



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Expediente: 41262
Radicación: 81001233100020090005101
Actor: Helena¹
Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y
E.P.S. Comparta
Acción: Reparación directa

Temas: Anticoncepción fallida (*wrongful conception*). La vida como daño resarcible. Derecho a la libertad reproductiva. Alcance. Derecho a la información. Daños al proyecto de vida. Teoría de la autodeterminación. Daño moral. Presunción. Daños materiales, casos en los que son indemnizables.

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 17 de marzo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La demandante asistía, por decisión voluntaria, a un programa de planificación familiar en la E.S.E. demandada, donde se le administraba mensualmente por vía intramuscular el anticonceptivo Nofertyl. No obstante y pese a su decisión de limitar el número de hijos –por razón de

¹ Conforme a lo ordenado en el numeral séptimo de la parte resolutive de esta sentencia se suprimen los nombres reales de los involucrados con el fin de proteger su derecho a la intimidad. Para tal efecto, se hará referencia a la demandante como “Helena” y a su hijo como “Nicolás”.

sus condiciones económicas y puesto que tenía cuatro–, concibió un quinto descendiente, hecho que considera dañino, pretende imputarlo a las demandadas y exigirles una reparación, por cuanto afirma: (i) que el medicamento que le fue administrado era adulterado y (ii) que la entidad prestadora de los servicios de salud no le informó el margen de error del método contraceptivo indicado. La indemnización de perjuicios pretendida corresponde al daño moral padecido, al daño a la vida de relación y a los gastos de crianza y educación del menor.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Mediante escrito presentado el 3 de noviembre de 2009 (fl. 28, c. 1) ante el Tribunal Administrativo de Arauca, la demandante promovió demanda de reparación directa en contra de la E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y la E.P.S. Comparta, con el fin de obtener lo siguiente:

1. Solicito que mediante el trámite del proceso ordinario de REPARACIÓN DIRECTA, se declare que la I.P.S. EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEPARTAMENTAL DE PRIMER NIVEL MORENO Y CLAVIJO DE ARAUCA (...) y la Empresa Promotora de Salud COMPARTA E.P.S. (...) son solidaria, civil y administrativamente responsables de todos los daños antijurídicos y perjuicios tanto de orden material, moral como fisiológico que le fueron causados a la señora Helena.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordenará a las entidades demandadas REPARAR INTEGRALMENTE Y DE MANERA SOLIDARIA O MANCOMUNADA y pagar por concepto de daños morales por el sufrimiento, dolor y preocupación que le ha causado a la señora Helena la suma equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Como consecuencia de la declaración de responsables a los demandados, se ordenará a las entidades demandadas REPARAR INTEGRALMENTE Y DE MANERA SOLIDARIA O MANCOMUNADA a pagar por concepto de indemnización por daño en la vida de relación que le ha causado a la noventa (sic) señora Helena, lo cual estimo en la suma de millones (\$90.000.000) de pesos m/te (sic).

4. Como consecuencia de la declaración de responsables (...) se ordenará a las entidades demandadas (...) pagar por concepto de daño emergente que le

ha causado a la señora Helena, lo cual estimo por la suma de un millón (\$1.000.000).

5. Como consecuencia de la declaración de responsables (...) se ordenará a las entidades demandadas (...) pagar por concepto emergente futuro (sic) a favor de la señora Helena, para lo cual estimo que se debe asegurar el menor NICOLÁS, al sistema general de seguridad social en salud hasta que cumpla 25 años de edad si continúa sus estudios universitarios, lo cual estimo en la suma de dieciocho millones seiscientos treinta y siete mil quinientos pesos (\$18.637.500) M/CTE.

6. Como consecuencia de la declaración de responsables (...) se ordenará a las entidades demandadas (...) pagar por concepto de daño emergente futuro a favor de la señora Helena para lo cual estimo que se debe asegurar la educación del menor NICOLÁS al sistema de educación primaria, básica, secundaria y universitaria hasta los 25 años de edad, lo cual estimo en CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$180.000.000).

7. Como consecuencia de la declaración de responsables (...) se ordenará a las entidades demandadas (...) pagar por concepto de daño emergente futuro a favor de la señora Helena para lo cual estimo que se debe ASEGURAR para el menor NICOLÁS una pensión de vida representada económicamente en un (1) salario mínimo mensual legal vigente, hasta que cumpla los 25 años, lo cual estimo en CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETENTA MIL PESOS (\$149.070.000) M/CTE.

