimiento asistencial, por ejemplo, enfermera de turno dando información acerca de un procedimiento quirúrgico.
7. Ausencia de firma del profesional en los formatos de consentimiento informado.
8. No verificación de los procedimientos de consentimiento informado.

Por consiguiente, cuando suceda alguno de los eventos previamente enumerados, los pacientes que se hayan sometido a una intervención quirúrgica de esterilización como método de contracepción y de planeación familiar, podrán reclamar por la vía administrativa una indemnización de perjuicios en caso de alumbramiento, siempre que se demuestre la causación de un daño como consecuencia directa de la omisión o insuficiencia del consentimiento informado.

Ahora bien, con respecto al tema en cuestión, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de estudiar las acciones iniciadas por anticoncepción fallida, y ha recalcado la importancia de que obre el consentimiento informado en las intervenciones quirúrgicas de esterilización, so pena de que se le pueda imputar o atribuir responsabilidad al Estado por una falla probada en el servicio médico de las Empresas Sociales del Estado (ESE). En sentencia del 02 de noviembre de 2011 (Radicación número: 25000-23-26000-1997-15222-01(21157)), en donde los señores Jorge Zamudio y Cecilia Cortés presentaron una acción de reparación directa en contra del Hospital Regional 'El Salvador' de Ubaté al quedar la accionante embarazada después de que se le practicará una cirugía de ligadura de trompas de Falopio, la Alta Corte indicó que:

La información que suministra el médico es un presupuesto para que el paciente ejerza de manera autónoma el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, de allí su carácter trascendental en materia de procedimientos médicos, más aún cuando se parte del supuesto de la ignorancia de éste en estos asuntos (...) la administración resulta responsable cuando incumple el mencionado deber ya sea porque el paciente emite un consentimiento precedido de la ausencia total o parcial de información, o suministrada la información no se toma el consentimiento de manera previa a la intervención (...). El

consentimiento que exonera es el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento, que contiene una aceptación por parte del paciente o sus representantes y en el que se indica el procedimiento terapéutico específico y se señalan las consecuencias, secuelas y riesgos del mismo. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21157)

Por otro lado, en Sentencia del 05 de diciembre de 2016 en donde se estudió la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado prestador del servicio de salud en casos de anticoncepción fallida, esta Corporación realizó un análisis del consentimiento informado, y explicó que:

El ejercicio pleno del derecho a la libertad reproductiva trae aparejada la garantía a ser informado de las particularidades de la planificación familiar, sus beneficios, riesgos, margen de error y efectos adversos, lo que conlleva un estándar de respeto a la dignidad del paciente y a su derecho a conocer y autorizar el tratamiento que habrá de suministrársele, lo que la doctrina explica como un tema de horizontalidad en la relación médico paciente. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21157)

Teniendo en cuenta los aspectos analizados por el Consejo de Estado en relación con el consentimiento informado, es posible concluir que la presencia de este elemento es vital cuando se vaya a realizar una intervención quirúrgica de esterilización. Esto se debe primordialmente a la falta de conocimiento específico que tiene la población sobre los diversos métodos de planificación familiar, y la efectividad o eficacia que tienen los mismos para evitar futuros embarazos. Por consiguiente, compete al personal sanitario brindar la

información relevante y pertinente que le permita a los ciudadanos ejercer adecuadamente el derecho a la información, como componente de la libertad sexual y reproductiva que les compete a cada uno (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262).

Por último, es importante recalcar que, en concordancia con lo expuesto por el Consejo de Estado, no prosperarán las pretensiones de los accionantes que adelanten un proceso de responsabilidad estatal por falla probada en el servicio médico como consecuencia del nacimiento de un niño no deseado, cuando los mismos hayan autorizado la realización del procedimiento de esterilización después de que se les brindara, por parte del personal sanitario, la información necesaria y oportuna sobre el método de contracepción elegido, y estos decidieran asumir los riesgos o complicaciones previsibles que pudieran surgir de la intervención quirúrgica, teniendo en cuenta que su carácter definitivo se circunscribe al éxito de la cirugía, la no recanalización espontánea y los cuidados postoperatorios.

Mala praxis médica (medical malpractice)

El segundo presupuesto fáctico que da origen a la estructuración de la responsabilidad del Estado por wrongful conception, como consecuencia directa de una falla probada en el servicio de salud, es lo que la doctrina norteamericana ha denominado *medical malpractice* o mala praxis médica.

Para poder entender a cabalidad este segundo escenario, es importante definir o concretar específicamente qué se entiende por mala praxis médica:

Existirá mala praxis en el área de la salud cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o

negligencia, impericia en su profesión o arte de curar, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo (Iraola y Gutiérrez, s.f.).

Normativa en materia médica: normas técnicas, las guías de práctica clínica y los protocolos de atención

Es entonces la falta de pericia, de diligencia o el actuar alejado de los estándares de la profesión lo que ocasiona que el personal médico general y los especialistas en obstetricia y ginecología, adopten una serie de decisiones o lleven a cabo prácticas que no son acordes a los principios de la ciencia y la medicina –y que constituyen lo que se ha denominado como *lex artis* codificada– como son, en primer lugar, las normas técnicas. Estas son las normas aprobadas por un organismo específico llamado ente certificador; estas normas establecen especificaciones técnicas basadas en la experiencia, y deben ser cumplidas para la producción de determinados productos, en el desarrollo de procesos o en la prestación de determinados servicios.

Además de las normas técnicas que son establecidas para cada profesión en concreto, cabe resaltar que los médicos cuentan con una normativa específica que sirve para optimizar el cuidado de los pacientes, como son las guías de práctica clínica (en adelante GPC). A través de las mismas, el Ministerio de Salud pretende brindar al personal médico-sanitario, documentos informativos que incluyen recomendaciones para mejorar la efectividad del cuidado clínico y la calidad de la atención en salud, actualizando de esta forma el conocimiento de los profesionales con una base sólida.

Las GPC buscan “Recomendar lo que se debe (y lo que no se debe) hacer desde el punto de vista preventivo, diagnóstico o terapéutico para una determinada condición clínica” (Ministerio de Salud, s.f.). Sin embargo, es preciso indicar que las GPC no son de carácter

obligatorio, por lo que los médicos se podrán apartar de dichas recomendaciones –siempre con el sustento debido, que será evaluado por un experto clínico en el área de la cual trata la guía– (Ídem). Por consiguiente, el hecho de que un médico –o general cualquier profesional de la salud– no haya seguido una guía, no constituye per se fundamento suficiente para establecer responsabilidad médica, ni para atribuir responsabilidad al Estado por falla en el servicio médico.

Igualmente, hacen parte de la *lex artis* codificada para los profesionales de la salud, los protocolos de atención médica que, a diferencia de lo que sucede con las GPC, son documentos de carácter imperativo, por lo que se exige el estricto cumplimiento de todos ellos para asegurar una prestación de calidad, eficaz y eficiente por parte de todo el personal médico-sanitario:

Permiten a las instituciones de salud prestar un servicio estandarizado a cada paciente, de acuerdo con la mejor evidencia científica disponible, contribuyendo así a alcanzar altos estándares de calidad, y apoyando una experiencia institucional que pueda generar conocimiento a través de investigación clínica, además de un aprovechamiento óptimo del recurso económico disponible. (Instituto Nacional de Cancerología-ESE, s.f.)

Estos protocolos se convierten en un instrumento que permite garantizar las buenas prácticas en la prestación del servicio de salud, pues definen los estándares y las normas de actuación mínimas que deben ser atendidas por quienes presten dichos servicios.

La lex artis ad hoc como elemento de la responsabilidad médica

Ahora bien, hay que recordar que la regla general en materia de responsabilidad médica es que esta sea de carácter contractual por razón del vínculo jurídico que surge entre el paciente y el médico con ocasión de la prestación de los servicios de salud. De esta relación

médico-paciente, surgen una serie de obligaciones para el galeno, como son: a) brindar la información necesaria, oportuna y suficiente para que pueda existir un consentimiento informado por parte de este y, b) el deber asistencial, que puede comprender todas las etapas de la prestación del servicio de salud como son la prevención, el diagnóstico, el tratamiento, la rehabilitación y el seguimiento de la enfermedad, por lo que, si la atención médica requiere de un servicio posterior al acto médico propiamente dicho, el médico estará en la obligación de prestarlo, ya que en ese caso no se exonera de responsabilidad sólo desarrollando de manera adecuada el acto médico.

En cuanto al deber asistencial como obligación que le es exigible a todo el personal de la salud, este se encuentra estrechamente relacionado con el concepto de “lex artis ad hoc” entendida como la ley del arte que cada oficio exige para el desarrollo de una determinada actividad. Esta surge de la permanencia en el tiempo y la evolución en el desarrollo de una determinada actividad, en la que se acumula una experiencia, y que a su vez se concreta en la aceptación de unas normas que se convierten en la guía acerca del cómo debe desarrollarse una determinada actividad técnica de la manera más eficiente y segura.

Es así como el criterio de la lex artis ad hoc se convierte en un elemento clave o fundamental para establecer la responsabilidad por falla probada en el servicio, ya que sirve como parámetro de comparación de la conducta del galeno –y en general de todo el personal sanitario–, para evaluar si traspasó o no la frontera del riesgo permitido, pero siempre teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejerció el acto médico:

(...) [es] el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor,

de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación a actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado (...).(Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 1400/1991)

La culpa médica en materia de responsabilidad estatal por wrongful conception

Al estudiar la responsabilidad médica como un régimen especial de responsabilidad que permite dar origen a la acción de wrongful conception, es importante hablar de la culpa médica como criterio de imputación específico, que permite atribuir la asunción de un daño a una persona determinada. La culpa médica se encuentra determinada por la *lex artis ad hoc*, es decir, depende de conocimientos técnicos y científicos especializados que son propios de la ciencia y la medicina y que les compete específicamente a los profesionales de la salud.

La prueba de este elemento estructurador de la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida ha tenido una evolución jurisprudencial en sede administrativa, pues el Consejo de Estado ha tenido diversas posiciones a lo largo de los siglos XX y XXI, con respecto al sujeto sobre quien recae la carga de la prueba. En un primer momento, se consideró el sistema de falla probada del servicio como el preponderante –en donde al accionante le corresponde demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue–, para así poder establecer la responsabilidad médica y de los centros hospitalarios. No obstante, para el año de 1992 el máximo Tribunal Contencioso Administrativo consideró que, con el régimen de falla probada del servicio se había dado una

desigualdad entre el paciente y el médico, ya que la prueba de la diligencia resultaba mucho más fácil demostrarla al profesional. Para soportar la introducción del sistema de falla presunta, dicha Corporación utilizó el artículo 1604 del Código Civil colombiano, e indicó que, por tratarse de una responsabilidad contractual, la diligencia tenía que ser probada por el médico, por lo que al paciente le correspondía demostrar únicamente el daño y el nexo de causalidad:

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P.20087)

Sin embargo, el régimen de la culpa presunta era muy estricto y muchas veces la defensa de las entidades estatales resultaba deficiente, por lo que la condena en perjuicios en ocasiones no resultaba acorde al caso concreto. Es por ello por lo que el Consejo de Estado cambió de posición, y adoptó el régimen de la carga dinámica de la prueba, en donde se tomarán en cuenta las circunstancias particulares de cada litigio para así determinar cuál de las partes está en mejores condiciones o posibilidades de demostrar la falla en el servicio médico como consecuencia de un medical malpractice por parte del galeno.

No obstante, hoy en día el sistema preponderante –concretamente en lo que respecta con la responsabilidad en materia obstétrica– se enmarca en un régimen subjetivo en donde la culpa se torna en un elemento preponderante. Lo anterior, soportado en que el ejercicio

profesional de la medicina implica probidad, pericia, cuidado, responsabilidad y un esfuerzo profesional limitado por la *lex artis*, es decir, que haciendo uso de todos los elementos cognitivos, éticos, científicos para procurar el mejor resultado así el galeno no pueda garantizarlo, porque como bien se manifestó en apartados anteriores dicha profesión es de medios y no de resultados, de ahí que la sola existencia del daño no puede hacer presumir la falla del servicio.

Por consiguiente, la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida, por regla general, parte de una culpa probada por considerarse que el sistema de responsabilidad tiene su origen en una obligación de medio y no de resultado, por lo que la no obtención de un resultado en concreto –que en este caso sería la no concepción de un menor que no es buscado por sus progenitores, quienes previamente a la concepción se sometieron a un procedimiento de esterilización quirúrgica– no denota necesariamente el incumplimiento de una obligación de medio, por lo que sería el paciente quien debería demostrar que no se obtuvo el resultado por un actuar negligente o imprudente por parte del profesional.

Ahora bien, con respecto a los métodos contraceptivos quirúrgicos, cabe hacer la siguiente acotación:

(...) si bien uno de los objetivos principales del contrato será que el procedimiento médico se realice de forma adecuada garantizando así que el mecanismo de anticoncepción actúe eficazmente evitando con este la concepción de una vida humana no deseada, el cumplimiento de éste objetivo no será su principal finalidad ya que –en tratándose éste tipo de contratos por regla general de obligaciones de medio y no resultado– antes de asegurar el médico la no concepción del menor lo que debe

garantizar éste en últimas será la propia vida e integridad del paciente. (Lamo y Lamo, 2017)

Lo anterior significa que, dentro de las obligaciones que nacen para el galeno provenientes del contrato de prestación de servicios médicos, se encuentra la obligación de seguridad. Por lo tanto, el médico deberá velar por la vida, salud e integridad corporal de aquella persona que se someta a un procedimiento de esterilización quirúrgica –bien se trate de una mujer o de un hombre– antes que asegurar definitivamente la obtención de un resultado deseado por el paciente; ello reitera lo dicho sobre el régimen de falla probada del servicio en donde, dado el carácter aleatorio que caracteriza las actuaciones por parte del personal de salud, surgen para los médicos, por regla general, obligaciones de medio y no de resultado.

En consecuencia, para incurrir en culpa médica por una mala praxis médica, se entiende que debe haber una violación de la *lex artis ad hoc*. Para precisar los eventos o escenarios que dan origen a una responsabilidad estatal por falla probada en el servicio médico como consecuencia de ello, la doctrina y la jurisprudencia han establecido modalidades de culpa médica en la prestación del deber asistencial, que se podrían enmarcar en la impericia, imprudencia, negligencia o la violación de los reglamentos:

El médico genéricamente hablando, cuando causa un daño antijurídico a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Carta Política. Así mismo, el art. 95 del Estatuto Superior nos consagra tal responsabilidad al establecer que el ejercicio de las libertades y derechos implican

responsabilidades que deben ser cumplidas por toda persona, conforme a la Constitución y las leyes, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios. (Ruíz, 2004)

Modalidades de mala práctica médica

Ahora bien, resulta de vital importancia definir el alcance de los conceptos mencionados anteriormente, con el fin de entender las situaciones de hecho que ocasionan que el galeno incurra en una mala práctica médica, la cual podría conllevar a una reparación de perjuicios por parte del Estado como consecuencia de la falla probada en la prestación del servicio médico:

1. Impericia: se presenta cuando el médico no cuenta con los conocimientos suficientes que exige su arte para poder llevar a cabo el tratamiento, diagnóstico o intervención requerido por el paciente, o cuando estos son erróneos; en otras palabras, cuando se habla de impericia, se alude a la falta de habilidad o preparación suficiente para poder ejecutar de manera adecuada la prestación del servicio médico.
2. Imprudencia: se presenta cuando el médico actúa de manera anticipada o con ligereza, por exceso de confianza, es decir, hay un obrar irreflexivo. Cuando el médico actúa imprudentemente se entiende que éste no toma las precauciones adecuadas y necesarias que se requieren para el caso concreto.
3. Negligencia: consiste en cualquier tipo de descuido, omisión o falta de diligencia en la ejecución del acto médico, por parte de un proveedor de asistencia sanitaria. En este punto, es importante explicar que existen dos clases de negligencia: la consciente y la inconsciente: “La negligencia es consciente cuando conociendo la posibilidad de un resultado dañoso, es decir, previendo que este resultado pueda darse, no se previene, no se toman las precauciones necesarias para que no se produzca” (Guzmán, Franco y

Morales, 1996). Por su parte, se entiende que “la negligencia es inconsciente cuando no se previó el resultado dañoso que a la luz del conocimiento debió haberse previsto y, en consecuencia, no se tomaron las medidas de precaución para que no tuviera efecto” (Ídem).

