

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ANTICONCEPCIÓN
FALLIDA:**

ESTUDIO DE CASO SOBRE EL AJUSTE DE PARADIGMAS

WRONGFUL CONCEPTION AS A STATE LIABILITY INSTANCE:
PARADIGMS CASE STUDY

CONCEPTION FAUTE EN INSTANCE ÉTAT DE RESPONSABILITÉ:
PARADIGMES ÉTUDE DE CAS

Fernando Arias García¹

Miguel Andrés López Martínez²

Fecha de Recepción: 16 de abril de 2014

Fecha de Aprobación: 21 de mayo de 2014

Págs.:87-106

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la anticoncepción fallida como eventual escenario de responsabilidad patrimonial del Estado. A partir del estudio de un caso particular, el fallo 2006-1969 proferido el 26 de enero de 2012 proferido por el Juzgado Noveno Contencioso-Administrativo de Tunja, se establece si este tipo de casos generan un nuevo paradigma de respuesta en el Juzgador o por el contrario se forman ajustes a las categorías tradicionales de responsabilidad estatal. Para ello se toma como referente la teoría de los paradigmas del profesor Thomas Kuhn. Ante la reclamación de

1 Magíster en Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Juez 9 Administrativo de Tunja. Docente. Correo de contacto: ferariasgarcia@hotmail.com,

2 Magíster en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Docente Investigador de la Universidad Santo Tomás Tunja. Correos de contacto maloma11@hotmail.com, maloma11ster@gmail.com.

los padres por el nacimiento inesperado de su hijo, el Juez Noveno concedió sus pretensiones empleando los conceptos tradicionales de la responsabilidad estatal: daño, imputación y reparación. Aunque no dio lugar a un cambio radical, aplicó algunos ajustes aceptados por los académicos. Uno de ellos, la *teoría de la diferenciación* para identificar el daño con aquellas consecuencias sufridas con el nacimiento pero no con la vida del nuevo ser; el otro, relacionado con el criterio de violación al *derecho de consentimiento informado de los pacientes* como eje de la imputación. Pese a su novedad en el Despacho, el caso estudiado no desencadena un cambio del paradigma sino su ajuste, lo que sugiere que las grandes transformaciones conceptuales son el fruto de esfuerzos colectivos y paulatinos de jueces, litigantes y profesores.

PALABRAS CLAVE

Anticoncepción fallida, Elementos de la responsabilidad Patrimonial del Estado por anticoncepción fallida, Paradigma de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, Operaciones de ajuste en decisiones judiciales.

ABSTRACT

This article is focused on wrongful conception as a State liability instance. The aim is to analyze whether or not new concepts have been proposed by studying a particular case: 2006-1969 lawsuit by Tunja 9th Administrative Judge on January 26, 2012. Paradigm Shifts Theory, proposed by Thomas Kuhn, is the main reference. The evidence suggests that the judge used the traditional liability concepts (torts, imputation and reparation) and stated two paradigmatic revisions in relation to the tort and its imputation. First, He identified the economic damage but pointed out that the life cannot be considered as a grievance. Then, The Judge found that public authorities were liable for leaving out its duty to inform the patient of the surgery risk. Although this was a new example of liability, the state liability paradigm reached paradigmatic revisions but not a crisis. The studied case suggests that paradigm does not undergo shifts by itself, on the contrary, these are the result of collective efforts.

KEY WORDS

Wrongful conception, State liability for wrongful conception, State liability Paradigm, Paradigmatic revisions in judicial decisions

RÉSUMÉ

Cet article se concentre sur la conception illicite comme un exemple de responsabilité de l'État. L'objectif est d'analyser si oui ou non de nouveaux concepts ont été proposés par l'étude d'un cas particulier: 2006-1969 procès intenté par Tunja 9e juge administratif le 26 Janvier, 2012. Paradigm Shifts théorie, proposée par Thomas Kuhn, est la principale référence. La preuve suggère que le juge a utilisé les concepts de responsabilité traditionnels (délits, imputation et de réparation) et a déclaré deux révisions paradigmatiques dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle et son imputation. Tout d'abord, Il a identifié le préjudice économique, mais a souligné que la vie ne peut pas être considéré

comme un grief. Puis, le juge a conclu que les pouvoirs publics étaient susceptibles de quitter son devoir d'informer le patient du risque de la chirurgie. Bien que ce fut un nouvel exemple de la responsabilité, le paradigme de la responsabilité de l'État atteint révisions paradigmatiques, mais pas une crise. Le cas étudié suggère ce paradigme ne subit pas de changements par lui-même, au contraire, ceux-ci sont le résultat d'efforts collectifs.

MOTS CLÉS

Conception illicite, responsabilité de l'État pour la conception illicite, responsabilité de l'État Paradigm, révisions paradigmatiques dans les décisions judiciaires

INTRODUCCIÓN³.

CAMILA y ROSA llegaron al mundo como fruto de la unión entre HÉCTOR y ANDREA, quienes, a la llegada de su segunda hija, decidieron no tener más hijos. De lo contrario, el presupuesto familiar colapsaría. Con esa intención, pidieron al médico que atendió el parto, que practicara a ANDREA una cirugía denominada ligadura de trompas de

falopio tipo "pomeroy". Sin embargo, un año después de practicada la misma, ANDREA quedó nuevamente en embarazo. Nueve meses más tarde, nació el tercer hijo de la pareja.