8. Sobre las sumas a que resulten condenadas las entidades demandadas se dispondrá lo que ordenan los artículos 176 y 177 del C.C.A., en cuanto a pago de intereses corrientes y moratorios, lo que se aplicarán desde la ejecutoria de la sentencia que señale tales sumas; quedando solicitado su reconocimiento y pago en esta forma.

9. Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas conforme lo han dispuesto las últimas jurisprudencias de la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

1.2. Sustento fáctico

Para el año 2008 la señora Helena había convivido en unión libre con el señor Óscar Javier Guerrero Bernal por 12 años y tenían cuatro hijos, de 12, 11, 8 y 2 años. El lugar de residencia del grupo familiar era el municipio de Tame – Arauca.

Después de analizar la situación económica, social y cultural en la que se desenvolvían, decidieron acceder a un programa de planificación familiar a través de la E.P.S. Comparta, a la que estaba afiliada la demandante.

El 16 de julio de 2008 la señora Helena asistió al Hospital San Antonio de Tame, servicio de consulta externa, en donde inició un programa de

planificación con el medicamento denominado Nofertyl ampollas, anticonceptivo que le fue administrado ese mismo día, según consta en la historia clínica. El 16 de agosto de 2008 la demandante acudió nuevamente a control y se le administró una nueva dosis del referido medicamento anticonceptivo; lo mismo ocurrió el 16 de septiembre y el 16 de octubre del mismo año.

El 4 de febrero de 2009 la demandante asistió a control en el que se verificó que “quedó en embarazo utilizando Nofertyl y FUM 15/07/2008 FPP 22/04/2009”. Asistió a controles prenatales los días 4 de marzo y 3 de abril siguientes. Finalmente, el 14 de abril de 2009 nació el quinto hijo de la demandante, quien fue llamado Nicolás.

Los referidos hechos le generaron a la demandante perjuicios materiales, psíquicos, morales y a la vida de relación, “por causa del embarazo no programado ni esperado (...) como producto de la falla del servicio asistencial que durante el período del programa de planificación dio un resultado adverso al esperado”.

1.3. Sustento jurídico

Para la demandante, los daños que el embarazo le generó, correspondientes al hecho de haber quedado embarazada sin estar preparada económica y psicológicamente para ello, son imputables a las demandadas, por cuanto actuaron en forma negligente y con desconocimiento de los protocolos, normas y guías aplicables, lo que determinó que el programa de planificación no fuera efectivo y culminara “con el nacimiento posterior del hijo no deseado”. Lo anterior permite suponer, a juicio de la actora, que el medicamento anticonceptivo que le fue administrado se encontraba adulterado “por la no garantía de cumplimiento de la ESE Departamental Moreno y Clavijo de el (sic) manejo farmacéutico adecuado”.

Afirmó que la EPS demandada incurrió en “culpa por responsabilidad en la evaluación de los prestadores de servicios de salud de su red, evaluación del sistema de garantía de la calidad de sus prestadores, evaluación y seguimiento de los lotes de medicamentos comprados por la I.P.S., idoneidad, capacidad de reacción en situaciones de emergencia”.

Dijo que existen eventos en los que los prestadores del servicio de salud tienen el compromiso de garantizar determinados resultados y que cuando un paciente se somete al cuidado de determinada institución de salud, cualquier daño que padezca se presume que fue derivado de una falla en la prestación del servicio. Aunado a ello, existía un deber de información sobre los riesgos y beneficios del método de planificación familiar escogido y de la existencia de un período de adaptación, deber que incumplieron las demandadas que no le explicaron la existencia de probabilidades de embarazo, por lo que consideró que no hubo un verdadero consentimiento informado de la paciente para la administración y uso del anticonceptivo.

2. Posición de las demandadas

En la oportunidad procesal prevista para el efecto, las demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y señalaron:

2.1. COMPARTA E.P.S.

Indicó que el 23 de agosto de 2009 esa entidad realizó una visita con el fin de hacer seguimiento al programa de planificación en el Hospital San Antonio de Tame, donde se verificó la historia clínica de la demandante (fl. 154, c. 1). Allí se encontró que ella inició a planificar el 6 de julio de 2007 con el medicamento Microgynon, que continuó con el programa en los meses de agosto y septiembre siguientes y no acudió en el mes de octubre. Dijo que la paciente acudió nuevamente el 17 de enero de 2008, momento en el que cambió el método de planificación por la ampolla Nofertyl, luego de lo cual solo regresó el 16 de junio de 2008 “consultando

que va a iniciar a planificar (...) continúa en control el 17 de julio, vuelve en agosto, septiembre y octubre de 2008”.