4. Violación de reglamentos: tal y como se expuso en el presente acápite, la ciencia y la actividad médica se encuentran ampliamente reguladas; por consiguiente, cuando el galeno no acate los reglamentos médicos que son propios de su profesión o actúe en contra de los protocolos de atención, las normas técnicas propias de la medicina o las GPC, incurrirá en responsabilidad:

Este tipo de culpa está constituida por la infracción de los principios científicos y las normas legales. Además de esto, en el campo médico, se daría cuando el profesional se aparta de la *lex artis*, en la realización de una técnica o un procedimiento. Abarcaría, también, la violación de normas legales que consagran reglas precisas y de obligatorio cumplimiento, así como normas de ética médica, estudios profesionales y escuelas científicas (Ramírez, Rico y Realpe, 2018).

Partiendo del análisis previamente realizado, y aterrizando la discusión de la mala praxis médica al escenario de la prestación de servicios médicos para la práctica de un tratamiento contraceptivo, se puede decir que ha habido un consenso por parte de las Altas Cortes en reconocer que la anticoncepción fallida puede tener origen en aquellos eventos en que los galenos ejecuten su tarea de manera negligente, al desconocer las reglas especiales que exige su profesión. Al respecto, la doctrina ha puesto de presente una multiplicidad de situaciones que desencadenan en una mala práctica médica, y que sobrevienen en el acto médico propiamente dicho:

(...) tal y como un defectuoso examen médico, diagnóstico o tratamiento, el uso de instrumentos quirúrgicos o aparatos médicos en mal estado, sendos errores en el control médico o medicación, falta de planificación de las indicaciones y acciones en preoperatorios o posoperatorios, procedimientos médicos de cirugía innecesarios que ocasionan daño en el paciente, entre otros. (Cristancho, 2018)

Todas estas situaciones de hecho en que se puede presentar una actuación que no se encuentre regida por la *lex artis ad hoc* propia de la medicina, pueden conllevar a que se estructure una responsabilidad por anticoncepción fallida, cuando no se lleve a cabo la intervención quirúrgica utilizando los instrumentos necesarios, cuando no se tenga la experticia o los conocimientos suficientes y adecuados para llevar a cabo una ligadura de trompas mediante cualquiera de las técnicas avaladas por la medicina, o una vasectomía, o incluso ante casos en que no se realice de forma adecuada el debido seguimiento al paciente, en donde se verifica si la intervención quirúrgica fue exitosa o no y si la misma efectivamente impide la capacidad de concebir o engendrar un hijo. Con respecto a la anticoncepción fallida, el Consejo de Estado puso de presente que:

(...) la falla en la prestación del servicio médico se configura cuando se demuestra que la atención médica no cumplió con los estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso y una vez se pruebe que el servicio médico no fue cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21157)

Es por ello que en el marco de este segundo escenario en que se puede intentar la acción de wrongful conception, y con el fin de que sean resarcidos los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales ocasionados por la causación de un daño antijurídico, se requiere que sea el accionante quien demuestre que el galeno no actuó acorde a la lex artis ad hoc vigente al momento en que se llevó a cabo el procedimiento de esterilización quirúrgica, y que el nacimiento del menor no deseado fue una consecuencia directa de una falla en el procedimiento quirúrgico, es decir, que la concepción se debe a un defectuoso servicio médico. Adicionalmente, deberá demostrarse que el hecho se deriva de la contravención de los deberes exigibles al personal médico general y, en el caso en concreto, a los especialistas en ginecología y obstetricia, quienes siempre deberán ejecutar el acto médico complejo de manera prudente y diligente.

No obstante lo anterior, cabe advertir que no se podrá imputar responsabilidad al Estado por anticoncepción fallida en aquellos eventos en que se demuestre que la falla en el procedimiento quirúrgico se debe a un riesgo propio de la operación, como puede ser la recanalización espontánea de las trompas de Falopio o del conducto deferente testicular pues, tal y como se indicó en acápite anteriores, los procedimientos de esterilización quirúrgica femeninos o masculinos no cuentan con una eficacia del 100%, hecho que debe ser conocido de antemano por el paciente cuando se le brinde la información necesaria para llevar a cabo la intervención quirúrgica.

El daño que se genera en la anticoncepción fallida y sus diferentes teorías dentro del derecho comparado

Es bien sabido dentro de la comunidad académica que el problema que acarrea las acciones de wrongful conception tiene grandes repercusiones morales y éticas para el ser

humano, llegando a tocar temas sensibles que afectan la percepción que se tiene de derechos tales como la dignidad humana, el derecho a la libertad reproductiva, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida, entre otros.

Es en este sentido que vale la pena indagar cuáles han sido las diferentes tesis y posturas que han adoptado diversos ordenamientos jurídicos respecto al hecho de considerar la concepción o la vida como un daño, y si la misma podría comprometer la responsabilidad del Estado como prestador del servicio de salud en los eventos de anticoncepción fallida.

Así las cosas, el planteamiento de la tesis restrictiva ha sido extremadamente rígido al establecer que el nacimiento de un hijo sano no puede considerarse perjudicial, sin importar que exista negligencia del profesional a cuyo cargo estuvo la anticoncepción.

La anterior posición ha sido defendida por el estado de Nevada en el caso de *Szekeres v. Robinson*, donde producto del fracaso de un procedimiento de esterilización quirúrgica practicado a la señora Phyllis, nace un bebe sano (Érica). La señora Phyllis demandó a los médicos tratantes y al hospital en su propio nombre, así como en nombre de sus otros hijos, alegando haber sufrido un daño por el nacimiento de Érica, al igual que su esposo Peter, por la constante indisponibilidad que presentó su esposa durante el embarazo (Garfinkle, 1991).

En este caso, la Corte indicó que no existió ningún mal que debiera repararse, puesto que el nacimiento de un hijo sano y normal no se considera un daño dentro del mundo del derecho, en palabras más exactas:

Many courts have taken for granted that normal birth is an injurious and damaging consequence and have disagreed only on the "how-much" part of such claims. We do not take the wrongness nor the injuriousness of the birth event for granted and say, to the contrary, that normal birth is not a wrong, it is a "right." It is an event which, of itself, is

not a legally compensable injurious consequence even if the birth is partially attributable to the negligent conduct of someone purporting to be able to prevent the eventuality of childbirth. (Garfinkle, 1991, citando a Szekeres, pp. 96-97, 715 P.2d p. 1078(1986))

Por otro lado, la teoría de la separación (de origen alemán) distingue desde un punto de vista teórico, entre el niño que ha nacido y los gastos que el mismo genera a través del deber de mantenimiento del niño que pesa sobre los padres desde el momento en que se produce tal nacimiento. El daño en esta teoría no es el alumbramiento del menor, sino los gastos que genera su manutención, posición que evita analizar este asunto desde un contexto moral, al incluirlo en uno eminentemente patrimonial (Macía, 2003).

En defensa de la anterior teoría, podemos encontrar algunos pronunciamientos del Reichsgericht relevantes frente al tema, en donde se ha indicado que el alcance de las obligaciones de los médicos para con los padres es prevenir la carga económica de criar a un niño, ya que el propósito de la esterilización es reducir los costos de la vida en familia, situación que permite afirmar que los costos del mantenimiento de un hijo no deseado son recuperables; estas observaciones se volvieron obiter dictum con el pronunciamiento de la Corte Federal al permitir expresamente reclamar dichos daños. (BGH¹² Junio 27 de 1995, NJW 1995, 2407) (BGH, NJW 198, 630; NJW198, 2002; NJW1984, 2625; NJW 1992, 2961).

Por último, se debe hacer mención a la teoría de la autodeterminación, la cual considera que el daño que se debe indemnizar en los eventos de wrongful conception es la lesión a la libertad de procrear como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Esta es la tesis que ha adoptado el Consejo de Estado al analizar los eventos de responsabilidad extracontractual por anticoncepción fallida.

¹² Bundesgerichtshof – Corte Suprema Federal de Alemania.

Ahondando en los pronunciamientos que ha realizado el Consejo de Estado en esta materia, podemos encontrar que la sentencia del 02 de noviembre de 2011 (Radicación número: 25000-23-26000-1997-15222-01(21157)), fue la primera en referirse a la responsabilidad extracontractual del Estado por los eventos de anticoncepción fallida, donde si bien no le asistió responsabilidad alguna a la parte demanda (Hospital Regional ‘El Salvador’ de Ubaté) al demostrarse que no se presentó una falla en la prestación del servicio médico, por cuanto el embarazo se produjo en razón a una recanalización espontánea de las trompas de Falopio que permitió el paso del óvulo que posteriormente fue fecundado, consumándose de esta forma el riesgo que fue explicado a la paciente antes de someterse a la intervención médica, en donde se hizo hincapié que la ligadura de trompas no es cien por ciento efectiva para evitar el estado de embarazo.

De la anterior sentencia vale la pena rescatar que con ella se empezaron a dar algunas luces de cuál sería la tesis que el Consejo de Estado adoptaría, puesto que la Corte concluye que el daño que alegaron los demandantes es la vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto resultaron en estado de embarazo luego de que la paciente se sometiera a la operación de ligadura de trompas, a la que habían optado luego de decidir de manera libre no tener más hijos, derecho que en su parecer fue vulnerado por no ser debidamente informados sobre la naturaleza y propósitos del procedimiento de esterilización, de los métodos alternativos en anticoncepción y de los posibles riesgos y complicaciones de este procedimiento (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 21157).

En una etapa posterior, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de sentar su posición de manera más clara con la sentencia del 05 de diciembre de 2016 (Radicación:

81001233100020090005101 (41262)), toda vez que se demandó a la empresa social del Estado (E.S.E. Departamental Moreno Clavijo) por haber presentado una falla en el servicio médico asistencial que conllevó a un embarazo no deseado por la paciente, a pesar que a la misma se le administraba mensualmente por vía intramuscular el anticonceptivo Nofertyl.

El Consejo de Estado analizó si el nacimiento de un hijo no deseado podría ser considerado como un evento lesivo para los padres y si la anticoncepción no querida corresponde a la transgresión de una garantía jurídicamente protegida, para concluir que el nacimiento de un hijo no puede considerarse como un daño; sin embargo, en los eventos de anticoncepción fallida se compromete la decisión libre sobre la procreación, la cual está consolidada en el ordenamiento jurídico como un bien jurídicamente protegido, por lo que la vulneración a dicha prerrogativa tiene la potencialidad de generar un daño antijurídico que atenta contra un derecho que la Constitución protege.

En este sentido, el daño se concreta en la afectación de la decisión legítima e individual de toda persona de determinar su proyecto de vida y su libertad de decisión en la conformación de la familia, en donde debe quedar demostrado que la concepción vulneró la libertad reproductiva de la persona y, por ende, el libre desarrollo de su personalidad, sin que de ninguna forma se pueda afectar la dignidad del hijo nacido o del próximo a nacer con dichas repercusiones en el plano personal de los progenitores (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262).

Por último, el Consejo de Estado en la sentencia del 06 de julio de 2017 (Radicación 76001-23-31-000-2005-04752-01(40051)) trajo a colación lo dicho previamente en la sentencia anterior, en donde concluye de igual forma que el hecho de engendrar una nueva vida no corresponde a una situación dañina y resarcible. En este caso concreto, la Corte no

condenó a la entidad demanda a pesar de que se hubiese anotado en la historia clínica de la paciente, de forma errónea, la práctica de un procedimiento quirúrgico diferente al realmente practicado, el cual provocó en ella el convencimiento de no poder concebir más hijos, toda vez que no quedó demostrado por parte de los demandantes la voluntad de los mismos de limitar su reproducción de alguna forma, por lo cual la concepción en este evento no vulneró la libertad reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad ni el proyecto de vida de los involucrados (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, P. 40051).

Reconocimiento exclusivo de perjuicios morales por parte del Consejo de Estado en los eventos *wrongful conception* (anticoncepción fallida)

Como se expuso en el acápite anterior, el daño que reconoció el Consejo de Estado en los eventos de anticoncepción fallida es la vulneración a la decisión libre de procreación que tienen todos los individuos, la cual tiene implicaciones en su proyecto de vida y en su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Dicho daño puede ser imputable a las entidades públicas prestadoras del servicio de salud. Ello, no por ser la prestación del servicio de la salud en gineco-obstetricia una obligación de resultado –atención que incluye la prescripción de métodos anticonceptivos o la realización de esterilizaciones de carácter definitivo–, puesto que las mismas conllevan un margen de error inherentes en ellas que es ajeno al control del médico¹³, sino que su responsabilidad deviene de los eventos donde el prestador del servicio de salud interfiere en

¹³ El Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2008) se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la naturaleza de las obligaciones en la prestación del servicio médico, y ha dicho respecto al control del resultado, que el mismo escapa del poder del profesional de la salud en los siguientes términos: “*el factor aleatorio siempre va a estar presente en la prestación médica, lo que impide que el médico tenga el deber de asegurar un resultado al paciente, y pretender tozudamente lo contrario, así sea plausible, ciertamente, es tanto como desafiar la naturaleza*” (pp. 297-358).

la posibilidad que tiene cada individuo de ejercer plenamente su derecho de libertad reproductiva de alguna manera, situación que se concreta en la falla del servicio de salud sexual y reproductiva de los pacientes que puede generarse por errores en el método utilizado, su administración, praxis quirúrgica y falta de información suficiente que priva al paciente de tomar una decisión informada sobre el método escogido y sus posibles riesgos (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262).

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado determinó que las consecuencias dañinas inmateriales que se generan con la violación de la libertad reproductiva tienen repercusiones en el ámbito personal del ser humano, en especial de la mujer, puesto que esta debe asumir los cambios físicos y anatómicos, entre otros, que conlleva la gestación y el parto. En este sentido, para la Corte resulta evidente que dichas alteraciones le generan a la mujer una situación de congoja y aflicción personalísima, por lo que en los eventos donde se afecte la libertad reproductiva de la paciente se debe presumir el daño moral, ya que su no demostración no es óbice para que deba reconocerse (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262).

Ahora bien, respecto a los demás perjuicios inmateriales como lo es el daño a la salud, no hizo énfasis en las razones por las cuales no se podía reconocer en los eventos de anticoncepción fallida este daño, el cual está encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal, y comprende toda la órbita psicofísica del sujeto (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. P 38.738).

No obstante, el Consejo de Estado sí hizo énfasis en el daño a bienes o derechos convencionales y constitucionalmente amparados, como tercera categoría dentro de los

perjuicios inmateriales, puesto que indicó que en los eventos de wrongful conception estaba comprometida una garantía constitucional y convencionalmente protegida, que es la libertad reproductiva, pero esta sería compensada por medio de la indemnización bajo la categoría de daño moral, la cual excluye otro tipo de reconocimiento pecuniario del daño inmaterial, al ser este suficiente (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262).

Ahora bien, respecto a los perjuicios materiales el Consejo de Estado fue claro al indicar que la concepción y el consecuente nacimiento de un hijo, son una carga que debía ser asumida por los progenitores, al ser esta una consecuencia natural del ejercicio de la sexualidad, por lo que no es posible imponer a los prestadores del servicio médico la carga de reparar las consecuencias materiales de la fecundación, el parto y la crianza del hijo, puesto que esto implicaría asignarle una obligación de resultado a la práctica de la medicina Gineco-Obstetra (Ídem).

A pesar de que por el momento el Consejo de Estado solo ha reconocido en los eventos de wrongful conception la indemnización de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño moral, la Corte en la sentencia previamente referida, no negó la oportunidad de reconocer perjuicios materiales en los siguientes términos:

Se concluye, bajo la anterior perspectiva, que en casos de anticoncepción fallida el responsable no puede ser cargado con los gastos materiales inherentes al nuevo ser, (i) salvo que se haya garantizado al paciente la total eficacia del método ofrecido o (ii) se demuestre que los gastos a asumir son superiores a los que por naturaleza se imponen este tipo de evento. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262)

Teniendo en cuenta la puerta que dejó abierta el Consejo de Estado frente a la posibilidad de reclamar perjuicios materiales asociados a la crianza de un hijo fruto de una anticoncepción fallida, vale la pena hacer un pequeño recuento de algunas sentencias extranjeras que comparten esta posición, al establecer que los gastos ordinarios y normales de crianza no son recuperables; pero si se pueden reclamar gastos extraordinarios necesarios para tratar el defecto congénito del menor y cualquier costo médico o educativo adicional atribuible al mismo (Smith, 1996).