La sorpresa de los padres era obvia, ¿acaso el médico de la Empresa Social del Estado que había atendido el segundo parto habría hecho mal su trabajo? ¿Debían soportar la carga de

³ Los nombres de los protagonistas del caso que se relaciona a continuación han sido parcialmente alterados para proteger su derecho a la intimidad. La circunstancia relatada es tomada de un caso real que conoció y decidió el Juzgado Noveno del Circuito Judicial Administrativo de Tunja en sentencia del 26/ene/2012. Exp.: No. 2006 – 1969.

criar a un hijo no deseado, en medio de graves dificultades económicas? Con la seguridad de que la razón les asistía, decidieron demandar ante la justicia contencioso - administrativa para que se declarara la responsabilidad patrimonial de la institución y en consecuencia, se reconociera la indemnización de perjuicios.

La demanda “sacudió” al juez administrativo. Se trataba de una pretensión de responsabilidad estatal por un presunto error médico que “impuso la obligación” de tener un hijo. Este tipo de eventos ya habían sido objeto de debate en otros contextos como el norteamericano o el español, en donde recibieron la denominación de *wrongful conception* o *anticoncepción fallida*, respectivamente (Macía, 2007). Con los elementos tradicionales de la institución, daño antijurídico e imputación, debía resolver un rompecabezas con pocos precedentes en su Despacho.

Las preguntas que asaltaron al funcionario no dejan de causar inquietud: ¿Debió ser el Estado declarado responsable por la anticoncepción fallida? ¿Podría considerarse a una nueva vida como un daño antijurídico?, ¿Bajo qué argumentos podría atribuir a las autoridades la obligación de reparar semejante “daño”?

El caso judicial resulta un insumo valioso para la contemplación teórica de la responsabilidad patrimonial

del Estado y de la manera en que se insertan elementos novedosos en el razonamiento del juez. En este punto nos interesa saber si la novedad de los hechos planteados en la demanda llevó al juez a utilizar categorías nuevas que revolucionaran el panorama de conceptos de la responsabilidad estatal, o por el contrario le permitió asociar algunas ideas con los elementos tradicionales contenidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al contestar esta inquietud tendremos una primera pista que nos permitirá resolver otra más amplia: ¿Son los casos atípicos los que motivan la generación de conceptos novedosos en el derecho de la responsabilidad estatal?

La peculiaridad de este caso nos lleva a pensar en la necesidad de abordarlo a través de herramientas igualmente peculiares. Por eso, intentaremos trazar un camino que nos conduzca a las respuestas más apropiadas, desde la teoría de los paradigmas propuesta por el profesor Thomas Kuhn (2004).

1. Metodología

Llegamos al mundo y todo el tiempo queremos explicarlo y para ello nos valemos de un conjunto de conceptos, creencias y valores. Cuando este conjunto se comparte con otras personas como un acuerdo general, se forma un *paradigma*. Los paradigmas

funcionan como un rompecabezas: a partir de un modelo, se ordena un grupo desordenado de partes, las veces que se quiera, y en el orden que se quiera. Es decir, el paradigma funge como el patrón sobre el cual se tratan de construir diversas explicaciones a los siempre variados problemas de la realidad (Kuhn, 2004).

Pero la caprichosa realidad nos desafía todo el tiempo. Algunas circunstancias evidencian que nuestros paradigmas no son suficientes, porque nos ponen frente a hechos para los que no tenemos conceptos definidos, o creencias y valores que permitan comprenderlos. En otras palabras, el mundo se nos presenta a veces como un montón de fichas de rompecabezas que no podemos ordenar con facilidad, porque nuestro modelo no las identifica plenamente. A dicha situación Kuhn (2004) le dio el nombre de *anomalía*.

Volvamos al rompecabezas. Supongamos que compramos uno con la idea de ordenar sus piezas para llegar a la fotografía que aparece en la caja del empaque. Al momento de abrirlo, descubrimos que los trocitos muestran

imágenes distintas a las que aparecen en el modelo. ¿Qué podríamos hacer? El profesor Kuhn (2004) propuso dos opciones: la primera, sería empacar nuevamente las figuras y pedir al vendedor el cambio del producto o la segunda, tratar de armar el rompecabezas. En ese momento, podría ocurrir que las piezas comenzaran a mostrar la imagen del empaque, o que simplemente se tratara de un paisaje distinto que valdría la pena ver, después de organizar las fichas sin un modelo previo.

En el campo científico, las anomalías pueden dar lugar a tres momentos similares. Si las piezas del rompecabezas o *ejemplar* (Kuhn, 1978) no dejan ver muy bien el modelo (*paradigma*), podríamos, en primer lugar, archivar el problema para otro momento⁴, o en segundo lugar, intentar armarlo con las herramientas conceptuales que se tengan a la mano *-operación de retoque del paradigma-*⁵. Finalmente, si lo anterior no funciona y no podemos aplazar el reto, tendríamos que cambiar nuestros conceptos y creencias *-descubrimiento-* dando así lugar a una *revolución científica*⁶.

4 Así ocurrió con algunas investigaciones sobre la estructura del átomo, porque las explicaciones que brindaban los científicos no podían siempre soportarse en evidencia empírica. La escasa tecnología de la época impedía ver si las conclusiones a las que se llegaban en el papel eran correctas (Kuhn, 2004).

5 Consiste en adecuar los conceptos, creencias y valores para que puedan explicar el fenómeno sin que ello implique cambiar radicalmente el paradigma. En la metáfora del rompecabezas, sería algo así como tratar de armarlo por etapas, en un orden distinto al que siempre utilizamos (Kuhn, 2004).