Manifestó que el lote de ampollas Nofertyl utilizado en la paciente se encontraba dentro del término de su vigencia y fue recogido para su verificación por parte del laboratorio fabricante “Lafranco”, “cuyo resultado fue normal no se encontró alteración”.

Dijo que la paciente solo se afilió a Comparta E.P.S. a partir del 1 de agosto de 2008, época en la que contaba cuando menos con 14 días de embarazo, teniendo en cuenta que su última menstruación tuvo lugar el 15 de julio de 2008, esto es, ya estaba en embarazo al momento de su afiliación a esa entidad, por lo que no puede endilgarle a Comparta fallas en el control del método de planificación familiar.

Propuso las siguientes excepciones:

“Inexistencia de culpa, ni de (sic) relación de causalidad entre la conducta y/o atención desplegada por la empresa social del Estado Hospital San Antonio de Tame y los posibles daños presuntamente sufridos por Helena y Nicolás”, por cuanto considera que durante el tratamiento de planificación que se surtió en esa entidad se ejecutó el servicio médico de manera idónea, diligente e inmediata.

También indicó que el embarazo obedeció a una situación ajena, irresistible e imprevisible para la EPS, por lo que se configuró una fuerza mayor que la exonera de responsabilidad.

2.2. E.S.E. Moreno y Clavijo

Aseguró que las ampollas de Nofertyl que se encontraban en el hospital no tenían problema alguno ni habían sido adulteradas, tal como lo certificó el laboratorio fabricante Lafranco, por lo que no se configuró ninguna

responsabilidad de la entidad. Además, consta en el expediente que el 17 de julio de 2008 la demandante estaba en embarazo y no es posible que se la haya administrado el mencionado anticonceptivo en estado de gestación, lo que impone la necesidad de “investigar las causas de la posible adulteración de documentos”.

3. La sentencia apelada

El 17 de marzo de 2011 (fl. 270, c. ppal), el Tribunal Administrativo de Arauca dictó sentencia adversa a las pretensiones de la demanda.

Para el *a quo*, aunque se alegaron presuntas fallas derivadas del medicamento anticonceptivo administrado a la demandante, la única prueba aportada fue la historia clínica, en la que se verifica que la concepción tuvo lugar entre la última semana de junio y la primera semana de julio de 2008, según lo constató la ecografía obstétrica que le fue practicada el 22 de diciembre de ese año y que reveló que para la fecha del examen contaba con 24 semanas de gestación, lo que quedó confirmado con la época del parto que tuvo lugar, en condiciones normales, el 14 de abril de 2009.

Ningún esfuerzo probatorio se adelantó para demostrar las presuntas fallas en la prestación del servicio por parte de las demandadas y, por el contrario, surgen dudas acerca del hecho consistente en que la primera inyección anticonceptiva le fue administrada tan solo una o dos semanas antes de la concepción, el 16 de junio de 2009. Por su parte, en la historia se anotó que la paciente tenía un riesgo reproductivo medio con el método utilizado, con posibilidades de embarazo del 50%.

Indicó que la carga de acreditar la falla alegada le correspondía a la parte actora y que no puede aplicarse al caso un régimen objetivo de responsabilidad, por lo que no es posible exigir a las demandadas la acreditación de una causa extraña cuando no se demostró la falla que

permita imputarles responsabilidad en este evento particular, “comoquiera que la actora no demostró la adulteración o ineffectividad por vencimiento del inyectable NOFERTYL utilizado como método anticonceptivo aplicado a la actora, a más de que desde el punto de vista científico ningún método farmacéutico anticonceptivo produce una efectividad absoluta”.

4. El recurso

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora presentó en su contra recurso de apelación (fl. 302, c. 1).

Consideró que la sentencia impugnada se fundó en una apreciación errónea del consentimiento informado sobre métodos de planificación familiar, por cuanto las falencias en el suministro de la información permiten por sí mismas considerar que existe responsabilidad del Estado en el presente caso. Las demandadas debían acreditar que suministraron a la paciente información idónea y real sobre el método de planificación utilizado.