Conforme a lo anterior, traemos el caso de *Fassoulas v. Ramey*, que decidió el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Florida, donde producto de la fallida esterilización (vasectomía) realizada al señor John Fassoulas, su esposa quedó embarazada nuevamente en dos oportunidades, teniendo un hijo (Roussi) el cual no tuvo ninguna complicación médica y una hija (María), quien nació con deformidades congénitas, que incluyen una forma anormal del cráneo, cuello corto, piel redundante, malformaciones de las manos, retraso mental, hipertensión y problemas cardíacos (“*RAMEY v. FASSOULAS* | 414 So.2d 198 (1982), so2d1981549, Leagle.com”, s.f.).

El Tribunal en este caso determinó que no se reconocerían los gastos de crianza del hijo normal (Roussi), pero a su juicio los padres de María en este caso se habían visto perjudicados por la crianza de una hija nacida con importantes defectos mentales y físicos, ya que implicaban unos gastos médicos y educativos especiales que superarían los costos normales de crianza, por lo que debilitaría la salud financiera y social de la familia, además de generar un desgaste emocional a los padres al tener que criar una hija con tales complicaciones.

Por lo tanto, dadas las circunstancias, se le exigió al médico responsable del agravio que

asumiera los gastos médicos y educativos especiales de criar a María hasta la mayoría de edad; sin embargo, los padres estarían obligados a sufragar los gastos normales de crianza de ropa, alimentación y alojamiento de su hija, imponiéndoles así el deber legal de mantener a María, proporcionándole lo necesario de acuerdo con las disposiciones establecidas en la ley.

Trayendo ahora a colación las sentencias y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, a la que hace referencia la sentencia del 05 de diciembre de 2016 del Consejo de Estado, encontramos que estas se refieren a los costos de crianza del nacimiento de niños con patologías irreversibles como lo es el Síndrome de Down¹⁴, al señalar que además de indemnizar el daño moral, el cual consiste en transgredir el derecho de los padres de interrumpir el embarazo cuando por la mala praxis médica no se detecta la anomalía en los cromosomas del feto (pérdida de oportunidad), también se debía indemnizar a los padres por el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con esta patología, situación que materializa la exigencia del ordenamiento de reparar íntegramente el daño, requerimiento establecido por la Ley 30/1992¹⁵.

Para mayor claridad, se citará parte de la sentencia del 04 de noviembre (STS 5899/2008), proferida por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo Español:

El presente caso procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down.

Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios,

¹⁴ El Síndrome de Down, también conocido como Trisomía 21, es un trastorno genético crónico que se caracteriza, principalmente, por retraso mental que lleva asociadas ciertas características físicas (ojos achinados, talla baja, debilidad en el tono muscular, susceptibilidad a ciertas enfermedades, etc) (Madrigal, 2004, p 3).

¹⁵ Art. 141.1: Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización.

Frente a esta posibilidad que surge para los progenitores de reclamar los gastos de crianza, consideramos que el Consejo de Estado confunde la acción de *wrongful birth* con la de *wrongful conception*, puesto que la jurisprudencia extranjera recalca que el factor diferenciador entre las mismas es el nacimiento o no de un menor con una patología, por lo que resulta incongruente que el Consejo de Estado sólo permita reclamar los costes de manutención de un hijo cuando éste presente anomalías que se manifiestan en gastos superiores a los que por naturaleza impone a los padres, y no cuando el nacimiento del niño no es deseado, al ser producto de un "*wrongful pregnancy*".

Pasando ahora a la otra alternativa que planteó el Consejo de Estado para reclamar perjuicios materiales, encontramos que esta posibilidad se refiere al hecho de haberle garantizado al paciente la total eficacia del método ofrecido. Respecto a este evento encontramos que en Estados Unidos se han presentado algunos casos donde los demandantes ejercen la acción contra los profesionales de la salud por incumplir el contrato de prestación de servicios médicos, en donde estos les garantizaban a los pacientes expresamente ciertos resultados con la esterilización, concretamente les aseguraban que con el procedimiento

médico no se podría generar un embarazo. (Braverman, 1978)

Al incumplimiento de estas promesas o resultados se les conoce como “*breach of warranty*”. Para ilustrar con mayor claridad cómo se han ventilado estos casos en las Cortes Norteamericanas, consideramos pertinente traer el caso de Hackworth v. Hart, que fue decidido por el Tribunal de Apelaciones de Kentucky, en donde Harvey Hackworth y Carroll Hackworth demandaron al doctor Ernest Hart y al técnico médico Robert Jackson, por el fracaso de la operación de vasectomía practicada al señor Hackworth, la cual ocasionó el nacimiento no deseado de su quinto hijo.

El fundamento de la demanda se basó en la negligencia médico profesional y en el hecho que el doctor Hart les había asegurado que la señora Hackworth no podía quedar embarazada, al manifestar antes del procedimiento quirúrgico que la operación era 100% efectiva para garantizar la infertilidad, tanto es así, que después de la prueba de recuento de espermatozoides realizada por el técnico médico, les indicó que ya no debían utilizar contraceptivos para mantener relaciones sexuales.

No obstante el doctor haber empleado expresiones como “*fool-proof thing, 100%*”¹⁶, y haber asegurado un resultado con la esterilización, el Tribunal se negó a imponer una garantía implícita de éxito al galeno porque todos los procedimientos médicos tienen un nivel de incertidumbre que no es controlable por el especialista. Así mismo, consideró que las manifestaciones realizadas por los médicos durante un tratamiento normalmente no constituyen un warranty, puesto que las garantías de éxito de una operación deben ser expresas y estar respaldadas por una consideración separada para que sean exigibles. (A. N. M, 1982, citando a Coleman v. Garrison, 327 A.2d 757 (Del. Ch 1974))

Para sintetizar, nos permitimos citar una sentencia proferida por la Corte especial de

¹⁶ En español debe entenderse como “cosa infalible”.

apelación de Maryland, en donde se establecen los requisitos que tienen que cumplir un warranty para que sea vinculante: “An alleged express warranty cannot be enforced as a warranty unless, (1) it was made before the operation was performed, and was relied upon by the patient in contracting for the service, or, (2) it was supported by a separate consideration” (Sard v. Hardy, 34 Md. App. 239 (Md. Ct. Spec. App. 1976)).

Igualmente, debemos precisar qué casos parecidos al anterior referido, se han presentado en otras jurisdicciones, como lo son el Reino Unido y España, los cuales han terminado en decisiones favorables para los pacientes, por lo tanto, expondremos algunas de las sentencias que han sido consideradas como hito por las Altas Cortes en estos Estados.

El primero de estos casos resultó en una victoria determinante para los demandantes, toda vez que, el Tribunal Español al proferir su decisión en la sentencia del 25 de abril de 1994 (STS 349/1994), condenó al pago de perjuicios a tres médicos que realizaron negligentemente una vasectomía en un paciente (Agustín) y practicaron una prueba de conteo de esperma, la cual arrojó como resultado la circulación nula de espermatozoides, por lo que le aseguraron al paciente que podría tener relaciones sexuales con su esposa sin inconvenientes. No obstante, la esposa del Sr. Agustín quedó embarazada y dio a luz el 5 de octubre de 1990 a dos niñas sanas (Ángela y Érica).

Así mismo, en el Reino Unido, los tribunales han reconocido que se causan perjuicios por anticoncepción fallida derivados de las garantías que se otorgan a los pacientes tras realizarse un procedimiento de esterilización; situación que se presentó en el caso hito *McFarlane v. Tayside Health Board* (1999), en el que se reconoció el pago de perjuicios en razón de una vasectomía que se llevó a cabo de manera negligente y que, con posterioridad a ello, se practicó en el progenitor un examen de conteo de esperma, que arrojó resultados

negativos respecto al número de espermatozoides, por lo que el médico tratante aseguró a la pareja que podrían tener relaciones sexuales sin inconvenientes. Ello tuvo como resultado el embarazo de la señora McFarlane y el reconocimiento de perjuicios por concepto de anticoncepción fallida (Rondón, 2018).

La decisión del caso McFarlane v. Tayside Health Board fue reiterada en Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust (2003) pero atendiendo a las particularidades del caso. En este evento, la Sra. Rees, una mujer con discapacidad visual se sometió a un procedimiento de esterilización en el Darlington Memorial Hospital, debido a que consideraba que su discapacidad le impedía cumplir con sus obligaciones de madre. El procedimiento fue realizado de manera negligente y la Sra. Rees dio a luz a una niña sana, por lo que la Casa de los Lores reconoció el pago de perjuicios por parte del médico tratante (Andersson, 2011).

En conclusión, podemos evidenciar que para que se reconozcan los gastos de crianza por el Consejo de Estado para este evento, se deberá precisar los requisitos en que debe constar esa garantía “warranty”, puesto que como quedó demostrado, hay jurisdicciones que exigen requisitos especiales en cuanto a la forma en que deben constar las manifestaciones que realicen los médicos respecto de que el método optado va a tener total eficacia para prevenir la concepción de un hijo, obligación de resultado que el médico puede llegar a contraer con el paciente en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada.

¿Qué otros perjuicios pueden ser reconocidos por el Consejo de Estado, sin llegar a considerar a la vida o la concepción de un hijo no deseado como un daño?

Coincidimos con la posición del Consejo de Estado, al afirmar que la concepción no puede ser considerada como el daño en los eventos de wrongful conception, no por

acogernos a la tesis restrictiva antes expuesta, sino por otros argumentos que se han planteado en otras jurisdicciones.

Entre estos, traemos a colación algunas de las opiniones que han sido expuestas por las Cortes Federales en Estados Unidos. La primera de ellas es el hecho de que los padres no pueden verse lesionados por el nacimiento de un hijo sano, puesto que esta es una meta deseada por varias creencias religiosas o filosóficas, tanto es así que todo nacimiento es considerado como un "*blessed event*" (Smith, 1996).

Esta teoría es mejor conocida como "*the blessing doctrine*", y fue analizada por la Corte Suprema de Minnesota en 1934 con el caso de Christensen v. Thornby, en donde el demandante se había sometido a la realización de una vasectomía para prevenir que su esposa quedara nuevamente embarazada debido a las complicaciones médicas que había presentado en el primer embarazo y habían puesto en riesgo su vida; vale precisar que en esta época las esterilizaciones no eran bien aceptadas y solo se permitían por razones humanitarias y de necesidad, como en el caso aquí presente. La Corte rechazó las pretensiones del demandante e indicó:

The purpose of the operation was to save the wife from the hazards to her life which were incident to childbirth. It was not the alleged purpose to save the expense incident to pregnancy and delivery. The wife has survived. Instead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child. The expenses alleged are incident to the bearing of a child, and their avoidance is remote from the avowed purpose of the operation. (Christensen v. Thornby, 192 Minn. 123, 255 N.W. 620 (1934))

Esta teoría es bastante conservadora y un poco ortodoxa, lo cual ha hecho que haya sido arduamente criticada por la jurisprudencia proferida en el país en años posteriores, como

pasó en el caso de Custodio v. Bauer, adelantado por la Corte de Apelación en California en 1967. Los hechos del caso fueron los siguientes: para el año 1963 los médicos que asesoraron a la señora Berdella Custodio le informaron que ya había tenido suficientes niños a su edad, y de que tener hijos adicionales agravaría su afección renal y de vejiga existente, por lo que le recomendaron someterse a una operación de esterilización para mejorar su condición física y evitar el embarazo.

La señora Custodio siguió dicha recomendación, pero quedó embarazada el año siguiente a la realización de la operación, situación que generó que la demandante tuviera que pagar gastos médicos de cuidado prenatal, posnatal y de hospitalización por concepto de \$1,500 USD; además de sufrir daños adicionales en su persona y cuerpo, ya que durante el embarazo estaría expuesta a más complicaciones emocionales y nerviosas, además de una mayor exposición a lesiones en el riñón, la vejiga y otros órganos del cuerpo. Finalmente indicó que ella resultó herida en su salud, fuerza y actividad, sufriendo lesiones en su cuerpo, y conmociones en su sistema nervioso y persona, todas las cuales han causado y continúan causando dolor, sufrimiento físico y nervioso, por lo que pidió la suma de \$250,000 USD (“Custodio v. Bauer | FindLaw,” s.f.).

La Corte en este caso señaló que el nacimiento de un niño no deseado e inesperado puede ser algo menos que el “evento bendito” al que se hace referencia en otros casos. Así mismo, indicó que en el evento donde se demuestre la responsabilidad del profesional de la salud, se podía solicitar además de los gastos médicos y los gastos de la operación de esterilización fallida en los que incurrieron, la compensación por las lesiones físicas que sufra el paciente, como en este evento le sucedió a la señora Custodio (Nicholson, 1984).

En palabras más exactas, la Corte indicó:

The recovery could be obtained upon proving either emotional suffering as a result of the unexpected pregnancy, or anxiety due to the possible aggravation of the expectant mother's kidney and bladder condition. Similarly, had Mrs. Custodio been injured by the pregnancy and/or the child birth, this circumstance would be compensable if the injuries had been foreseeable at the time the operation was performed. Moreover, if the experience of expecting another child were to lessen Mrs. Custodio's ability to perform the duties of a wife and mother, this could also be compensated by pecuniary damages. Even if she had not been injured by the birth of another child, the court recognized that the addition of another dependent might require her to give less attention and care to the other members of the family, thereby giving rise to damages upon a showing that this could be measured in economic terms. On the other hand, if Mrs. Custodio had died in childbirth and her death had been proximately caused by circumstances foreseeable when the operation was undertaken, her husband and children would have had an action for wrongful death. (Horwick, 1968)

Pasando ahora a otras teorías que han sido planteadas, encontramos que algunas Cortes Federales niegan que la concepción sea el daño, y por tanto no reconocen ningún tipo de perjuicio asociado al mismo. El fundamento que establecen se debe al potencial daño emocional "*emotional bastard*" que se le puede causar al niño si en algún momento se entera que no fue querido o planeado, y que solo fue producto de la negligencia o mala praxis médica. De esta teoría se desprende el tercer argumento donde se considera injusto que el demandante disfrute de los beneficios de la paternidad mientras que el demandado debe asumir los gastos de la crianza de un hijo que no es suyo. En palabras del Tribunal de

Primera Instancia del Condado de Lycoming, Pensilvania para el caso de Shaheen v. Knight en 1957:

To allow damages in a suit such as this would mean that the physician would have to pay for the fun, joy and affection which plaintiff Shaheen will have in the rearing and educating of this, defendant's fifth child. Many people would be willing to support this child were they given the right of custody and adoption, but according to the plaintiff's statement, the plaintiff does not want such. He wants to have the child and wants the doctor to support it. In our opinion to allow such damages would be against public policy. (Shaheen v. Knight, 11 Pa. D. & C.2d 41, 45-46 (C.P. 1957))

Respecto a las anteriores teorías mencionadas, encontramos que las mismas apoyan el argumento del Consejo de Estado de no considerar la vida como el daño que debe indemnizarse en las acciones de wrongful conception, y van en concordancia con el respeto a la vida y la dignidad del ser humano, incluso del que está por nacer; derechos que son fuertemente protegidos por la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional, actores políticos y la sociedad.

Ahora bien, que estemos de acuerdo con el Consejo de Estado respecto a este punto, no quiere decir que no consideremos que en el evento donde se demuestre un daño adicional en los eventos de anticoncepción fallida, este no deba reconocerse, ya que la indemnización debe ser integral.¹⁷

¹⁷ Ley 446 de 1998, Artículo 16: *Valoración de daños*. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales

Ley 975 de 2005, Artículo 8: El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

Perjuicios que han sido reconocidos en otras jurisdicciones

Teniendo en cuenta que el Estado colombiano reconoce el derecho que tiene toda persona a deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que le haya ocasionado una lesión, la correspondiente reparación integral del perjuicio, debe analizarse a luz de otras jurisdicciones, los daños adicionales que a un ser humano le puede ocasionar una anticoncepción fallida (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección, P. 16.996).

Estados Unidos

Así las cosas, es menester exponer la opinión generalizada que tienen las Cortes Federales en Estados Unidos, teniendo en cuenta que actualmente existen cuatro diferentes reglas que son aplicadas por las jurisdicciones: 1) regla de daños limitados, (2) regla de beneficios, (3) recuperación total y (4) no recuperación (Smith-Groff, 1996).