6 El descubrimiento implica un cambio de conceptos, creencias y valores. La revolución (cambio de paradigma) ocurre cuando con dicho cambio se genera a su vez un nuevo acuerdo en la comunidad científica, que lleva a los demás investigadores a utilizar los descubrimientos como un nuevo modelo para asumir nuevos ejemplares (rompecabezas) (Kuhn, 2004, p. 164).

Aunque la teoría de las revoluciones científicas se desarrolló para las denominadas “ciencias de la naturaleza”, no somos ajenos a ella desde el campo jurídico. Al margen del debate sobre la naturaleza científica del derecho⁷, creemos que la metáfora de los rompecabezas nos incumbe, pues se trata de un escenario en el que *el paradigma* permite una forma particular de ver el mundo y resolver sus problemas, conectando las normas con la realidad⁸. De manera pues que las expresiones: paradigma, operación de retoque, anomalía, descubrimiento y cambio de paradigma, no resultan del todo extrañas.

El derecho se confecciona a partir de un proceso constante de ajuste teórico, originado en el momento en que la realidad desafía las explicaciones y métodos previos. Aunque suene un poco extraño, en el derecho también tenemos *descubrimientos*: momentos de crisis que derivan en sustitución de categorías conceptuales.

Intentaremos abordar el rompecabezas de la anticoncepción fallida como posible escenario de responsabilidad estatal, desde la teoría de los paradigmas. Algunas piezas no se muestran muy

coherentes con los conceptos que albergamos al respecto. Es por eso que nos interesa saber si estamos frente a un *cambio de paradigma*, o se trata simplemente de una *operación de retoque* del tradicional. Lo que hasta el momento tenemos claro, es que no podemos pedir el cambio del rompecabezas con el vendedor.

Dentro del abordaje que presentaremos, indicamos en primer lugar los términos en que se han desarrollado los conceptos tradicionales daño antijurídico e imputación en el evento de responsabilidad por anticoncepción fallida. Luego, revisamos los argumentos de la sentencia del Juez Noveno Administrativo para evidenciar en qué medida se ajustó o cambió el paradigma de la responsabilidad estatal en el escenario de la anticoncepción fallida. Nuestro principal insumo en esta segunda etapa, es el fallo proferido por el Juez Noveno Administrativo de Tunja, el veintiséis (26) de enero de 2012⁹.

2. Avances

En esta sección presentaremos los principales insumos conceptuales que

7 Que para algunos se ha resuelto en una explicación de la múltiple naturaleza del derecho como ciencia, arte, filosofía y técnica (explicación, construcción, justificación y puesta en marcha de un sistema de normas respectivamente). (Kelsen, 2005) (Villoro, 1982).

8 Por solo poner un ejemplo con textura jurídica, resulta interesante revisar la formidable confrontación entre los paradigmas positivista y el neoconstitucionalista, que frecuentemente han puesto sobre la mesa respuestas contrarias a preguntas trascendentales como ¿qué es el derecho? ¿cómo opera frente a la sociedad? (García, 2008) (Tamayo, 2008).

9 Sentencia del 26/ene/2012. Exp.: No. 2006 – 1969.

nos han aportado algunos doctrinantes y jueces a través de sus sentencias sobre dos categorías centrales en este problema: el daño antijurídico y su imputación.

2.1 El daño antijurídico en el marco de la responsabilidad civil por anticoncepción fallida

El daño ha sido entendido en su sentido más genérico como una alteración, menoscabo, afectación, destrucción... de cualquier situación favorable a una persona (Von Tuhr, 2001)(Bustamante, 1983). En términos más específicos, ha sido contemplado como un fenómeno de dos caras: la material o sustancial y la formal o jurídica. Desde la primera, se trata de un hecho físico que altera la realidad; desde la segunda, de una circunstancia que atenta contra el interés¹⁰ protegido por las normas que resulta por ello reprochable, esto es, que desencadena una consecuencia de orden jurídico: la obligación de reparar (De Cupis, 1970, pág. 83). A partir de esta comprensión bidimensional, podemos advertir un concepto que nos resulta esclarecedor: se trata de una manifestación del mundo físico con un impacto reflejo en el jurídico, y consiste en la afectación a las capacidades de disfrute (sobre las cosas y sobre las personas) que el derecho le reconoce

y protege a un sujeto del derecho (Tamayo, 2007, pág. 329).

La categoría de daño antijurídico ha sido objeto de interesantes dicusiones que no viene al caso relacionar con amplitud. Sin embargo, debemos decir que se trata del calificativo que reciben aquellos daños ocasionados sin un motivo que los justifique desde el punto de vista jurídico (Tamayo, 2000, pág. 50). De ahí que para algunos sea aquella lesión que la víctima no debe soportar sin importar que provenga de una conducta normal o anormal (irregular) de quien lo causa (García & Fernández, 2008, págs. 342-434).

¿Cuáles daños antijurídicos podrían identificarse en el escenario de anticoncepción fallida? Eventos como el que estamos discutiendo no son nuevos en el debate judicial. La discusión por el tipo de daños que sufren aquellas parejas que tuvieron hijos, después de utilizar operaciones de esterilización como método anticonceptivos, ha resultado ser una fuente constante de nuevas ideas. Sin embargo, como veremos, las principales categorías del daño y sus significados no han tenido mayores modificaciones.