La demandante debía tener plena conciencia de los riesgos del método utilizado y no la tuvo. Empero, el fallo de primera instancia desconoció dicha situación al afirmar que el grado de riesgo de embarazo era conocido por la paciente, mujer campesina, con bajo nivel educativo y con ausencia de cualquier conocimiento en salud.

También consideró la impugnante que, en atención a las particularidades de cada evento, es posible que se invierta la carga de la prueba, siendo claro que en el presente caso eran las demandadas quienes estaban en mejor condición de demostrar la idoneidad del medicamento aplicado, y puesto que el INVIMA es la única autoridad con competencia para certificar si este era auténtico.

Afirmó que se demostró la existencia de denuncias de adulteración del

medicamento Nofertyl y de las quejas por la presunta ineffectividad del fabricado por el laboratorio Lafrancol S.A., sin que haya explicación razonable sobre el fracaso terapéutico del mismo, hecho que fue desconocido por la sentencia impugnada.

Adujo que el tribunal no valoró que la ESE demandada no cumplió con los estándares mínimos de atención, la historia clínica no está foliada, no cuenta con los componentes de identificación, presenta unas hojas sistematizadas y otras diligenciadas manualmente, no existe la debida secuencialidad en la anotación de las atenciones, no consta el consentimiento informado de la paciente ni de las recomendaciones realizadas; tampoco cumplió la entidad los criterios para la prestación del servicio farmacéutico ni contaba con un comité de compras efectivo que pudiera verificar la autenticidad de los medicamentos adquiridos.

Dijo que en la época de la concepción, la demandante llevaba tres meses planificando con Nofertyl, contrario a lo afirmado en la sentencia de primera instancia, pues el alumbramiento ocurrió el 14 de abril de 2009, con 40.1 semanas de gestación.

Solicitó, en consecuencia, que se revoque la decisión impugnada y, en su lugar, se dicte sentencia favorable a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público emitió concepto sobre el fondo del asunto (fl. 331, c. ppal) y solicitó que se confirme la decisión impugnada, por considerar que la tesis actual de la jurisprudencia en casos de falencias en la prestación del servicio médico es la de falla probada del servicio; por ende, las afirmaciones sobre el presunto desconocimiento y falta de vigilancia en la adquisición de medicamentos no están exoneradas de prueba, por lo que

le correspondía a la actora demostrarlas y no lo hizo, pues ningún elemento material probatorio se aportó para demostrar que las ampollas de Nofertyl que le fueron administradas estaban adulteradas. Tampoco se acreditaron los presuntos incumplimientos de protocolos de atención y de procedimientos por parte del personal involucrado en el servicio.

Indicó que mucho antes de la iniciación del tratamiento anticonceptivo, el 30 mayo de 2007, se había indicado a la paciente el riesgo de concepción pese a la planificación familiar, por lo que ella era consciente de la existencia de sus probabilidades de embarazo.

Dijo que en aplicación de la presunción prevista en el artículo 92 del Código Civil no hay duda que la concepción se produjo en forma posterior a la aplicación del medicamento Nofertyl; sin embargo, no quedó acreditada una falla como generadora de la concepción, por lo que es claro que ello ocurrió porque ese método anticonceptivo no goza de una efectividad total.

Finalmente, adujo que el daño alegado por la concepción del quinto hijo de la demandante no resulta antijurídico “por que (sic) a pesar de ellos, considerarlo una carga, es un privilegio”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Jurisdicción y competencia

Es esta jurisdicción la llamada a resolver la controversia, en atención al carácter público de la empresa social del Estado demandada E.S.E. Departamental Moreno Clavijo. La vinculación procesal de dicho ente público atrae a la entidad promotora de salud del régimen subsidiado Comparta E.P.S. al ámbito de competencia de la justicia administrativa.

La Sala es competente para conocer del asunto en razón de la cuantía, de la que deriva su vocación de doble instancia, en consideración a que la mayor de las pretensiones al tiempo de la demanda, correspondiente a los perjuicios morales que reclamó para sí la demandante, equivale a 1.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

1.2. Acción procedente

En los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la acción procedente para deprecar en sede judicial la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente reparación de perjuicios derivada de una falla en la prestación de los servicios médicos es la de reparación directa, tal como fue promovida por la demandante.