Puesto que sólo los Estados de Nuevo México y Wisconsin acogen la regla de recuperación total “*full recovery*” —en donde los médicos deben costear los gastos de crianza de los niños que hayan nacido como producto de una mala praxis médica o falta de consentimiento informado en el procedimiento anticonceptivo—, no ahondaremos en esta regla.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.

Tampoco nos enfocaremos en la regla del beneficio “*benefits rule*”, ya que solo una minoría de estados la defienden. Esta consiste en la posibilidad que tienen los progenitores de recuperar los costos de crianza de los hijos, restandoles el valor beneficioso que el niño les traería a su vida, como es el valor que tienen la compañía, consuelo y ayuda de los hijos para con sus padres (Smith-Groff, 1996).

No obstante, para que el lector pueda comprender un poco más en qué consiste esta regla, expondremos una de las sentencias más conocidas que adoptó esta teoría. La Corte Suprema de Minnesota tuvo que resolver en 1977 un polémico caso de anticoncepción fallida, donde el señor Sherlock se sometió a una esterilización con el propósito de limitar el tamaño de su familia, toda vez que consideró junto con su esposa, que siete hijos eran suficientes. Este acudió a la clínica Stillwater para que le realizaran una vasectomía, en donde se le informó que la operación había sido un éxito, por lo que los Sherlock reanudaron su vida sexual; sin embargo, quince meses después del procedimiento, la señora Sherlock dio a luz a un niño sano y normal.

La pareja demandó por negligencia médica y reclamó gastos médicos, la pérdida del consorcio y los costos de crianza de su hijo no planeado. El jurado les otorgó \$19,000 USD en un primer momento; pero con la apelación del médico, la Corte Suprema de Minnesota estableció que los daños debían medirse restando el valor intrínseco de los beneficios de la paternidad a los costos de crianza de un hijo no deseado. En palabras del Doctor William Mitchel “The court arrived at what can only be described as a compromise solution. The parents were permitted to recover the costs of rearing their unplanned child, but the physicians were allowed to offset recovery by the intrinsic benefits of parenthood” (Mitchell, 1979).

La regla del beneficio se fundamenta en el Restatement Second of Torts¹⁸, en donde se restringe la recuperación de la persona lesionada al daño en el que realmente esta hubiese incurrido, por lo que es necesario tener en cuenta las ventajas que la víctima puede llegar a obtener del perjuicio que le fue ocasionado.

Ahora bien, una vez expuestas las otras teorías existentes, nos enfocaremos en la regla de los daños limitados “*limited damages rule*”, debido a que ya establecimos que nunca puede considerarse el nacimiento de un hijo sano como un daño compensable, y en palabras de la Corte Suprema de Illinois:

In a proper hierarchy of values the benefit of life should not be outweighed by the expense of supporting it. Respect for life and the rights proceeding from it are at the heart of our legal system and, broader still, our civilization .(“Cockrum v. Baumgartner”, 1983, citado en Justia US LAW, s.f)

Con fundamento en lo anterior, observamos que ha habido fallos de las Cortes Federales donde se han reconocido algunos perjuicios, como lo son gastos médicos prenatales y posnatales; el dolor y el sufrimiento de la madre durante el embarazo y el parto; pérdida de consorcio; el costo de un segundo procedimiento de esterilización correctiva; estrés emocional; pérdida de salario; dolor y sufrimiento asociados con el segundo procedimiento correctivo; y cualquier impedimento permanente sufrido por los padres como consecuencia del embarazo, parto o segundo procedimiento correctivo (“Girdley v. Coats :: 1992 :: Supreme Court of Missouri Decisions :: Missouri Case Law :: Missouri Law :: US Law :: Justia,” s.f.).

¹⁸ Restatement Second of Torts: Where the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that this is equitable.

Un ejemplo de ello es la decisión adoptada en *C.S. v. Nielson M.D.* por la Corte Suprema del estado de Utah (767 p.2d 504, 1988). Los hechos de la demanda giran en torno a una ligadura de trompas que se realizó en la accionante por el Dr. Norman Nielson y que fue practicada de manera negligente, resultando ésta en estado de embarazo y dando a luz a un niño sano. La demandante, alegando además que no se le informó acerca de otras alternativas de esterilización que tuvieran mayor probabilidad de éxito solicitó la indemnización por concepto de gastos prenatales y posnatales; costos derivados de un segundo procedimiento de esterilización una vez el bebé haya nacido; trauma emocional durante y con posterioridad al embarazo debido a que el niño podría heredar sus “problemas psiquiátricos”; dolor y sufrimiento; gastos de crianza del hijo no planeado.

En el caso concreto la Corte, tras hacer un estudio de las distintas reglas existentes en las jurisdicciones estadounidenses, concluye que para el momento la regla de los daños limitados era la teoría con mayor acogida, por lo que debía ser aplicada. Por ello, la Corte decide (con varios salvamentos de voto) que la indemnización no podría incluir los gastos de crianza del menor y condenó al demandado a los perjuicios probados por concepto de gastos prenatales y posnatales; compensación por dolor físico y psicológico derivado del embarazo, trabajo de parto y sometimiento a un segundo procedimiento de esterilización; salarios que la madre y el padre dejarían de percibir; y daños punitivos que fueran aplicables.

Alemania

En Alemania, como ordenamiento jurídico creador de la tesis de la separación sobre la que se detalló en el capítulo VII sobre el daño que se genera en la anticoncepción fallida y las teorías que se han planteado en el derecho comparado, la Corte Federal Suprema en fallo del 18 de marzo de 1980 resolvió el caso de una mujer que se sometió a un procedimiento de

esterilización con el fin de evitar otro embarazo, toda vez que existía un alto riesgo de que ocurrieran complicaciones serias en caso de quedar nuevamente embarazada. No obstante, tal como quedó probado en el proceso, este procedimiento se realizó de manera negligente por lo que la demandante dio a luz a dos gemelos sanos.

En este caso, la Corte encontró al médico contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida de esterilizar al paciente y extracontractualmente responsable (bajo las reglas de *tort law*) de causar en su cuerpo un perjuicio al no prevenir que quedara embarazada. En este orden, la Corte, por un lado, condena al médico tratante al pago de perjuicios extrapatrimoniales derivados del daño ocasionado en el cuerpo de la paciente y, respecto a los daños patrimoniales, la Corte asevera que si bien en estos casos puede condenarse al médico tratante al pago de gastos de crianza del menor cuya concepción se ha buscado evitar, aclara que para el caso concreto debido a que el propósito de la demandante al realizarse el procedimiento era evitar futuras complicaciones y no impedir el nacimiento de un hijo propiamente, no hay lugar a la condena por estos perjuicios (Corte Suprema Federal Alemana, sentencia del 18 de marzo de 1980, VI ZR 105/78, BGHZ 76,249).

Sobre el reconocimiento de gastos de crianza en casos de esta naturaleza, como bien resaltan Winiger, Koziol, Koch y Zimmermann (2011), la Corte Federal Suprema Alemana ha sentado su precedente (específicamente en fallos BGH, NJW 1995, 2407 ff; BGH 76, 259; BGH NJW 1997, 1638, 1640) respecto al hecho de que este es un perjuicio que puede ser reclamado por ambos padres, aún cuando sólo uno de ellos se ha sometido al procedimiento de esterilización, y en esa medida podrán reconocerse a favor de estos todos los gastos de crianza que en promedio son necesarios para mantener a un niño. Por ello, la

Corte ha sido enfática en que los montos adicionales derivados de la posición socio-económica de la familia son irrelevantes a la hora de tasar estos perjuicios.

España

En lo que respecta al reconocimiento de una indemnización pecuniaria por los perjuicios ocasionados a raíz de una anticoncepción fallida, los tribunales españoles han sido anuentes en atender —a diferencia de lo que ha sucedido con la jurisprudencia del Consejo de Estado— no sólo aquellos casos en que el alumbramiento de una mujer se deba bien a la práctica negligente de un método de esterilización quirúrgico masculino o femenino, o a la ausencia de un consentimiento informado completo en el que se detallan de manera concreta las consecuencias de un procedimiento de ligadura de trompas de Falopio o de una vasectomía, sino que también asiste a los demandantes que han optado por acudir a la acción de wrongful conception como consecuencia de una “colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo” (Martín y Solé, 2001, p.3).

El hecho de que la jurisprudencia española cuente con un espectro más amplio de situaciones de hecho que permiten la configuración de un daño antijurídico que desencadena en la denominada acción wrongful conception, da origen al surgimiento de diversas posiciones judiciales que reconocen una variada índole de perjuicios, bien en el ámbito material o inmaterial de los sujetos afectados por el actuar negligente o imprudente de un médico.

Tal y como sucede en la mayoría de las jurisdicciones que avalan la posibilidad de reclamar una indemnización de perjuicios por falla probada del servicio médico como consecuencia de una anticoncepción fallida, en España se ha adoptado la tesis según la cual

el alumbramiento de un hijo sano —aun cuando no haya sido deseado— no constituye per se un daño indemnizable. Así lo han venido reconociendo tanto las sentencias de las Audiencias Provinciales, como las del Tribunal Supremo Español, quien en sentencia del 5 de junio de 1998 expresó que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores” (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 3675/1998). Es entonces desde este postulado que parte el análisis judicial cuando se estudian este tipo de reclamaciones, y se toma al mismo como límite para poder establecer de los perjuicios razonables que podrán ser indemnizados a los accionantes.

Ahora bien, con respecto a los daños indemnizables que han sido reconocidos por las sentencias de casación emitidas por el Tribunal Supremo Español, cabe indicar que, además de conceder una indemnización como consecuencia de “la lesión de la libertad de procrear como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE” (Martín y Solé, 2001, p.10), ya desde finales del siglo pasado se ha venido indemnizando a los accionantes por concepto de daño emergente, lucro cesante y en determinadas ocasiones por daño moral, pues se ha “admitido la posibilidad de indemnizar los gastos originados por el embarazo y el parto, en el sentido de gastos causados por la asistencia médica y otros gastos suplementarios derivados de la gestación y el parto” (Ídem, p.8). Para una mayor ilustración de la presente situación, nos permitimos citar dos casos de anticoncepción fallida que fueron resueltos por el Alto Tribunal Español.

En primer lugar, está la STS 3675/1998, en la que se tuvo la oportunidad de estudiar la posibilidad de reconocer perjuicios económicos originados precisamente de los mayores gastos provenientes de la asistencia médica requerida durante la gestación y el parto, además

de reconocer aquellas ganancias dejadas de percibir como consecuencia del alumbramiento. Tal y como consta en los hechos del caso, D^a. Sara interpuso una demanda por sí y en representación de la comunidad conyugal formada con su esposo, en la que:

(...) demandó a los médicos especialistas del Servicio de Ginecología del Hospital Provincial de Zamora, a D. Augusto y a D. Juan Ramón, solicitando fueran condenados al pago de una indemnización de quince millones de pesetas más intereses legales y costas. La "causa petendi" la hacía residir en una incorrecta operación de ligadura de trompas a que se sometió para evitar la concepción, pues quedó embarazada y dio a luz a dos niñas gemelas. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 3675/1998)

En esta oportunidad, si bien el Tribunal Supremo no accedió a las pretensiones de los demandantes en donde solicitaban una indemnización por concepto de daño moral, al considerar que la vida humana no puede representar un daño indemnizable en sí mismo para los progenitores, sí accedió al reconocimiento de la pérdida del salario y a los gastos prenatales y médico-asistenciales como perjuicios que pueden ser resarcidos pecuniariamente a quienes acudan a la acción de wrongful conception:

Otra cosa es que el patrimonio de los progenitores tenga que afrontar mayores gastos o dejar de obtener ingresos por la suspensión o abandono del trabajo ante la contingencia inesperada del embarazo y parto, y en este sentido es admisible una compensación económica, que se fija aquí, por las circunstancias que denotan la poca prueba practicada, en ocho millones. (Ídem)

En segundo lugar, en sentencia del 24 de septiembre de 1999, el Tribunal Supremo se adentró en el estudio de una demanda promovida por D^a Fatima, a quien le había sido implantado un dispositivo intrauterino que no contaba con las condiciones necesarias para

evitar un futuro embarazo, es decir, el DIU era inoperante. En esta oportunidad, el Tribunal se pronunció nuevamente sobre la posibilidad de resarcir los daños materiales ocasionados por la pérdida del salario “toda vez que la actora, al necesitar guardar cama, a causa del embarazo, dejó de atender debidamente el negocio que regentaba con la consiguiente aminoración productiva” (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 766/1999).

Adicionalmente, dicha Corporación accedió a las pretensiones de la demandante con respecto al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales, concretamente el daño moral que se derivó del nacimiento inesperado de un hijo que precisamente se buscaba evitar mediante la implantación del mecanismo contraceptivo intrauterino denominado DIU, toda vez que la concepción del menor:

(...) le afectó una situación depresiva que alteró su armonía anímica, y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio a su libertad por causa de la gestación no deseada, generando efectivos daños morales, que se presentan como los más intensos y decisivos y justifican por sí mismos la indemnización que otorga la sentencia recurrida.

(Ídem)

Los perjuicios que el Consejo de Estado podría reconocer en las acciones de wrongful conception

Teniendo como referente los perjuicios que en otras jurisdicciones son resarcidos, pasaremos a analizar la viabilidad de cada uno de ellos a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Así mismo, clasificaremos estos daños dentro de las categorías que el Consejo de Estado ha establecido (perjuicios inmateriales y materiales).

Perjuicios inmateriales

El Consejo de Estado ha dividido esta categoría en tres daños que son completamente autónomos, toda vez que cada uno de ellos comprende un propósito diferente, busca indemnizar una órbita del ser humano específica, además de propender por formas concretas en que debe repararse el perjuicio, como pasa con la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, en donde se anteponen medidas no pecuniarias por encima de las económicas para resarcir el agravio (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 32988).

Adicionalmente, se debe precisar que el Consejo de Estado actualmente cuenta con un documento que sirve de referente para la reparación y liquidación de los perjuicios inmateriales; este tiene en cuenta los niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, la gravedad o levedad de la lesión, entre otros.¹⁹

Con fundamento en lo anterior, se debe partir con el primer daño que fue desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, y para ello se debe indicar:

El perjuicio moral impacta la órbita interna del sujeto, concretamente su esfera emotivo-espiritual, por lo que su manifestación no es única, sino que depende de la reacción de cada sujeto. No obstante, generalmente se manifiesta en forma de dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional. Es importante precisar que la alteración emocional no puede ser patológica,

¹⁹ Referirse al Acta del 28 de Agosto de 2014 aprobado por el Consejo de Estado como referente de la reparación de perjuicios inmateriales.

pues, de serlo, se estaría frente a un daño a la salud de tipo psicológico. (Martínez, 2019, pp. 181-210)

En cuanto a la acreditación de este daño, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que los demás perjuicios– a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso; sin embargo partiendo de las reglas de la experiencia se debe indicar que es normal que sufran dolor moral los padres, hijos, hermanos, abuelos –al ser víctimas por rebote–, ante determinados hechos dañosos que padece el perjudicado directo (muertes, lesión, privación injusta de la libertad) por lo cual la jurisdicción contenciosa administrativa presume su causación con la sola acreditación de la relación de parentesco (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 24392).

En contraposición al perjuicio moral, el daño a la salud busca resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal, por lo que este daño comprende la órbita psicofísica del sujeto. Para tasar la indemnización de este perjuicio, el Consejo de Estado ha indicado que el daño a la salud consta de un componente objetivo, en el cual se revisa la magnitud de la lesión (porcentaje de invalidez decretado) y otro subjetivo, encaminado al análisis de las consecuencias que dicho menoscabo causa en cada individuo, es decir las consecuencias particulares y específicas de la persona lesionada, las cuales permiten aumentar el primer valor en un porcentaje (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección P. 38.738).

Con fundamento en lo anterior, el juez deberá revisar la existencia de criterios o variables que permitan cuantificar el daño de manera más precisa, para dar cumplimiento al

postulado de “a igual daño, igual indemnización”. Dentro de estos referentes objetivos se encuentran:

- 1.La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- 2.La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- 3.La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- 4.La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- 5.La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. 6.Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria
- 7.Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- 8.Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- 9.La edad.
- 10.El sexo.
- 11.Las demás que se acrediten dentro del proceso. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección P. 38.738, citando los referentes para la reparación de perjuicios inmateriales que fueron discutidos y aprobados por la Sala

Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según consta en acta del 28 de julio de 2014)

Ahora bien, los perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados buscan reparar la transgresión de derechos contenidos en diversas fuentes normativas. Así, para que los mismos sean reconocidos se debe demostrar la gravedad del quebrantamiento y los efectos negativos (temporales o definitivos) ocasionados a bienes y derechos protegidos por la Constitución Política.