La *teoría de la separación* es una de las nuevas ideas inspiradas en estos casos, que ha permitido ajustar el concepto de daño y aplicarlo en

10 A juicio del profesor Adriano De Cupis, se entiende por interés aquella relación que existe entre un sujeto con necesidades y una cosa que le resulta útil. Dicha valoración se plasma en las normas jurídicas (De Cupis, 1970, pág. 111).

debates concretos de responsabilidad. El planteamiento compartido por padres, jueces y académicos, sugiere que debe distinguirse entre la vida del nuevo hijo y los gastos que genera su sostenimiento a la hora de establecer el daño; esto es, que el nacimiento del nuevo hijo no debe ser considerado como un perjuicio porque ello implicaría darle una valoración puramente económica a la existencia humana (Novellino, 2000). En su lugar, es posible pensar que se lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres, representado en la limitación que se les impone a la hora de decidir libremente el número de hijos que desean tener (Martín Casals & Solé Feliu, 2001) (Macía, 2007) (García Huayama, 2012). Se entiende que dicha afectación acarrea consecuencias morales y patrimoniales.

En cuanto a los perjuicios derivados del nacimiento, se admite la posibilidad de reclamar la reparación de morales y patrimoniales. En la primera modalidad, algunos aseguran que es viable que los padres demanden por la aflicción que sienten al ver frustradas las expectativas que les generaba la libertad de planificar el número de hijos en su familia (Martín Casals & Solé Feliu, 2001) (Gutiérrez Morales, 2011). En la segunda, no existe polémica en cuanto a reconocer los gastos y ganancias dejadas de percibir con motivo del embarazo y el parto. Pero frente a la posibilidad de indemnizar a los padres por los alimentos que tendrán que

suministrar a sus descendientes existe una discusión abierta. Para algunos, como los profesores Martín y Solé (2001), se trata de una obligación que los padres no pueden transferir al civilmente responsable de la anticoncepción fallida, porque ello cambiaría la naturaleza indisponible e irrenunciable de dicha institución familiar. Para otros, como Gutiérrez (2011), la obligación alimentaria es una consecuencia directa de la anticoncepción fallida y su indemnización no afecta la dignidad del menor, por lo que considera que es procedente.

2.2 La imputación en el marco de la responsabilidad civil por anticoncepción fallida

Cuando hablamos de imputación nos referimos a los factores que explican quién debe ser declarado responsable y por qué (Gil Botero, 2013). En eventos de anticoncepción fallida existe consenso al afirmar que los médicos que practican procedimientos quirúrgicos de esterilización, deben asumir la responsabilidad por los daños en dos circunstancias: cuando ejecutan su tarea de manera negligente, desconociendo las reglas especiales que se exigen de su profesión; o cuando se infringe la obligación de informar al paciente acerca de los riesgos y consecuencias que implica el tratamiento (Martín Casals & Solé Feliu, 2001).

En el primer escenario, se advierte que la obligación que tienen los médicos frente a sus pacientes es de medio y no de resultado, por cuanto resulta físicamente imposible garantizar la efectividad absoluta del procedimiento quirúrgico (Gutiérrez Morales, 2011). En el segundo, resulta claro que el consentimiento informado de los pacientes solamente se configura cuando estos conocen con claridad las implicaciones del procedimiento, sus consecuencias, las medidas preventivas que deben emprender para evitar un eventual embarazo y la necesidad de tomar exámenes posteriores para confirmar la esterilidad. Cualquier omisión en este sentido vincula causalmente al personal médico (Martín Casals & Solé Feliu, 2001).

El Consejo de Estado ha acogido estos presupuestos en materia de imputación en eventos de reclamación de responsabilidad estatal por anticoncepción fallida. En el fallo No. 21157 del dos (2) de noviembre de 2011, la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa decidió dar crédito a las excepciones de la entidad demandada al verificar que el personal médico adscrito había informado a los pacientes todos los pormenores y precauciones que debían asumir para evitar un nuevo embarazo (Jorge Zamudio Santana y otra vs. Hospital Regional 'El Salvador' de Ubaté, 2011).

3. Resultados

Al evaluar los argumentos expuestos por el Juez Noveno Contencioso Administrativo del Circuito de Tunja, pudimos evidenciar la presencia de los elementos que señalamos en la sección anterior. Procedemos entonces a presentar las principales consideraciones que llevaron al funcionario a conceder las pretensiones de los demandantes, siguiendo el mismo orden expuesto en la sentencia.

3.1 Presupuestos fácticos de la decisión

El dieciocho (18) de mayo de 2004 la señora ROSA decidió someterse a la práctica de la cirugía Pomeroy después de dar a luz a su segunda hija, para efectos de planificar y por ende no tener en adelante más hijos. A pesar de habersele realizado el POMEROY, a comienzos del año 2005, se dio cuenta que estaba embarazada por tercera vez, dando a luz el 10 de octubre de 2005 a un niño de sexo masculino. Dentro del conjunto probatorio que tuvo a disposición el juez se encontraba un *permiso para intervención quirúrgica, anestesia procedimiento especial o tratamiento médico especial*, dentro del cual se indicaba que el personal médico le había explicado la naturaleza y propósitos de

la intervención quirúrgica, también las ventajas, complicaciones, molestias y riesgos que podían producirse, así como las posibles alternativas al tratamiento propuesto.