Al ser una nueva categoría de daños inmateriales, el Consejo de Estado ha venido realizando un extenso desarrollo jurisprudencial, en donde plasma las principales características de este perjuicio; entre estas:

I.El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

- II. La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.
- III. La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.
- IV. Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.
- V. Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con

el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretando las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

VI. Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 32988)

Finalmente, el juez antes de decretar estos perjuicios debe revisar que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional, que la misma sea antijurídica, que la indemnización no se encuentre comprendida dentro de alguna de las categorías de perjuicios que ya han sido reconocidas, y que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 32988).

Pérdida de consorcio “Loss of Consortium”. En primera medida es importante aclarar en qué consiste la pérdida de consorcio “Loss of Consortium” en los casos de anticoncepción fallida, antes de pasar a analizar si este daño puede ser reconocido por el Consejo de Estado en las acciones de wrongful conception.

Así las cosas, el consorcio ha sido entendido en varias jurisdicciones como un derecho conyugal que, frente a cualquier perturbación ilegal de un tercero, da lugar a una acción por daños y perjuicios. Es en este sentido, que la pareja o el cónyuge de la víctima directa del daño busca que le sea compensado las consecuencias gravosas que la lesión ocasionó en su relación, como lo pueden ser, la aparición de tensiones matrimoniales, la pérdida de la compañía, restricciones sexuales, entre otras (W. T. M. Jr, 1960).

Adicionalmente, el perjuicio de pérdida de consorcio en los casos de anticoncepción fallida debe acreditarse para que sea reconocido, por lo que se debe demostrar que al momento de la concepción existía un matrimonio o una unión marital válida entre la pareja, que la perturbación física o emocional que sufre la mujer es producto de la anticoncepción no querida y que el cónyuge de la víctima sufrió una pérdida de consorcio como consecuencia de dicho evento (Vanguard Attorneys, s.f.).

Ahora bien, respecto al análisis de este daño, encontramos que el Consejo de Estado, si bien no ha reconocido este perjuicio en los mismos términos que la jurisprudencia extranjera —al denominarlo como pérdida del consorcio—, sí ha analizado uno de los escenarios que dan lugar a su materialización, como lo es que el cónyuge de la víctima directa reclame la compensación del perjuicio sexual que ha sufrido, producto de las lesiones físicas y secuelas que el evento dañoso le ocasionó a su pareja. Al respecto, no sobra advertir que el daño a la salud recoge toda perturbación anatómica o funcional del derecho a la salud y la integridad corporal, incluido el perjuicio sexual, estético y psicológico.

Con fundamento en lo anterior, vale la pena mencionar algunas de las providencias donde se otorgó una compensación para la pareja de la víctima por presentar un menoscabo

en su salud sexual. En el primer caso, el Consejo de Estado condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por las graves lesiones que sufrió un ciudadano al ser embestido por un camión de la entidad; para este caso, además de conceder una indemnización bajo el concepto de daño a la salud a la víctima directa, también otorgó idéntico reconocimiento a favor de su compañera permanente, puesto que la misma también había sufrido daños en su salud sexual y reproductiva al afectarse la posibilidad de ejercer libremente su sexualidad en el entorno de la pareja conformada con el perjudicado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 42716).

Caso similar se presentó en la sentencia del 12 de diciembre de 2013 (Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493)), donde se evidenció que el daño en la salud del directamente afectado tenía repercusiones en la vida sexual de su esposa, puesto que al haberse presentado una falla del servicio médico quirúrgico —extirpación de órganos internos del paciente en cirugías sucesivas—, se generó un daño en su aparato reproductor, ocasionándole impotencia sexual o disfunción eréctil.

Ahora bien, teniendo como punto de partida las providencias anteriormente analizadas, podemos llegar a afirmar que sí es posible que el Consejo de Estado reconozca el perjuicio de pérdida de consorcio, como una subcategoría adicional dentro del daño a la salud —o cuando menos considere la compensación del perjuicio sexual cuando este se presente—, ya que es posible que la gestación o el parto conlleven efectos negativos en la salud mental o física de la mujer, ocasionando de esta forma repercusiones en la vida sexual de su cónyuge o en su relación de pareja.

Para sustentar esta afirmación, nos permitimos citar un testimonio que no fue analizado a profundidad por el Consejo de Estado en la sentencia del 06 de julio de 2017 (Radicación 76001-23-31-000-2005-04752-01(40051))²⁰, debido a que la Corporación solo se enfocó en argumentar que la concepción y el nacimiento de un hijo no podían ser considerados como el daño en los eventos de wrongful conception; además de establecer que no había quedado probado la voluntad del paciente de limitar su reproducción, por lo que el daño (vulneración de la libertad reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida) no estaba acreditado.

Así las cosas, transcribiremos algunos de los acápites del testimonio de la señora María Elena Ante (los mismos se transcriben de forma literal, como se encuentran en la providencia antes mencionada):

“(...) para el segundo hijo yo le aconsejaba que no tuviera más niños, entonces cuando ya quedo en embarazo del segundo niño yo le dije que se abstuviera de tener más hijos porque ella sufre mucho, en la vida cotidiana como mujer sufre con el esposo por la situación económica porque el esposo es Dios me lleve y Dios me traiga (...) yo la aconsejaba mucho que se hiciera operar, entonces tuvo el otro bebé y me dijo que se iba a hacer operar (...)y llegó feliz el día de la operación porque ya estaba tranquila porque la habían operado, así transcurría la vida de ella hasta que ya como en el 2005 me llamó y me dijo que tenía síntomas de embarazo yo me fui para la casa de ella y la regañé que como había sido posible si la habían operado y me dijo yo no sé María Elena no sé qué pasó ahí, entonces

²⁰ Referirse a los demás capítulos que mencionan la sentencia con radicación 76001-23-31-000-2005-04752-01 (40051)

el esposo tomó la decisión de hacerla abortar, pero yo soy muy católica entonces le dije que no como dice el dicho todo muchacho viene con el pan debajo del brazo; que no se pusiera en esas porque la vida de ella corría peligro, que lo tuviera que qué más se podía hacer (...).” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 40051)

De este testimonio se puede concluir que para las mujeres el quedar nuevamente en embarazo después de estar convencidas que con el método anticonceptivo aplicado es imposible que esto ocurra, —como así le sucedió a la señora Carvajal González, en la sentencia antes referida, toda vez que en la epicrisis²¹ constaba que le habían realizado una histerectomía—, no solo les genera repercusiones²² en su ámbito personal como ser humano, al tener que asumir cambios en su cuerpo por la gestación y el parto, los cuales les ocasionan una evidente congoja y aflicción personalísima, por lo que para el Consejo de Estado el daño moral se presume; sino también problemas en su relación de pareja, como lo son las tensiones maritales, las cuales se acrecientan si la familia no goza de una situación económica estable.

En síntesis, el Consejo de Estado debe entrar a revisar si la gestación y el parto le han ocasionado problemas psicofísicos a la mujer que hayan generado un daño en su salud, y si los mismos tienen repercusiones en la salud sexual de su pareja, para que se reconozca el perjuicio sexual, o si además de presentarse estos problemas, la concepción en su conjunto conlleva otras consecuencias negativas para la pareja, como lo son las tensiones maritales o la pérdida de compañía mutua, caso donde estaríamos hablando de un *Loss of Consortium*.

²¹Resumen de la evaluación/Dictamen médico sobre la enfermedad de un paciente. (Real Academia Española, s.f., definición 1)

²² La histerectomía es una intervención quirúrgica en la que se extirpa el útero de la mujer (Rodríguez, 2019).

Dolor y sufrimiento de la madre durante el embarazo y el parto, y estrés

emocional. Al hablar del dolor y sufrimiento de la madre durante el embarazo y el parto como daño indemnizable, se hace alusión a las complicaciones en su estado de salud, bien por condiciones preexistentes al alumbramiento —como pueden ser, entre otras, que la mujer sufra de hipertensión arterial²³, que tenga ovarios poliquísticos²⁴ o cuente con problemas renales—, o por enfermedades que pueden adquirirse a lo largo del mismo, y que generan alteraciones tanto en la madre gestante como en el feto. Es por ello que, ante el acaecimiento de un embarazo no deseado como consecuencia del actuar negligente o imprudente del médico, se debe determinar a quién corresponde asumir los gastos por la aflicción y preocupación que debe afrontar la mujer durante el periodo de gestación y nacimiento del menor.

Si bien los avances científicos y tecnológicos que se han venido presentando a lo largo de los últimos dos siglos han permitido mejorar el pronóstico materno-fetal, lo que ha tenido un efecto positivo en el estado de salud de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez al reducir drásticamente la tasa de mortalidad y la posibilidad de desarrollar alguna afección durante el embarazo, en la actualidad, aunque con menor frecuencia, siguen existiendo riesgos inherentes para la madre gestante, originados en una multiplicidad de

²³ La hipertensión, también conocida como tensión arterial alta o elevada, es un trastorno en el que los vasos sanguíneos tienen una tensión persistentemente alta, lo que puede dañarlos. Cada vez que el corazón late, bombea sangre a los vasos, que llevan la sangre a todas las partes del cuerpo. La tensión arterial es la fuerza que ejerce la sangre contra las paredes de los vasos (arterias) al ser bombeada por el corazón. Cuanto más alta es la tensión, más esfuerzo tiene que realizar el corazón para bombear (Organización Mundial de la Salud, 2015).

²⁴ El síndrome de ovarios poliquísticos representa un trastorno heterogéneo que se distingue por una combinación de irregularidades menstruales, hirsutismo o acné y obesidad que suele diagnosticarse en la adolescencia, pero que aparentemente tiene sus orígenes desde la vida intrauterina. Asimismo, es la causa endocrina más común de infertilidad anovulatoria y representa un factor de riesgo mayor de síndrome metabólico y subsecuentemente de diabetes mellitus tipo 2 y de enfermedad cardiovascular. Asimismo, se ha asociado también con un riesgo mayor de cáncer de endometrio y probablemente de glándula mamaria (de la Jara Díaz y Ortega González, 2011, p.57).

enfermedades que afectan su integridad física y/o mental, y que pueden incluso desencadenar en la muerte del nasciturus.

Por un lado, se encuentran las enfermedades renales que pueden tener lugar durante el embarazo, ya que a lo largo este periodo “el sistema renal presenta adaptaciones tanto anatómicas como fisiológicas” (Durán y Reyes-Paredes, 2006), que aumentan la incidencia de estas. Las complicaciones renales que se presentan durante el periodo de gestación, en ocasiones se encuentran asociadas al medio socio-económico en el que se encuentre la mujer, pues la mayoría de las afecciones se originan por la falta de higiene o de los cuidados necesarios que requiere la madre gestante.

Así, en primer lugar, está la Bacteriuria Asintomática (BA), que por lo general se presenta durante el primer trimestre de gestación, y que consiste en una infección de las vías urinarias, dada la presencia de bacterias como la *Escherichia coli*, *Klebsiella pneumoniae*, *Enterobacter*, *Proteus mirabilis*, enterococos, y en menor frecuencia las *Pseudomonas*, *Citrobacter* y *Staphylococcus saprophyticus*.

Esta afección fisiológica “aumenta el riesgo de pielonefritis, de morbi-mortalidad materno-fetal, de trabajo de parto prematuro y se asocia con productos de bajo peso al nacer” (Durán y Reyes-Paredes, 2006). Por consiguiente, resulta de vital importancia detectar tempranamente su existencia mediante chequeos y controles médicos, para así poder aplicar

el tratamiento antimicrobiano²⁵ adecuado y menos invasivo, no solo para dar resolución a la infección, sino también en procura del bienestar de la madre y del nasciturus.

En segundo lugar, dentro de las enfermedades renales que pueden tener lugar durante el periodo de gestación se encuentra la Pielonefritis Aguda (PA) la cual, según concepto médico, es considerada como una de las complicaciones más graves que pueden llegar a presentarse durante el embarazo, y que por lo general tiene mayor ocurrencia durante el segundo y tercer trimestre. A diferencia de lo que sucede con la mayoría de las infecciones del tracto urinario que afectan la vejiga, la PA tiene graves implicaciones en los riñones de la madre gestante (Ídem).

Estudios han demostrado que la Pielonefritis es una de las causas de comorbilidad materno-fetal más frecuentes, que puede llegar a comprometer no solo la función renal de la mujer en estado de gravidez, sino que la infección también puede llegar a diseminarse a otros órganos. Además, se debe tener en cuenta que los pacientes con PA podrán presentar una diversidad de síntomas como, por ejemplo, alteraciones hematológicas (como la anemia), anorexia, choques sépticos, además de presentarse hipertermia (altas fiebres) y alteraciones pulmonares; todos estos síntomas se encuentran asociados a la ocurrencia de partos prematuros y abortos espontáneos.

Por otro lado, dentro de las complicaciones en la salud que pueden presentarse bien durante o después del embarazo, se encuentran la preeclampsia y la eclampsia, ambas

²⁵ El microorganismo que con mayor frecuencia se identifica en la bacteriuria asintomática es el E. Coli, razón por la cual la selección inicial de cualquier antimicrobiano suele ser empírico y se ha demostrado que son inocuos y eficaces agentes como sulfonamidas, nitrofurantoinas, ampicilina y cefalosporinas. Todos son excretados por el riñón y alcanzan concentraciones en la orina mucho mayores de las necesarias para combatir todas las infecciones de vías urinarias por E. Coli. Un tratamiento de 10 a 14 días con cualquiera de los cuatro antimicrobianos mencionados, erradicarán la BA en 65 %de las embarazadas aproximadamente (Lomanto, Sánchez y Lomanto, 1990, p.13).

consideradas como enfermedades hipertensivas con afectación multisistémica, que consisten en lo siguiente: “Se define la preeclampsia como la hipertensión que aparece después de las 20 semanas de gestación y que se acompaña de proteinuria [presencia de proteínas en la orina] significativa, denominándose eclampsia cuando la hipertensión se acompaña de convulsiones y/o coma” (Pacheco, 2006).

Debido a las distintas complicaciones materno-fetales que pueden desencadenar estas enfermedades hipertensivas, será necesario realizar una detección temprana de las mismas, con el fin de suministrar las terapias, tratamientos y vigilancias necesarias y requeridas que permitan reducir el riesgo de enfermedad severa, o que la misma trascienda a eclampsia, pues dentro de las afecciones que puede sufrir el feto se encuentran, entre otras, “la prematuridad, la restricción del crecimiento fetal intrauterino, oligohidramnios²⁶, displasia broncopulmonar y aumento del riesgo de muerte perinatal” (Pacheco-Romero, 2017).

Igualmente, cabe mencionar que durante el embarazo se pueden presentar no sólo enfermedades que conllevan a una serie de complicaciones en la salud física de la madre y de aquel que está por nacer, sino que también están presentes las afecciones a nivel psicológico y personal, como es el estrés emocional, que puede ser ocasionado, entre otras razones, por los constantes cambios hormonales, anatómicos y fisiológicos por los que atraviesa la mujer durante el periodo de gestación, o la congoja proveniente de alguna enfermedad inherente al embarazo, máxime si se tienen en cuenta las circunstancias concretas que dieron origen a la concepción del nasciturus.

²⁶ El oligohidramnios es un volumen deficiente de líquido amniótico; se asocia con complicaciones maternas y fetales. El diagnóstico es mediante la medición ecográfica del volumen de líquido amniótico. El manejo implica una estrecha vigilancia y evaluaciones ecográficas seriadas (Dulay, 2019).

Ahora bien, tal y como se indicó en el capítulo 8, con respecto al reconocimiento de una indemnización o reparación pecuniaria por concepto de perjuicio inmaterial originado en el dolor y sufrimiento —bien físico o psicológico— por el que atraviesa la madre durante el embarazo y el parto, el Consejo de Estado ha puesto de presente lo siguiente:

(...) 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 (...). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262)

Lo anterior quiere decir que esta Corporación ha optado por incluir las alteraciones fisiológicas y psíquicas de la mujer en estado de embarazo dentro de la categoría de aquellos daños que afectan directamente el fuero interno de la víctima (daño moral), derivando la reparación de este perjuicio de la transgresión de un derecho inherente a cada ser humano como es la libertad reproductiva y de poder adoptar cualquier decisión relativa a su cuerpo, como consecuencia de un procedimiento fallido de esterilización quirúrgica proveniente de una mala praxis médica o de un error o ausencia de consentimiento informado.