Por una parte los demandantes, las entidades debían asumir la responsabilidad por los daños morales causados a la pareja al haber concebido un hijo sin haberlo consentido y por los lucros cesantes que se representaban en el cubrimiento de sus obligaciones alimentarias, desde la fecha del nacimiento hasta aquella en la que la criatura tuviera 25 años. A su juicio, el personal médico había practicado defectuosamente el procedimiento de esterilización por lo que incurrían en una falla del servicio al haber incumplido una obligación de resultado. Por otra parte, las entidades demandadas consideraron que los actores no acreditaron un perjuicio antijurídico y que este no podía derivarse de la existencia de la vida humana, so pena de condenar el nacimiento de un ser humano como un evento nefasto.

3.2 Consideraciones del juez acerca de la imputación de daño

El Juez consideró que las autoridades demandadas debían ser declaradas responsables y reparar los daños, por cuanto se presentó una falla en la prestación del servicio médico al no

haber contado con el consentimiento informado de la paciente. Aunque la paciente suscribió un *permiso para intervención quirúrgica, anestesia procedimiento especial o tratamiento médico especial*, dicho documento no tuvo para el juez el alcance del consentimiento informado por cuanto en modo alguno explica con precisión, claridad y concreción, los riesgos inherentes a la operación de ligadura de trompas Pomeroy:

“De todo lo anterior, queda claro al Despacho que en el caso bajo examen se debió hacer suscribir a la actora un verdadero documento contentivo del consentimiento informado que expresamente revelara las ventajas, desventajas, riesgos, y margen de error de la cirugía de trompas POMEROY para que los actores tuvieran clara la posibilidad o el chance de utilizar un método alternativo de anticoncepción y de esta forma evitar el tercer embarazo que deseaban impedir los accionantes (...) Con las pruebas arrojadas al plenario quedó probado que a la actora solo se le suministró un formato contentivo de una autorización genérica o estándar para permitir cualquier procedimiento efectuado por la Clínica Santa Teresa, pero en modo alguno se le explicó con precisión, claridad y concreción, los riesgos inherentes a la

ligadura de trompas *pomeroy*, específicamente la ausencia de garantía de efectividad en un 100 % de anticoncepción o la posibilidad de recanalización espontánea” (Rosa y otros vs. Mpo Tunja- Comparta Salud Ltda.- Clínica Santa Teresa, 2012)

En efecto, la Ley 23 de 1981 dispuso por imperio legal, la obligación del consentimiento informado en los siguientes términos:

*“Artículo 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 psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.*

Para el Funcionario, el consentimiento informado hace parte del “acto médico” pues su principal objetivo proteger la autonomía del paciente: “Se ha establecido que el defecto de consentimiento informado se considera como un incumplimiento de la “*lex artis ad hoc*” y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, llegando a usar la fórmula de que “la falta de consentimiento informado constituye “*per se*” una mala praxis

ad hoc” (González Morán, 2006, pág. 265). En tal sentido, el consentimiento informado puede definirse 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” (Chepe Ramos, 2010).

Son varios los pronunciamientos que ha realizado el Consejo de Estado en cuanto al consentimiento informado cuando se realiza un procedimiento médico y no se manifiesta a los pacientes las ventajas y riesgos de los mismos.

En primer lugar se encuentra el fallo de 11 de febrero de 2009, Rad. 54001-23-31-000-1993-08025-01 (14726) que estableció las características evidenciables del consentimiento informado:

“... La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse. (...) Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se

documento, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio. El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente”.

También ha sido enfático el Consejo de Estado al manifestar que hay lugar a la indemnización del paciente cuando se le somete a un tratamiento o intervención médicos que implican graves riesgos para su vida o su salud y no se cuenta con su consentimiento, a pesar de que dicho riesgo no se materialice en un agravamiento de sus condiciones de su salud, *v.g.*, el tener un hijo sano. En efecto en sentencia de 18 de febrero de 2010 C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Rad.: 52001-23-31-000-1997-08942-01 (17866):

“A juicio de la Sala, no es acertado considerar que el daño que se causa como consecuencia de la omisión del consentimiento informado del paciente para

aplicarle un tratamiento o intervenirlo quirúrgicamente sea la materialización del riesgo propio de ese tratamiento o intervención, porque no existe nexo de causalidad entre dicha omisión y el daño corporal. (...) En otros términos, el daño que se causa a una persona cuando en procura de mejorar su salud se la somete a un riesgo que de manera libre y conciente no aceptó, no es el daño corporal generado por la materialización del riesgo no consentido, sino el dolor moral que sufre por haber sido sometido, por voluntad de otro, desconociendo sus derechos a disponer de su propia vida, a un riesgo, que él no hubiera asumido, de generarle un mayor daño corporal o la muerte. Por lo tanto, habrá lugar a la indemnización del daño moral causado al paciente cuando se le somete a un tratamiento o intervención médicos que implican graves riesgos para su vida o su salud y no se cuenta con su consentimiento, a pesar de que dicho riesgo no se materialice en un agravamiento de sus condiciones de su salud, porque, se insiste, el daño que se causa con esa omisión no es el corporal sino el desconocimiento del derecho que le asiste a toda persona a disponer libremente de su propia vida y de su integridad física o mental. (...)

Este pronunciamiento deja entrever que lo reprochable es la vulneración al consentimiento informado en sí mismo, sin que su ausencia se haya materializado en un daño corporal, pues aún en ausencia de daño material, las condiciones de vida del paciente se alteran. Y no puede ser de otra forma pues la ausencia de consentimiento informado en la responsabilidad médica es un factor que determina el grado de confianza que el paciente deposita en el galeno, naciendo para este el deber consecuencial de informar los puntuales riesgos del tratamiento, que deben ser precisos para cada tratamiento o procedimiento y no ser una mera autorización genérica para que el procedimiento se aplique en todos los casos.

Respecto de lo antes citado, Romero (Romero Coloma, 2010, pág. 113) cita:

“(...) el paciente lo espera todo del médico y la persona afectada por la enfermedad se empequeñece necesariamente y queda desvalida. De ahí que el Ordenamiento Jurídico proteja al paciente, y el médico que tenga una actuación incompatible con la buena fe y la confianza en él depositada incurre en responsabilidad civil”.

Frente a los elementos a demostrar por falla médica derivada de la ausencia de consentimiento informado, el fallo de 23 de abril de 2008 del Consejo de Estado

(Rad. 63001-23-31-000-1997-04547-01 (15737) C.P. Ruth Stella Correa Palacio), manifestó:

“... 6.2.1 Elementos de la responsabilidad por falta de consentimiento informado. Es deber legal de los médicos brindar información a las personas sobre los procedimientos que juzgan convenientes para el restablecimiento o mejoramiento de su estado de salud, así como sobre las ventajas y riesgos que se derivan de los mismos y sobre las alternativas, en caso de existir (L. 23/85, art. 15), deber que implica que los profesionales de la ciencia médica solo puedan proceder a la realización de dichos procedimientos en el evento de que los pacientes, o en su defecto sus representantes, brinden su consentimiento de manera libre, con las salvedades que más adelante se señalarán. (...). Ahora bien, para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño que supone una intervención médica sin el consentimiento informado del paciente, se requiere el cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 90 de la Constitución, esto es: (2.1.1.) que el médico haya omitido el deber que le impone la ley, bien porque: (i) haya omitido el deber de informar al paciente sobre los efectos,

consecuencias y, en su caso, alternativas de tratamiento (ii) haya brindado la información de manera defectuosa; (iii) o habiendo suministrado de manera correcta toda la información a que haya lugar, no pida el consentimiento al paciente o sus parientes, salvo los eventos de estado de necesidad; (2.1.2.) que se cause un daño, y (2.1.3.) que ese daño sea imputable a la entidad demandada, por existir nexo causal entre la falta del consentimiento informado y el daño”.

Asimismo, consideró que no era dable endilgar responsabilidad en razón a que una cirugía de ligadura de trompas no dio los resultados esperados pues la literatura científica en la materia (Dutt Trevor & Matthews, 1999, pág. 139) es clara en afirmar que la misma no garantiza la anticoncepción en un 100 %. En efecto, la literatura médica traída a colación por la doctrina (Martín Casals & Solé Feliu, 2001) establece la posibilidad de *recanalización espontánea como riesgo inherente* a la vasectomía o a la ligadura de trompas:

“En el caso de vasectomías, los tribunales españoles suelen hablar de un índice de fallos por recanalización espontánea de entre el 0,4% y el 1% (p. ej. STS 25.4.1994 (Ar. 3073); SAP Barcelona 12.6.1989 (RGD 1990, p. 8284). Alguna otra sentencia,

*en cambio, habla de un “0,36% de fracaso de recanalización precoz y 0,03% de recanalización tardía” (SAP Jaén 7.6.1996 [AC 1996\1082]. Sin embargo, la literatura especializada habla de un porcentaje todavía menor: 0,02 (Trevor P. Dutt / Margaret Matthews, 2000, p. 139). **En el caso de ligaduras de trompas, la jurisprudencia española habla de una posibilidad de fracaso de entre un 0,1 a un 0,3%** (concretamente, la STS 27.6.1997, Ar. 5758) habla de un 1 a un 2 por 1000). Otras sentencias hablan de un 0,5% (STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887), o del 0,4% (STSJ Cantabria 11.7.1997, AS 1997\2424). En la literatura especializada se habla de una ratio de fracaso del 0.1 (Dutt / Matthews, 2000, p. 139)”. (Negrilla no es textual).*

Se trata pues de una obligación de medio y no de resultado. En efecto, fruto de la jurisprudencia, en nuestro país se ha superado el encasillamiento que solía dársele a la actividad médica, ya que cuando desaparece el elemento aleatorio para la recuperación del paciente o cuando lo que se persigue no es la curación sino lograr un determinado bienestar o alivio en la integridad humana, nos encontramos frente a una típica responsabilidad de resultado, como sería el caso de las prótesis o cirugías estéticas, donde el médico

efectivamente deberá obtener el fin a que se comprometió con su paciente. Por ello al cirujano estético se le exige una mayor exactitud en sus procedimientos, a fin de obtener el resultado esperado.

Por su parte la obligación de medio, la encontramos, *v.g.*, en aquellas cirugías que buscan controlar la concepción y la natalidad, donde el médico, dados los diferentes sistemas anticonceptivos informa a su paciente que los mismos no ofrecen a la mujer, seguridad absoluta de no volver a quedar embarazada o al hombre, de no volver a engendrar. Además, la literatura médica afirma que ninguno de los métodos anticonceptivos es 100% seguro, ya que, aproximadamente, lo máximo que garantiza es un 95% de posibilidad de no quedar embarazada o engendrar, según el caso (ÁNGEL YÁGÜEZ, 1996. p. 107).