Sin embargo, no se ha pronunciado sobre la posibilidad de indemnizar el dolor y sufrimiento por el que puede eventualmente atravesar la madre durante el periodo de gestación y el parto, como un daño psicofísico independiente del daño moral, ya que, como se ha tenido la oportunidad de estudiar, en este caso las afectaciones a la salud materno-fetal trascienden la esfera interna del ser humano. Cabe entonces indagar sobre la factibilidad de

categorizar la lesión en comento dentro de lo que el Consejo de Estado ha denominado daño a la salud.

Existen diversos motivos por los cuales una persona decide someterse a un procedimiento de esterilización quirúrgica. Por ejemplo, se puede optar por este mecanismo anticonceptivo, bien por razones de planificación familiar, o como una medida preventiva para evitar futuros embarazos debido a antecedentes clínicos que pueden poner en riesgo la vida de la madre, o hacer inviable la vida intrauterina del feto, entre otros. Es por ello que los médicos en general, y los especialistas en gineco-obstetricia o urología en particular, deben actuar diligentemente cuando se lleve a cabo una vasectomía o ligadura de trompas de Falopio, pues ejecutar dicho procedimiento quirúrgico sin adoptar una actitud prudente, siguiendo los lineamientos de la *lex artis ad hoc* propia de su profesión, constituye fundamento para atribuir una falla probada del servicio médico por anticoncepción fallida.

Por consiguiente, consideramos que es factible adoptar una posición según la cual, el daño producido por el dolor o sufrimiento de la madre durante el embarazo —el cual previamente se buscó evitar mediante esterilización quirúrgica—, producto de alguna de las enfermedades renales, hipertensivas o psicológicas previamente enlistadas, haga parte del daño a la salud.

Si bien la indemnización de perjuicios por *wrongful conception* parte de la teoría ampliamente acogida según la cual la vida del menor que está por nacer no constituye per se un daño indemnizable, y que “la vulneración al derecho a la libertad reproductiva, puede generar un daño antijurídico bajo los estándares de cierto, concreto, determinado o determinable, susceptible de ser imputado al Estado, en los términos del artículo 90 de la

Constitución” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. 41262), no es menos cierto que las complicaciones que puede sufrir una mujer durante el embarazo, dado a los constantes cambios fisiológicos y anatómicos por los que transcurre el cuerpo de la misma, tienen la potencialidad de generar alteraciones psicofísicas capaces de generar limitaciones en el estado general de bienestar de la madre (Gil Botero, 2012). Es por ello que consideramos que la reparación de estas lesiones debería poder indemnizarse bajo el rubro de daño a la salud, pues el mismo:

(...) garantiza un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación genérica, estática u objetiva y la específica, dinámica o subjetiva, esto es, los efectos internos y externos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno. (Ídem)

Dolor y sufrimiento asociados con el segundo procedimiento correctivo. Como bien se ha tenido oportunidad de mencionar en ocasiones anteriores, los procedimientos de esterilización pueden fallar por causas imputables al médico o de manera espontánea. Cuando ello sucede y el propósito es evitar un nuevo embarazo, podemos estar ante situaciones en las que los pacientes se someten a un nuevo procedimiento de esterilización que le permita cumplir su propósito, lo que se traducirá —dependiendo del procedimiento— en dolor postoperatorio y demás molestias físicas.

Ello ocurre, por ejemplo, en las mujeres que se someten a un procedimiento de ligadura tubárica en donde, aunque con baja frecuencia, se pueden presentar algunas complicaciones

como pueden ser dolor en el sitio de la incisión, hematoma subcutáneo, infección de la herida, lesiones vasculares leves, dolor pelviano, entre otros (Ministerio de Salud de la Nación Argentina, 2009). Asimismo, la práctica de la vasectomía en hombres puede llegar a generar molestias y, aunque con baja frecuencia, desencadenar complicaciones a corto plazo ligadas a sangrado postoperatorio, hematomas, infecciones y dolor escrotal que puede tornarse en permanente, por lo que afecta la calidad de vida del paciente (Sociedad Española de Contracepción, 2013).

Por ello, cabe preguntarse si los dolores y sufrimientos padecidos por el paciente que se ve en la necesidad de someterse a un segundo procedimiento pueden ser imputables al médico tratante (sea este un prestador privado o público). Para responder a la problemática anteriormente mencionada, debemos diferenciar entre dos situaciones de hecho: cuando la recanalización se da de manera espontánea, es decir, cuando el procedimiento de esterilización falla por causas no imputables al médico tratante; y cuando la recanalización se da, por el contrario, debido a la negligencia con la que fue realizado el procedimiento médico.

Para el primer caso encontramos que no hay mayor debate respecto a la imposibilidad de solicitar al médico la indemnización de los perjuicios derivados de la recanalización, al ser las obligaciones de los médicos de medio, ya que para la obtención del resultado deseado deben tomarse en cuenta factores adicionales cuyo control es ajeno al galeno; como pueden ser los cuidados posoperatorios o la recanalización espontánea. Por ello, se considera que podrá el galeno, sin mayor dificultad, acreditar como medio de defensa el caso fortuito que dio origen al daño, librándose de esta manera de toda culpabilidad y de la obligación de indemnizar el daño moral derivado del segundo procedimiento correctivo.

Situación distinta se presenta en los casos en los que con la práctica probatoria logra determinarse que existe un nexo causal entre la negligencia del médico tratante y la recanalización del paciente. Allí, tras haberse sometido el paciente a un segundo procedimiento que le haya causado dolores y padecimientos físicos o por el que se hayan presentado complicaciones, se podrá solicitar el pago de dichos perjuicios por parte del médico.

El daño en este caso se vincula específicamente al incumplimiento de las obligaciones de medio adquiridas por el galeno en el contrato de prestación de servicios médicos, por lo que a la luz de lo consagrado en el artículo 1616 del Código Civil colombiano, éste deberá responder por los daños que fueron previstos al momento de la celebración del contrato, particularmente en el consentimiento informado otorgado por el paciente. Ello, valga agregar, salvo que en el marco de la práctica probatoria se demuestre que el agente dañador obró con dolo, para lo cual podrá además imputarse la indemnización por daños imprevisibles.

Adicionalmente, en relación con la cuantificación del daño moral, debe señalarse que el juez de lo contencioso administrativo deberá entonces evaluar en sana crítica los elementos probatorios allegados, de forma que cuantifique los perjuicios inmateriales por concepto de daño moral en proporción al perjuicio efectivamente sufrido por la víctima.

Perjuicios materiales

En lo que respecta a los daños patrimoniales, nuestro ordenamiento jurídico consagra una división bipartita de los mismos al establecer en el artículo 1613 del Código Civil que, por el incumplimiento, retardo o cumplimiento deficiente de una obligación, deberán indemnizarse el daño emergente y el lucro cesante. En este orden, detalla el artículo 1614

Íbidem que se debe entender daño emergente como el perjuicio o pérdida sufrido por la víctima, derivado del mencionado incumplimiento, retardo o cumplimiento deficiente, mientras que el lucro cesante hace referencia a la ganancia o provecho que deja de reportarse a la víctima a consecuencia de ello.

Más allá de su consagración legal, la definición de estas modalidades de perjuicios patrimoniales ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado, entidad que ha señalado que el daño emergente “conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima”, mientras que el lucro cesante corresponde “a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima” (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, P. 25284).

Se evidencia de esta manera que el Consejo de Estado ha sido enfático respecto a la posibilidad que tiene la víctima de reclamar el daño emergente y el lucro cesante en sus modalidades de perjuicio consolidado o futuro. Sobre ello, ha señalado particularmente esta Corporación, lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1613 del C.C., el daño material comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes de consolidado y futuro, pero su naturaleza será siempre principal puesto que estos perjuicios son elementos que integran el daño material reclamado. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 31231)

Pérdida de salario y gastos médicos prenatales y posnatales.

Pérdida de salario. Sin lugar a dudas, se debe reconocer que el ordenamiento jurídico colombiano protege a la mujer gestante o en lactancia de manera amplia y efectiva. En primer lugar, el artículo 43 de la Carta establece el deber a cargo del Estado de concederle a la mujer durante el embarazo y después del parto un subsidio alimentario²⁷ si se encuentra desempleada o desamparada, además de gozar de especial protección y asistencia. Este amparo abarca todas las mujeres sin distinción, es decir no tiene en cuenta si las mismas se encuentran dentro del marco de una relación laboral o no, toda vez que esta es una obligación general y objetiva asumida por el Estado (Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013).

A su vez, la mujer en estado de embarazo o lactante tiene una especial protección en el ámbito laboral, por lo que goza de fuero o estabilidad laboral reforzada²⁸. Es por esta razón que no puede ser despedida, su contrato no se puede terminar o no renovar con fundamento en su estado de gravidez o lactancia. Finalmente, se debe advertir que a las mujeres como gestantes de vida se les concede una prestación económica adicional (licencia de maternidad)²⁹ para que pueda cuidar y alimentar adecuadamente al recién nacido (Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013).

Ahora bien, así la mujer tenga una especial protección durante esta etapa, se debe poner de presente que es posible que la trabajadora vea disminuido sus ingresos durante la gestación, puesto que en los eventos donde se le diagnostique un embarazo de alto riesgo, la

²⁷ Artículo 43 de la Constitución Política de 1991, Artículo 166 de la Ley 100 de 1993 y Artículo 7 de la Ley 823 de 2003.

²⁸ Artículos 239 y 240 del Código Sustantivo de Trabajo.

²⁹ Artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo

madre deberá guardar reposo absoluto si se presentan afecciones como problemas de crecimiento del neonato, presión arterial alta o preeclampsia, sangrado vaginal por placenta previa o desprendimiento, parto prematuro, insuficiencia cervical, amenaza de aborto, entre otros problemas (Ulloque, s.f.).

Es en este sentido, que la mujer puede encontrarse incapacitada la mayor parte de su embarazo y podría ver reducido sus ingresos, ya que no recibirá su salario sino un auxilio de incapacidad, el cual debe reconocerse y pagarse, en los términos establecidos en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo³⁰, el cual nunca podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente (Corte Constitucional, Sentencia C- 543 de 2007).

Así mismo, y teniendo en cuenta la Ley 962 de 2005 y los Decretos 2943 de 2013 y 780 de 2016, a partir del 3 día y hasta el día 90, el auxilio de incapacidad es reconocido por la Entidad Promotora de Salud, el cual equivale al 66.67% del salario devengado. Después del día 91 y hasta que la mujer inicie su licencia de maternidad, sólo se le otorga el 50% de su salario como prestación económica, la única diferencia es que a partir del día 181 este es cancelado por el Fondo de Pensiones.

Ahora bien, no se debe dejar de lado la reducción de ingresos que van a presentar las mujeres que se ubican en sector informal, puesto que las mismas en la mayoría de los casos no van a ser parte del régimen contributivo y por consiguiente no van a tener derecho al pago de prestaciones económicas. Así las cosas, en el evento donde no puedan trabajar por

³⁰ Artículo 227: En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

presentar un embarazo de alto riesgo, sólo contarán con el subsidio alimentario que el gobierno les proporcione.

En conclusión, durante la gestación es posible que los ingresos de la mujer se vean disminuidos, siendo este un daño patrimonial (lucro cesante) que puede ser acreditado, ya sea demostrando la diferencia entre el salario que la trabajadora devengaba antes de quedar embarazada de un hijo no deseado y el que recibirá de acuerdo a la normatividad que regula el auxilio de incapacidad laboral de origen común, o asumiendo para el caso de las trabajadoras informales que las mismas no percibían menos del salario mínimo, para calcular el valor exacto en que se ve mermado su ingreso, restando en todo caso el monto del subsidio alimentario.

Gastos médicos prenatales y posnatales. El Plan de Beneficios en Salud (PBS), es el conjunto de servicios para la atención en salud que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014). El PBS se encuentra regulado en la Resolución 2481 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social junto con sus anexos.³¹

Con fundamento en lo anterior, se puede evidenciar que el PBS cubre de manera bastante amplia cualquier atención que se requiera durante el proceso de gestación, parto y puerperio³² en las fases de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, incluyendo las afecciones relacionadas, las

³¹ Artículo 5: La presente resolución contiene tres (3) anexos que hacen parte integral de la misma, cuya aplicación es de carácter obligatorio, así: Anexo 1 "Listado de medicamentos financiados con recursos de la UPC"; Anexo 2 "Listado de procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC" y Anexo 3 "Listado de procedimientos de laboratorio clínico financiados con recursos de la UPC"

³² Se denomina puerperio o cuarentena al periodo que va desde el momento inmediatamente posterior al parto hasta los 35-40 días y que es el tiempo que necesita el organismo de la madre para recuperar progresivamente las características que tenía antes de iniciarse el embarazo.

complicaciones y las enfermedades que pongan en riesgo el desarrollo y culminación normal de la gestación y parto, o que signifiquen un riesgo para la supervivencia o salud del recién nacido.³³

Las exclusiones del Plan de Beneficios están delimitadas en la Resolución 2481 de 2020, pero para cada caso concreto será necesario remitirse directamente a los anexos de la norma donde se puede verificar si el medicamento o procedimiento indicado por el médico está cubierto por el PBS.

Por otro lado, el Acuerdo 260 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establece que en el Régimen Subsidiado no puede cobrarse copagos³⁴ para el control prenatal, la atención del parto y sus complicaciones, ni la atención del niño durante el primer año de vida (art 12). En el caso del Régimen Contributivo los beneficiarios deberán pagar estas sumas, salvo que se trate de servicios de promoción y prevención, programas de control en atención materno infantil o de enfermedades transmisibles, atención inicial de urgencias y enfermedades catastróficas o de alto costo (art. 7).

Así mismo, dicho Acuerdo indica que las cuotas moderadoras son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios por la prestación de determinados servicios y se pagan con base al ingreso del cotizante (art. 6).

³³ Capítulo 1 de la Resolución 2481 de 2020

³⁴ Es la cantidad de dinero que deben pagar los afiliados como parte del valor del servicio requerido. Tiene como finalidad, ayudar al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Tabla 1

Valor de la cuota moderadora en el año 2021

RANGO DE IBC EN SMLMV (1)	CUOTA EN % DEL SMLDV (2)	VALOR CUOTA MODERADORA 2020	VALOR CUOTA MODERADORA 2021	INCREMENTO 2021/2020
MENOR A 2 SMLMV	11,70%	\$ 3.400	\$ 3.500	2,94%
ENTRE 2 Y 5 SMLMV	46,10%	\$ 13.500	\$ 14.000	3,70%
MAYOR A 5 SMLMV	121,50%	\$ 35.600	\$ 36.800	3,37%

(1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente – Decreto 1785 de 2020

(2) Salario Mínimo Legal Diario Vigente

Nota. La tabla muestra el valor a pagar por los afiliados cotizantes y beneficiarios del Régimen Contributivo. (Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/DOA/cuotas-moderas-copagos-2021.pdf>)

Tabla 2

Valor de los copagos para el año 2021

RANGO DE IBC EN SMLMV (1)	COPAGO EN % DEL VALOR DEL SERVICIO	VALOR MAXIMO POR EVENTO (2)	VALOR MAXIMO POR AÑO (3)	INCREMENTO 2021/2020
MENOR A 2 SMLMV	11,50%	\$ 260.747	\$ 522.402	3,5%
ENTRE 2 Y 5 SMLMV	17,30%	\$ 1.044.805	\$ 2.089.610	3,5%
MAYOR A 5 SMLMV	23,00%	\$ 2.089.610	\$ 4.179.220	3,5%

(1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente – Decreto 1785 de 2020

(2) Evento o servicio, por ejemplo, una cirugía o una hospitalización con atención no quirúrgica

(3) Año calendario, agregado de copagos del 1° de Enero al 31 de Diciembre de cada anualidad

Nota. La tabla muestra el valor que deben pagar los beneficiarios del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado clasificados con nivel SISBEN 2 o mayor. (Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/DOA/cuotas-moderadoras-copagos-2021.pdf>)

En conclusión, los demandantes en eventos de wrongful conception tendrán que asumir gastos patrimoniales (cuota moderadora/copagos/ medicamentos o procedimientos por fuera del PBS), toda vez que el Plan de Beneficios no exonera del pago de todos los gastos en la atención médica prenatal y postnatal; por consiguiente, este es un daño emergente que puede ser acreditado por medio de facturas o documentos equivalentes.