En resumen, el Juez encontró que no debía existir responsabilidad administrativa extracontractual por la falla de la cirugía de ligadura de trompas, en razón a que la literatura científica en la materia es clara en afirmar que la misma no garantiza la anticoncepción en un 100%. Además, la responsabilidad se derivó de la ausencia o incorrección del consentimiento informado, es decir porque no se le advirtió a la pareja que debían tomar métodos de anticoncepción alternos a la cirugía de anticoncepción.

3.3 Consideraciones del juez acerca del daño causado a los padres

El juez evaluó las reclamaciones de daños materiales -en la modalidad de lucrocesante- y morales y consideró que era procedente reconocer solamente éstos últimos. La principal razón fue que aunque el nacimiento no podía considerarse en sí mismo como un daño, sí desencadenaba un cambio de planes en la vida de la pareja que generaba zozobra ante las dificultades económicas que tendrían para afrontar sus nuevas obligaciones:

“Ahora bien, debe anotar el Despacho que el daño sufrido por los demandantes no consiste en la realización misma de la cirugía con efectos contrarios a los deseados (no tener más hijos), sino que se materializa es en la pérdida de la oportunidad de decidir libremente en la posibilidad de complementar la anticoncepción con métodos adicionales al POMEROY, o no, doctrina que se equipara a la tesis francesa de la *“perte d’un chance”*. El daño resulta no solo del hecho de haber privado, de modo negligente, a los padres de la posibilidad de decidir acerca de su nueva situación personal y familiar y de consentir dar la vida a un nuevo ser, sino de los efectos que esa privación conlleva” (Rosa y otros vs. Mpo Tunja- Comparta

Salud Ltda.-Clínica Santa Teresa, 2012).

En cuanto al lucro cesante, partió de la idea de que el nacimiento de un hijo sano no era un daño en sí mismo y por lo tanto tampoco las consecuencias patrimoniales que ello implicara. Ante la ausencia de referentes jurisprudenciales recurrió a los principales planteamientos del profesor Martín Casal (2001) sobre anticoncepción fallida y de la profesora Macía (2005) sobre los eventos de *wrongful birth* y *wrongful life*¹¹. Sobre esta base no fue necesario entrar a evaluar la naturaleza intransferible e irrenunciable de la obligación alimentaria de los padres.

En cuanto a los perjuicios morales, el juez encontró que era posible tasarlos teniendo como punto de referencia los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, utilizados por el Consejo de Estado con los mismos fines (Orbilía Garzón y otro vs. Nación-MinSalud-Dpto. de Quindío-Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios, 2011):

“Del primero se predicó, la finalidad de obtener una indemnización que corresponda al dolor o la aflicción que se padece en la relación familiar, por aspectos atinentes a

la cercanía sentimental y el apego; del segundo, la obtención de una indemnización que corresponda al grado de afectación y que contribuya lo más posible a dejar indemne a las víctimas, en el que debe considerarse el grado de cercanía ateniendo al parentesco o conformación del núcleo familiar (inmediato o no inmediato) y el tipo de perturbación (muerte o lesión física), y el tercero, en virtud del cual se busca la compensación razonada y ponderada de los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima el dolor moral, atendiendo la prohibición de defecto y exceso” (Rosa y otros vs. Mpo. Tunja- Comparta Salud Ltda.-Clínica Santa Teresa, 2012).

En ese orden, concluyó que los padres debían recibir una indemnización mayor que las hijas por ser quienes soportan mayor zozobra ante el cambio de sus circunstancias familiares y económicas.

4. Discusión

Como se puede apreciar en los resultados que presentamos arriba, el Juez se encontró con un evento de responsabilidad frente al que existían muy

11 Estas son circunstancias y acciones diferentes a las que aquí analizamos. En el evento de *wrongful birth*, los padres reclaman reparación por los daños que sufren al haber dado a luz un hijo con malformaciones, producto de la negligencia de los médicos que no informaron previamente acerca de esta situación del feto, pudiéndolo hacer. En *wrongful life* el escenario es el mismo pero quien reclama es el propio hijo ante las adversidades que tiene que afrontar por su discapacidad. En ambos casos, el nacimiento de un hijo no se considera un daño (aun cuando tenga malformaciones) (Macía Morillo, 2005, pág. 630).

pocos precedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que tuvo que echar mano de algunas categorías soportadas por textos escritos por expertos extranjeros. Las premisas centrales de su razonamiento fueron tres: el nacimiento de un hijo sano no puede ser considerado como un daño en sí mismo, la práctica del procedimiento quirúrgico de esterilización Pomeroy no genera para los médicos una obligación de resultado y la imputación del daño se puede configurar cuando el personal médico no haya contado con el pleno consentimiento informado del paciente, aunque la cirugía se haya realizado cumpliendo la *lex artis*.

Aunque la primera premisa cumplió un papel orientador en el desarrollo del argumento del juez y se soportó en ideas extrañas a la jurisprudencia tradicional (Macía Morillo, 2005) (Martín Casals & Solé Feliu, 2001), en ningún momento implicó una transformación radical de categorías como daño o imputación. El segundo planteamiento tuvo como soporte las ideas planteadas por los profesores Martín y Solé (2001) en lo relacionado con los resultados y la efectividad de la cirugía de ligadura de trompas. Sin embargo, el Juez no tuvo muchas dificultades en asociarlo con los conceptos de obligación de medio y de resultado, propios del derecho civil. Este es un claro ejemplo de cómo, a pesar de la novedad del caso,

el Funcionario encontró elementos jurídicos tradicionales para decidir. En cambio la tercera, fue el resultado de cotejar los avances del Consejo de Estado en la materia con los elementos específicos del caso. En últimas, a pesar de ser un escenario exótico el Fallador pudo encontrar dentro de su cúmulo de categorías tradicionales elementos suficientes para decidir.

5. Conclusión

Como pudimos evidenciarlo en la discusión, la novedad del caso no fue un detonante absoluto de propuestas radicalmente diferentes por parte del Juez. En términos más paradigmáticos, la anomalía no suscitó por sí sola un cambio de paradigma, sino que despertó la creatividad del Juzgador para generar *operaciones de ajuste al paradigma tradicional*. Lo anterior confirma la idea del profesor Kuhn (Kuhn, 1978) sobre las revoluciones científicas, en cuanto a que el desarrollo de las ciencias (en nuestro caso del derecho) es una tarea colectiva que no se despliega por el simple hecho de encontrarse *anomalías*, sino por el esfuerzo constante de los científicos (jueces, litigantes, profesores) de cuestionarse aquello que ya se da por sentado cuando se enfrentan a problemas que antes no se habían explicado (Kuhn, 2004).

6. Referencias

Jorge Zamudio Santana y otra vs. Hospital Regional 'El Salvador' de Ubaté, 21157 (Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera. Subsección B 2011 de noviembre de 2011).

Orbilia Garzón y otro vs. Nación-MinSalud-Dpto. de Quindío-Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios, 20144 (Consejo de Estado. SCA. Sección Tercera 19 de agosto de 2011).

Rosa y otros vs. Mpo. Tunja- Comparta Salud Ltda-Clinica Santa Teresa, 2006-1969 (Juzgado Noveno del Circuito Judicial Administrativo de Tunja, 26 de enero de 2012).

Bustamante, J. (1983). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Chepé Ramos, É. (2010). *Acto médico y consentimiento informado*. Recuperado el 2 de febrero de 2011, de www.virtual.unal.edu.co/cursos/economicas/91337/ayudas/manuales/acto_medico.pdf

De Cupis, A. (1970). *El daño (Traducido por Ángel Martínez Sarrión)*. Barcelona: Bosch.

Dutt Trevor, P., & Matthews, M. (1999). *Gynaecology*. London: Cavendish.

García Huayama, J. C. (1 de julio de 2012). *Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones por wrongful bith (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta)*. Recuperado el 4 de marzo de 2014, de www.derechoycambiosocial.com/revista029/responsabilidad_civil_por_nacimiento_con_discapacidad.pdf

García, E., & Fernández, T. R. (2008). *Curso de derecho administrativo. Tomo II*. Lima: Temis-Palestra.

García, J. A. (2008). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En F. Mantilla, *Controversias constitucionales* (págs. 24-69). Bogotá: Universidad del Rosario.

Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

González Morán, L. (2006). *De la bioética al bioderecho. Libertad, ida y muerte*. Bogotá.

Gutiérrez Morales, A. A. (2011). Presupuestos de responsabilidad de la Administración por prestación de servicios médico-sanitarios en un caso de anticoncepción fallida. *Revista Colombiana de Derecho de Daños Vol. 1 No. 1*, 2-20.

Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Kuhn, T. (1978). *Segundos pensamientos sobre paradigmas*. Madrid: Tecnos.

Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Macía Morillo, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Barcelona: Tirant lo Blanch.

Macía, A. (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. *Revista de Derecho Universidad del Norte* No. 27, 3-37.

Martín Casals, M., & Solé Feliu, J. (julio de 2001). *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*. Recuperado el 4 de marzo de 2014, de www.idret.com: http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf

Novellino, N. (2000). La procreación indeseada atribuida a mala praxis médica y la responsabilidad por daños. En N. Novellino, *Derecho de daños (cuarta parte)* (págs. 191-235). Buenos Aires: Ediciones La Roca.

Romero Coloma, A. M. (2010). Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad

civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* No. 722 (nov.-dic.).

Tamayo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado. El daño antijurídico (Constitución Política. Artículo 90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Legis.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.

Tamayo, J. (2008). Análisis de la interpretación valorista del derecho. En F. Mantilla, *Controversias constitucionales* (págs. 70-135). Bogotá: Universidad del Rosario.

Villoro, M. (1982). *Introducción al estudio del derecho*. México D. F.: Porrúa.

Von Tuhr, A. (2001). Tratado de las obligaciones. En J. Duque, *Del daño. Compilación y extractos* (págs. 65-81). Bogotá: Editora Jurídica de Colombia.

Sentencias.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 1999, expediente 12.165, Consejero Ponente, Doctor JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA sentencia de

24 de febrero de 2005, expediente: 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170) Actor: Próspero Curcho Ávila, Demandado: Nación - Ministerio de Salud y otros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente: 68001-23-15-000-1995-00940-01(15528), Actor: Luis F. Bayona y otros Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional

Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia de 22 de marzo de 2001, expediente: 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166),

Actor: Clementina López Bautista, Demandado: Instituto de Seguros Sociales:

Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente, Doctora RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 73001-23-31-000-1995-02349-01(15725), actor: Luis Antonio Alvarado Pantoja y otros, demandado: Hospital Federico Lleras Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085), Actor: Elvira Caballero Corredor, Demandado: CAPRECOM.