Costo de un segundo procedimiento correctivo. Previamente se ha tenido oportunidad de hacer alusión a los casos en los que los pacientes deben someterse a un segundo procedimiento de esterilización cuando el primero ha fallado, sea por caso fortuito o mala praxis médica, y el paciente con el fin de evitar la concepción, desea someterse a un nuevo procedimiento. En estos casos, además de la exposición al dolor y sufrimientos derivados de la realización del nuevo procedimiento, cabe preguntarse ¿quién deberá sufragar los costos derivados de la realización de la segunda esterilización?

Para responder a este interrogante debemos tener en cuenta que el derecho a la salud en Colombia es considerado como un derecho fundamental a partir de la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Además, por medio de la Ley 1438 de 2011 el Congreso de la República reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS), sistema que atiende, entre otros, a principios como la universalidad de su cobertura, igualdad en el acceso al sistema, calidad y sostenibilidad (art. 3).

El SGSSS tiene como objetivo principal “garantizar el derecho fundamental a la salud mediante la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción

integral de la salud, que como tal incluya la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de las secuelas” (Resolución 2481 de 2020, par. 8). Para ello, el Ministerio de Salud y Protección Social es la autoridad encargada de actualizar los servicios y tecnologías que de manera gratuita tienen acceso los afiliados al SGSSS. Actualmente los servicios que se encuentran cubiertos por dicho Sistema están consagrados en la Resolución 2481 de 2020, y cuya cobertura garantiza:

(...) a todas las personas residentes en Colombia, la totalidad de servicios y tecnologías de salud autorizados en el país por la autoridad competente, para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, con excepción de aquellos explícitamente excluidos de financiación con recursos públicos asignados a la salud en aplicación del procedimiento establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. (par. 9)

En este sentido, se evidencia que actualmente en el país el SGSSS tiene una cobertura total respecto a servicios y tecnologías que deben suministrarse a los afiliados al sistema, salvo en los casos en los que se deba prestar un servicio o tecnología explícitamente excluido por la normatividad aplicable.

En la actualidad los servicios y tecnologías explícitamente excluidos se encuentran consagrados en la Resolución 244 de 2019. Al realizar un estudio de los procedimientos y tecnologías allí contenidos, se evidencia que los mecanismos de esterilización quirúrgica no hacen parte del listado. La Resolución tampoco hace alusión al hecho de que el procedimiento se esté realizando por segunda o tercera vez.

A partir de lo anterior podemos establecer entonces que en los casos en los que un paciente debe someterse por segunda vez a un procedimiento de esterilización debido a que

el primero no haya cumplido con los resultados previstos, el segundo procedimiento estará cubierto por el Plan de Beneficios en Salud, por lo que el paciente no deberá sufragar los gastos derivados del mismo. Por tanto, desde un punto de vista patrimonial, no habrá menoscabo a los intereses económicos de la víctima, por lo que no hay lugar al pago de perjuicios de esta naturaleza por parte del médico tratante. Ello, valga mencionar, ocurriría de esta forma no solo cuando la recanalización se da de manera espontánea, por causas ajenas al médico (caso fortuito) sino también en los casos en los que ha ocurrido por negligencia del galeno.

No obstante, encontramos que puede presentarse un detrimento patrimonial en el paciente cuando, dependiendo de si este hace parte del régimen contributivo o subsidiado del SGSSS, deba sufragar copagos para la realización del segundo procedimiento. En este caso encontramos que el pago de este rubro significa un detrimento patrimonial a la víctima, por lo que en los casos en los que por medio de la práctica probatoria puede determinarse que la recanalización sea imputable a la negligencia del médico, podrá solicitarse la indemnización de estos valores al galeno a título de daño emergente.

Conclusiones

A partir de lo anterior, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1. La definición que el Consejo de Estado ha adoptado de la acción de wrongful conception es muy amplia en comparación con la interpretación que otras jurisdicciones tienen sobre este concepto, toda vez que delimitan los componentes o situaciones de hecho que dan lugar a la misma, con el propósito de diferenciarla de las acciones de wrongful life y wrongful birth. Por lo anterior, evidenciamos que se genera confusión entre la aplicabilidad de las mismas, debido a que la Corporación en uno de sus

pronunciamientos abrió la puerta a que se reclamen perjuicios materiales cuando se demuestre que los gastos a asumir son superiores a los que por naturaleza se imponen a los padres en estos eventos. La anterior posibilidad, en nuestro parecer se refiere a la acción de wrongful birth, en donde los progenitores reclaman los perjuicios que les acarrea el nacimiento de un niño que padece alguna enfermedad o patología, la cual genera que los gastos de crianza sean superiores a los ordinarios de la maternidad.

2. En la actualidad existen tres teorías imperantes respecto al daño que debe reconocerse en las acciones de wrongful conception. El Consejo de Estado ha optado por acoger la tesis de la autodeterminación, la cual establece que lo que se vulnera en los eventos de anticoncepción fallida, es la decisión libre del paciente de procrear como manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Es en este orden de ideas, que la Corporación se ha limitado a reconocer los perjuicios que se derivan de este daño, dejando por fuera de su análisis otros detrimentos que pueden surgir producto de la concepción no deseada de un hijo.
3. Dentro del análisis realizado, encontramos que es posible que el Consejo de Estado reconozca perjuicios adicionales a los ya otorgados (daño moral por vulneración a la libertad reproductiva y libre desarrollo de la personalidad), toda vez que los mismos, si son acreditados garantizan que las víctimas de una falla del servicio médico asistencial —como sucede en los casos de anticoncepción fallida—, vean resarcidos a cabalidad la totalidad de los perjuicios que la concepción no deseada de un hijo les ocasiona. Así mismo, encontramos que estos daños pueden subsumirse dentro de las categorías que la Corporación previamente ha delimitado, como lo son los perjuicios inmateriales (daño

moral, daño a la salud, daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados) y los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente).

4. Lo anterior, siguiendo la posición tomada por los tribunales de cierre de otras jurisdicciones, como es el caso de la Corte Federal Suprema alemana, la cual, como ordenamiento creador de la tesis de la separación, ha reconocido en favor de los progenitores el pago de gastos de crianza promedio junto con la indemnización por daño moral, derivado del daño causado en el cuerpo del paciente. En España, por su parte, encontramos que el Tribunal Supremo desde finales del siglo pasado ha reconocido en favor de los accionantes el pago por concepto de la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad y daño moral por el nacimiento de un hijo no deseado (perjuicio extrapatrimonial), la indemnización por mayores gastos durante el periodo de gestación y trabajo de parto (daño emergente), así como las ganancias dejadas de percibir a causa del alumbramiento (lucro cesante). Tenemos, además, el caso de las cortes federales de Estados Unidos, en donde estados como Nuevo México y Wisconsin adoptan la teoría de “full recovery”, por lo que se ha ordenado al médico tratante al pago de los gastos de crianza del menor. No obstante, encontramos que la gran mayoría de estados adoptan la teoría de los daños limitados, con base en la cual, por ejemplo, la Corte Suprema de Utah ha condenado a los galenos al pago de gastos prenatales y posnatales; compensación por dolor físico y psicológico derivado del embarazo, trabajo de parto y sometimiento a un segundo procedimiento de esterilización; salarios que la madre y el padre dejarían de percibir; y daños punitivos que fueran aplicables.
5. Con respecto a los escenarios o fundamentos de hecho que el Consejo de Estado ha reconocido hasta el momento para que se estructure la acción de wrongful conception,

cabe indicar que estos se reducen al actuar negligente del médico que lleva a cabo un procedimiento de esterilización quirúrgica, bien en la fase previa o concomitante a la cirugía de ligadura de trompas de Falopio o de una vasectomía. Estos eventos son a) la ausencia o error de consentimiento informado, que puede surgir al momento en que el paciente se encuentre ejerciendo su derecho a la información y se deba precisamente a una explicación vaga o superflua por parte del galeno, sobre las implicaciones que conlleva la intervención médico-quirúrgica, impidiéndole al usuario en salud tomar una decisión lo suficientemente informada, y evitando que adopte los cuidados requeridos para evitar futuros alumbramientos; b) la mala praxis médica, entendida como aquella actuación que contraría la *lex artis ad hoc* propia de la medicina, y que puede ocasionar afectaciones en la salud del paciente. Cuando se habla de *medical malpractice*, se debe entender que el galeno ha actuado sin pericia, diligencia, de manera imprudente y/o contrariando los reglamentos médicos al momento de llevar a cabo una cirugía de esterilización femenina o masculina, lo que impide de manera efectiva y definitiva la oclusión de las trompas de Falopio o de los deferentes, aumentando así la posibilidad de que una mujer pueda quedar embarazada, e incurriendo a su vez en un criterio de imputación específico denominado culpa médica.

6. Ahora bien, en lo que respecta al consentimiento informado como un evento que permite la configuración de la responsabilidad estatal por anticoncepción fallida, cabe advertir que la misma no se limita o reduce a la explicación por parte del personal en salud, sobre el procedimiento quirúrgico que será llevado a cabo, sino que involucra una multiplicidad de elementos que deberán ser abordados y discutidos con el paciente, con el fin de que éste pueda ejercer su derecho a la información de manera adecuada. Debido

a que el consentimiento informado es considerado como un proceso de comunicación y de toma de decisiones en el ámbito sanitario, sobre el cual se estructuran, entre otros, el derecho de información, dignidad humana, integridad personal y de autonomía que les compete a todas aquellas personas que se sometan a un tratamiento o intervención quirúrgica, a través del mismo se busca que el usuario en salud pueda entender a cabalidad no solo los beneficios de una esterilización quirúrgica, sino también las complicaciones y los riesgos inherentes a la misma, como puede ser la ocurrencia de una recanalización espontánea de los conductos que fueron previamente ligados, y que la misma será una consecuencia natural de la operación, por lo que este hecho no podrá ser utilizado como fundamento fáctico para imputar responsabilidad por falla del servicio médico –siempre y cuando se haya advertido previamente a la realización de la cirugía, sobre su posible ocurrencia–. Adicionalmente, deberá tenerse mayor cuidado cuando la información esté siendo brindada a una persona en situación de discapacidad, pues en estos casos será necesario adoptar medidas tendientes a la protección de sus derechos, como son los apoyos, ajustes y salvaguardias que permiten garantizar el consentimiento libre y voluntario de éstas, así como contar con autorización judicial previa en aquellos casos en que quienes se sometan a un procedimiento de esterilización quirúrgica sean menores de edad.

Referencias

(1979). Wrongful conception. *William Mitchell Law Review*, 5(2), 464-508.

81.Sanitas. (s.f.). Puerperio fisiológico o cuarentena. Recuperado de:

<https://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/biblioteca-de-salud/embarazo-maternidad/posparto/sin012072wr.html>

A. N. M. (1982). Judicial Limitations on Damages Recoverable for the Wrongful Birth of a Healthy Infant. *Virginia Law Review*, 68(6), 1311-1331. doi:10.2307/1072805

Amorocho P. NH, Pombo S. MJ. Laparoscopia y Minilaparatomía Ambulatoria. *Rev.*

Colomb. Obstet. Ginecol. [Internet]. 31 de octubre de 1977 [citado 12 de enero de 2021];28(5):187-00. Disponible en:

<https://revista.fecolsog.org/index.php/rcog/article/view/2157>

Andersson, H., & Winiger, B. (2011). Essential Cases on Damage. De Gruyter.

Andrade, S. (2015). *La reversión de la vasectomía es una opción viable para la mayoría de hombres en cualquier momento*. Mayo Clinic. Recuperado de

[https://newsnetwork.mayoclinic.org/discussion/la-reversion-de-la-vasectomia-es-una-opcion-viable-para-la-mayoria-de-hombres-en-cualquier-momento/#:~:text=Existen%20dos%20maneras%20de%20realizar,durante%20la%20vasectom%C3%ADa\)%3B%20el](https://newsnetwork.mayoclinic.org/discussion/la-reversion-de-la-vasectomia-es-una-opcion-viable-para-la-mayoria-de-hombres-en-cualquier-momento/#:~:text=Existen%20dos%20maneras%20de%20realizar,durante%20la%20vasectom%C3%ADa)%3B%20el)

Arcos Vieira, M. L. (2020). La privación de la facultad de decidir sobre el aborto: ¿un supuesto de “pérdida de oportunidad”? *Revista IBERC*, 3(3), 101-124.

<https://doi.org/10.37963/iberc.v3i3.142>

- Arias, F.; López, M. (2014). Responsabilidad del estado por anticoncepción fallida: estudio de caso sobre el ajuste de paradigmas. *Principia Iuris*, (22), 87-106. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/944/91>
- Arturo, E.I. (2011). *Responsabilidad Médica Extracontractual Del Estado Carga De La Prueba De La Falla Del Servicio* (Tesis de especialización). Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia.
- Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, y Reinhard Zimmermann. (2011). *Essential Cases on Damage*. De Gruyter.
- Blackmer, W. (1981). *Molien v. Kaiser Foundation Hospitals: Negligence Actions for Emotional Distress and Loss of Consortium without Physical Injury*. *California Law Review*, 69(4), 1142-1178. doi:10.2307/3480291
- Braverman, P. (1978). *Wrongful conception: Who pays for bringing up baby?* *Fordham Law Review*, 47(3), 418-436.
- Casavilla, F; Curia, M.T. (2004). *Ligadura de trompas de Falopio*. *Cuadernos de Medicina Forense*. Recuperado de: [https://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/_Tomo-3\(2004\)/Numero-2-3/04.pdf](https://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/_Tomo-3(2004)/Numero-2-3/04.pdf)
- Chepé Ramos, É. (2010). *Acto médico y consentimiento informado*. Recuperado de www.virtual.unal.edu.co/cursos/economicas/91337/ayudas/manuales/acto_medico.pdf
- Clínica Internacional. (2020, 20 enero). *CUÁNDO ES RECOMENDABLE EL REPOSO ABSOLUTO DURANTE EL EMBARAZO*. <https://www.clinicainternacional.com.pe/blog/recomendaciones-reposo-absoluto-embrazo/>

Congreso de la República de Colombia (1981). *Ley 23 del 18 de febrero de 1981 por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2010). *Ley 1412 del 19 de octubre de 2010, por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2011). *Ley 1428 del 19 de enero 2011 por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2011). *Ley 1438 de 2011 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2015). *Ley Estatutaria 1751 de 2015 Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 42716 (C.P Ramiro Pazos Guerrero: Junio 14 de 2018).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 27493 (C.P Stella Conto Díaz del Castillo: Diciembre 12 de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 32988 (C.P Ramiro Jesús Pazos Guerrero: Agosto 28 de 2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, P. 24392 (C.P Hernán Andrade Rincón: Agosto 23 de 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección P. 38.738 (C.P Hernán Andrade Rincón: Noviembre 12 de 2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, radicación No. 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085), C.P.: Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2005, radicado No. 25000-23-26-000-2005-00373-01 (31231), C.P.: Alier Eduardo Sánchez Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2012, radicado No. 76001-23-31-000-1997-24139-01(25284), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. P. 40057 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero: Octubre 3 de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. P. 21157. (C. P. Danilo Roja Betancourth: Noviembre 2 de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, P. 16.996 (C.P Enrique Gil Botero: Febrero 20 de 2008).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. P. 38.738 (C.P Hernán Andrade Rincón: Noviembre 12 de 2014).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, P. 20087 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Proceso 40051. (C. P Marta Nubia Velásquez Rico: Julio 6 de 2017).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. P. 41262. (C. P Ramiro Pazos Guerrero: Diciembre 5 de 2016).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Proceso 40051. (C. P Marta Nubia Velásquez Rico: Julio 6 de 2017).

Cornell Law School. (s.f.). Negligencia médica. *Legal Information Institute* [versión electrónica]. New York, EU, <https://www.law.cornell.edu/>

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU070 de 2013, M.P.: Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 543 de 2007, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-355 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 24 de mayo de 2017, radicación nº 05001-31-03-012-2006-00234-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

Cortés, E. *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia Italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, 152.

Cristancho, M.L. (2018). *Responsabilidad médica en Colombia desde el caso de las obligaciones jurídicas que surgen por la historia clínica* (Tesis de pregrado).

Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.

Court of Appeal, First District, Division 1, California. (s. f.). *CUSTODIO v. BAUER*.

FindLaw. Recuperado 11 de septiembre de 2020, de

<https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1771185.html>

California Court of Appeal. (s. f.). *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2D 303 (Cal. Ct. App.

1967). Court Listener. Recuperado 11 de septiembre de 2020, de

<https://www.courtlistener.com/opinion/2208698/custodio-v-bauer/>

Court of Appeals of Kentucky. (s. f.). *Hackworth v. Hart*. Justicia. Recuperado 10 de

septiembre de 2020, de

<https://law.justia.com/cases/kentucky/court-of-appeals/1971/474-s-w-2d-377-1.html>

Common Pleas Court of Lycoming County, Pennsylvania. (s. f.). *Shaheen v. Knight*. H2O.

Recuperado 11 de septiembre de 2020, de <https://opencasebook.org/cases/2157/>

De Brigard, A. (2004). Consentimiento informado del paciente. *Revista colombiana de*

gastroenterología, 19(4), 277-280. Recuperado de:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-99572004000400

009.

Declaración de Helsinki. Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki,

Finlandia, junio de 1964.

Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos. Aprobada por la 33ª Sesión de

la Conferencia General de la UNESCO, París, Francia, 19 de octubre de 2005.

De la Jara, J.F.; Ortega, C. (2011). Síndrome de ovario poliquístico. *Revista Mexicana de*

Medicina de la Reproducción, 4(2), 51-62.

Decreto 3380 de 1981. Decreto por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981: Presidencia

District Court of Appeal of Florida, Third District. (s. f.). RAMEY v. FASSOULAS. Leagle.

Recuperado 9 de septiembre de 2020, de

<https://www.leagle.com/decision/1982612414so2d1981549>

Dulay, A.T. (2019). Oligohidramnios. Manual MSD: Versión para profesionales. Recuperado de:

<https://www.msmanuals.com/es/professional/ginecolog%C3%ADa-y-obstetricia/anomal%C3%ADas-del-embarazo/oligohidramnios>

Durán, C.L.; Reyes-Paredes, N. (2006). Enfermedades renales y embarazo. *Revista Hospital General Dr. Manuel Gea González*, 7(2), 82-89.

Eugin. (s.f.). Recanalización tubárica. Recuperado de

<https://www.eugin.com.co/re canalizacion-tubarica/>

Garay, O (2017). Consentimiento informado: antecedentes éticos y jurídicos. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS)*. Recuperado de

<http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/8>

Garfinkle, J. E. (1991). Burke v . Rivo : Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy, 36(3)

Gil Botero, E. 2012. El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 8 (dic. 2012), 89-145.

Girdley v. Coats :: 1992 :: Supreme Court of Missouri Decisions :: Missouri Case Law ::

Missouri Law :: US Law :: Justia. (s.f.). Retrieved December 21, 2020, from

<https://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1992/74029-0.html>

- Guzmán, F; Franco, E; Morales, A.R. (1996). Negligencia en medicina. *Acta Médica Colombiana*, 21(4), 87-92
- Horwick, D. M. (1968). Malpractice - Voluntary sterilization - Public policy does not render physician immune from liability for child's upbringing subsequent to unsuccessful sterilization. *Custodio v. Bauer* (Cal. App. 1967). . *San Diego Law Review* , 5.
Retrieved from
<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2415&context=sdlr>
- Instituto Nacional de Cancerología. (s.f.). Protocolos Clínicos Institucionales. Recuperado de
<https://www.cancer.gov.co/content/protocolos-publicados>
- Iraola, L.N.; Gutiérrez, H. (2018). Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis. *GeoSalud*. Recuperado de <https://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>
- Jaramillo, C. I. (2008). Tipología de las obligaciones que para el profesional del contrato de prestación de servicios médicos: Breve referencia a las llamadas obligaciones de medio y de resultado. En C. I. Jaramillo, *Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial* (pp. 297-358). Bogotá: Javegraf.
- Lamo, J.E; Lamo, L.M. (2017). *Las acciones por wrongful conception en el ordenamiento jurídico colombiano: la vida sana no deseada resultante de un mecanismo de anticoncepción fallido como un daño indemnizable* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Lomanto, A.; Sánchez, J.; Lomanto, A. (1990). Bacteriuria Asintomática en el Embarazo. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 41(1), 13-23.

- Macía, A., (2003). La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones wrongful birth y wrongful life) (Tesis doctoral). Recuperado de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4418>
- Madrigal , A. (2004). *El Síndrome de Down* (p. 3). España. Recuperado de https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO10413/informe_down.pdf
- Markesinis, B. S., & Unberath, H. (2002). *The German Law of Torts A Comparative Treatise*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Martín Casals, M; Solé Feliu, J. (2001). *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (3). Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/80675/105011>
- Martínez Benavides, N. E. *Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana*. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 42, enero-abril de 2019, 181-210. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.07>
- Mayo Clinic. (s.f.). Ligadura de trompas. Recuperado de <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/tubal-ligation/about/pac-20388360>
- Mayo Clinic. (s.f.). Vasectomía. Recuperado de <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/vasectomy/about/pac-20384580>
- Ministerio de la Protección Social. (2009). *Garantizar la funcionalidad de los procedimientos de consentimiento informado Versión 2.0*. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Garantizar-funcionalidad-procedimientos.pdf>

Ministerio de Salud de la Nación. (2009). *Programa nacional de salud sexual y procreación responsable*. Recuperado de:

http://www.ossyr.org.ar/PDFs/2008_Guía_contracepcion_quirur_mujeres.pdf

Ministerio de Salud y de Protección Social de Colombia (2019). *Resolución 244 de 2019 Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y de Protección Social.

Ministerio de Salud y de Protección Social de Colombia (2020). *Resolución 2481 de 2020 Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitalización (UPC)*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y de Protección Social.

Ministerio de Salud y Protección Social (2017). *Resolución 1904 de 2017 Por medio de la cual se adopta el reglamento en cumplimiento de lo ordenado en la orden décima primera de la sentencia T-573 de 2016 de la Corte Constitucional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2014). *TODO LO QUE USTED DEBE SABER SOBRE EL PLAN DE BENEFICIOS - POS*. Recuperado de:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/todo-lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-plan-de-beneficios.pdf>

Ministerio de Salud. (s.f.). *Guías de Práctica Clínica GPC*. Recuperado de:

http://gpc.minsalud.gov.co/gpc/SitePages/gpc_info_1.aspx

- Miranda, J.R. (2017). *Responsabilidad patrimonial por "wrongful conception", "wrongful birth" y "wrongful life"* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.
- N. M. (1982). Judicial Limitations on Damages Recoverable for the Wrongful Birth of a Healthy Infant. *Virginia Law Review*, 68(6), 1311-1331. doi:10.2307/1072805
- Nicholson, L. (1984). Damages: Recovery of damages in actions for wrongful birth, wrongful life and wrongful conception. *Washburn Law Journal*, 23(2), 309-341.
- Organización Mundial de la Salud. (1993). *Esterilización femenina: Guía para la prestación de servicios*. Recuperado de https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40943/9243544349_es.pdf;jsessionid=2120E6BB9A08EBA1AE13EB4378619424?sequence=3
- Organización Mundial de la Salud. (2015). Preguntas y respuestas sobre hipertensión. Recuperado de <https://www.who.int/features/qa/82/es/>
- Organización Mundial de la Salud. (2020). Planificación familiar. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/family-planning-contraception>
- Pacheco-Romero, J. (2017). Introducción al Simposio sobre Preeclampsia. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63(2), 199-206.
- Pacheco, J. (2006). Preeclampsia/eclampsia: Reto para el ginecoobstetra. *Acta Médica Peruana*, 23(2), 100-111.
- Planned Parenthood. (s.f.). Ligadura de Trompas. Recuperado de: [https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/anticonceptivos/ligadura-de-trompas#:~:text=La%20ligadura%20de%20trompas%20es,\(esto%20se%20llama%20ovulaci%C3%B3n\).](https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/anticonceptivos/ligadura-de-trompas#:~:text=La%20ligadura%20de%20trompas%20es,(esto%20se%20llama%20ovulaci%C3%B3n).)

Planned Parenthood. (s.f.). Vasectomía. Recuperado de:

<https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/anticonceptivos/vasectomia#:~:text=Los%20espermatozoides%20permanecen%20en%20los,es%20que%20no%20tendr%C3%A1%20esperma.>

Ramírez, J.A; Rico, B; Realpe, S. (2018). *La Culpa Medica En Relacion Con La Carga De La Prueba Y La Carga Dinamica De La Prueba En Vigencia De La Ley 1564 De 2012 (Codigo General Del Proceso)* (Tesis de pregrado). Universidad Cooperativa de Colombia, Cartago, Colombia.

Real Academia Española. (s.f.). Epicrisis. En *Diccionario de la lengua española*.

Recuperado el 05 de enero de 2021 de <https://dle.rae.es/epicrisis>

Rechtsinformationssystem Des Bundes. (14 de septiembre de 2006). *6 Ob 101/06f*.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&GZ=6Ob101%2F06f&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=False&SucheNachText=True&ResultFunctionToken=d7af6a0c-ac06-4003-abb0-292b58bb81ad&Dokumentnummer=JJT_20060914_OGH0002_0060OB00101_06F0000_000

Rodríguez, A. (2019). Histerectomía ¿parcial, total o radical? Recuperado el 5 de Enero de 2021, de: <https://muysaludable.sanitas.es/salud/histerectomia-parcial-total-o-radical/>

Rondón, I. (2018). *La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado en los casos wrongful conception / birth / life* (Tesis de maestría). Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/70735/1/1049614722.2018.pdf>

Ruíz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico*, 4, 195-216.

Smith-Groff, M. K. (1996). Wrongful conception: When an unplanned child has a birth defect, who should pay the cost. *Missouri Law Review*, 61(1), 135-154.

Sociedad Española de Contracepción. (2013). *Anticoncepción quirúrgica masculina: vasectomía (2013)*. Recuperado de:

http://hosting.sec.es/descargas/PS_Vasectomia.pdf

Stanford Children's Health. (s.f.). Descripción general de la anatomía masculina.

Recuperado de:

<https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=overview-of-the-male-anatomy-85-P03803#:~:text=El%20epid%C3%ADdimo%20es%20el%20tubo,la%20uretra%2C%20y%20los%20conecta.>

Supreme Court of Illinois. (s. f.). *Cockrum v. Baumgartner*. Justicia. Recuperado 13 de enero de 2021, de <https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1983/55733-6.html>

Supreme Court of Delaware. (s. f.). *COLEMAN V. GARRISON*. CASEMINE. Recuperado 10 de septiembre de 2020, de

<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c63fadd7b049347d9da6>

The Supreme Court of Washington. Department two. (s. f.). *BALLV. MUDGE*. CASEMINE.

Recuperado 11 de septiembre de 2020, de

<https://www.casemine.com/judgement/us/59149b5dadd7b049346341e8>

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. STS 1400/1991. (Magistrado Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez: 11 de marzo de 1991).

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. STS 5899/2008. (Magistrado Ponente D. Luis María Díez-Picazo Gimenez: 04 de abril de 2008).

Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo civil. STS 349/1994. (Magistrado Ponente D. José Luis Albacar López: 25 de abril de 1994).

Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo civil. STS 766/1999. (Magistrado Ponente D. Alfonso Villagomez Rodil: 24 de septiembre de 1999).

Tribunal Supremo de España, Sala Primera. STS 3675/1998. (Magistrado Ponente D. Antonio Gullon Ballesteros: 5 de junio de 1998).

Ulloque, J. A. U. (s.f.). *Embarazo de Alto Riesgo*. Recuperado de:

https://www.fecopen.org/images/Embarazo_de_Alto_Riesgo.pdf

Valientemott. (s.f.). LOSS OF CONSORTIUM CLAIMS. Recuperado de:

<https://valientemott.com/blog/blog-loss-of-consortium/>

Vanguard Attorneys. (s.f.). Personal Injury Lawsuits - The Definition of Loss of Consortium.

Recuperado de:

https://www.vanguardattorneys.com/blog/personal-injury-lawsuits-the-definition-of-loss-of-consortium/?__cf_chl_jschl_tk__=d15777f05457a607d4c200b419058e9b661c837d-1609282699-0-AS_Gznop50SCwVmjqjpsOTcohLFmHtWjEdg8SHxp0RtXXEli4gFjDy4eD3_gZPiAF5cw6t1B-PgFnVfZCouMrGGdoBC2kF-u-uprY6WyLHPJ-v7zFWAKPc9ClpUW-CnG9z0-TEEAavnGjvWAY1ZkjTiVmSscN6CSzn8KzAfUPfW7yhCwnWmiD_l2yy9D-vu4r3wF-dW_iH1pcMNg-ExO2PXCRCeNjnhKFbmy4mMs1btZBdAkGhnf-Bk_4_6YFh_Wcxm1tkQvdVvx_YUAJ8oROpILByPHZbgiXuK61fKpzfOQX5MR6TOJvnUj8ygMT-BkIuh43KXa3f1h_OyK_LQ2rzQ-4eVchhc5ikSiclKbJb_npXZVSj2mryS39E90ZIzqtq9NURsahPliWkmWsly3CtX9YeofEMFSRtjATwZ6AO6XIB9af8d_C6R3z9QzHTXPVtPt0NaSWxLv5CM5Wvmns

W. T. M., Jr. (1960). Damages for Loss of Consortium. *Virginia Law Review*, 46(1),

184-193. doi:10.2307/1070614

Wilbur v. Kerr :: 1982 :: Arkansas Supreme Court Decisions :: Arkansas Case Law ::

Arkansas Law :: US Law :: Justia. (s.f.). Retrieved September 11, 2020, from

<https://law.justia.com/cases/arkansas/supreme-court/1982/81-174-0.html>

Wilmoth, D. D. (1980). Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action: Suggestions

for a Consistent Analysis COMMENTS WRONGFUL LIFE AND WRONGFUL

BIRTH CAUSES OF ACTION-SUGGESTIONS FOR A CONSISTENT

ANALYSIS. *Marquette Law Scholarly Common*, 63. Recuperado de:

<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr>[http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/v](http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol63/iss4/3)

[ol63/iss4/3](http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol63/iss4/3)

Anexo A

Tabla 3

Ventajas e inconvenientes de diversas técnicas oclusivas de esterilización femenina

Técnica	Ventajas	Inconvenientes
Ligadura y escisión		
Pomeroy Parkland	Eficaz; apropiada para la esterilización en el postparto y en el intervalo; tasa de complicaciones baja; sencilla; no requiere cirujano especializado; barata.	No puede utilizarse con laparoscopia.
Irving	Sumamente eficaz, puede practicarse en el curso de una cesárea.	Más difícil de realizar que las técnicas de Pomeroy y Parkland; requiere más tiempo y puede provocar más hemorragia durante la intervención; requiere laparotomía; destruye más tejido tubárico.
Mecánica		
Banda de silicona Clip de Filshie Clip de resorte	Destruye menos tejido tubárico que la ligadura; rápida; apropiada para la esterilización en el intervalo por laparoscopia en establecimientos con un volumen elevado de casos.	Suele aplicarse por laparoscopia, que requiere personal quirúrgico especializado y adiestramiento especial; más cara que las técnicas de ligadura y escisión; las tasas de fracasos y de complicaciones pueden aumentar si el adiestramiento es insuficiente o disminuye la pericia; menos apropiada para la esterilización en el postparto que las técnicas de Parkland y Pomeroy.
Eléctrica		
Electrocoagulación	Puede practicarse por laparoscopia; rápida; puede causar menos dolor postoperatorio que las técnicas mecánicas.	Suele destruir más tejido tubárico; requiere personal quirúrgico especializado y adiestramiento para la laparoscopia; las tasas de fracasos y complicaciones pueden aumentar si el adiestramiento es insuficiente o disminuye la pericia; se asocia a complicaciones graves (quemaduras internas); mayor frecuencia de embarazos ectópicos que con las técnicas mecánicas; no está aprobada oficialmente ni se recomienda su empleo general en muchos países.

Nota. La tabla muestra las distintas técnicas que existen para poder llevar a cabo una ligadura de trompas de Falopio, y explica tanto las ventajas como los riesgos inherentes a cada una de las técnicas descritas. (Fuente: Organización Mundial de la Salud, recuperado de:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40943/9243544349_es.pdf;jsessionid=2120E6BB9A08EBA1AE13EB4378619424?sequence=3)