1.3. Legitimación en la causa

1.3.1. De la parte activa

A la Sala no le merece duda el legítimo interés de la actora, quien acude en nombre propio y como directa afectada en el presente evento. El de las demandadas surge en razón de las imputaciones de la demanda sobre su conducta en la prestación del servicio a su cargo, que justifican que estén llamadas a integrar la parte pasiva de la controversia.

En efecto, las pruebas del proceso dan cuenta de que la atención en materia de planificación familiar la recibió la señora Helena en el Hospital San Antonio de Tame, I.P.S., que hace parte de la red de la E.S.E. Departamental Moreno y Clavijo, según se estableció en el artículo 1 del Decreto 334 de 28 de julio de 2005 (fl. 61, c. 1), por medio del cual se creó dicha entidad.

Por su parte, no es un hecho discutido en el proceso que el asegurador de los servicios de salud de la actora en el régimen subsidiado era Comparta E.P.S. a partir del 1 de agosto de 2008, tal como lo afirmó la demandante (hecho quinto de la demanda) y lo reconoció como cierto esa accionada (fl. 155, c. 1), así como consta en su documento de afiliación (fl. 32, c. 1).

1.4. La caducidad de la acción

El ordenamiento jurídico prevé la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales. Si se promueven por fuera del límite temporal previsto en la ley, el ciudadano pierde la posibilidad de hacer efectivo su derecho sustancial ante la administración de justicia.

En cuanto a las pretensiones que se ventilan a través de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dispone que estas deben llevarse al conocimiento del juez en un término máximo de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente).

El presente caso se funda en la ocurrencia de unas presuntas fallas en la atención médica y en el servicio de planificación familiar, que determinaron, a juicio de la demandante, la concepción no deseada, hecho del que tuvo conocimiento cierto y demostrado el 22 de diciembre de 2008 (fl. 64, c. 2), época en la que consta que le fue practicada una ecografía obstétrica que determinó que cursaba un embarazo de 22 semanas. Esta será la fecha a tenerse en cuenta para efectos del inicio del término de caducidad de la acción, comoquiera que no se registra en la historia evento anterior que dé cuenta del conocimiento cierto e inequívoco del estado de gestación de la paciente. Por tal razón, como la demanda se promovió el 3 de noviembre de 2009 (fl. 28, c. 1), no hay duda de que lo fue dentro del término legal.

2. Problema jurídico

Para decidir el recurso interpuesto analizará la Sala, de acuerdo con las pruebas aportadas, si la demandante acreditó haber padecido un daño antijurídico y si este puede imputarse a las demandadas. Para ello, la Sala deberá verificar si el hecho mismo de la concepción es susceptible de ser calificado como dañino y si es posible que se comprometa la responsabilidad del Estado prestador del servicio de salud en casos de una anticoncepción fallida. Dicho análisis también se abordará desde la perspectiva de la víctima, con el fin de establecer si en este tipo de eventos pueden aparecer comprometidos derechos y garantías jurídicamente protegidas y, en caso afirmativo, se adelantará el consecuencial juicio de imputación respecto de las demandadas.

3. Análisis probatorio

Con las pruebas recaudadas en el proceso, se acreditaron los siguientes hechos relevantes para la decisión del *sub lite*:

3.1. La señora Helena acudió en el año 2007² al Hospital San Antonio de Tame (fl. 15, c. 2), al servicio de atención en planificación familiar, donde refirió tener cuatro hijos y afirmó que hasta ese momento había utilizado Microgynon como medicamento anticonceptivo, por un lapso de seis años previos a la atención. En esa oportunidad, la decisión fue continuar con el mismo método y se anotó en el registro de la atención que tenía un riesgo reproductivo medio. Refirió como fecha de la última menstruación el 28 de mayo de 2007.

3.2. El 30 de mayo de 2007 (fl. 62, c. 2), en la misma institución se diligenció el formulario denominado “*Índice de Riesgo Reproductivo*”, en un formato del Sistema Nacional de Salud, en el que se refirió un riesgo medio, en atención a la edad, el número de partos previos (4), el estrato

² No se registró la fecha exacta.

socioeconómico y el intervalo entre embarazos. Allí se confirmó que el anticonceptivo prescrito fue Microgynon.

3.3. Consta en la historia clínica que a partir del 16 de junio de 2008, el método anticonceptivo utilizado por la paciente fue Nofertyl (fl. 63, c. 2), que se le administró también el 16 de julio, el 16 de agosto, el 16 de septiembre y el 16 de octubre del mismo año.

3.4. El 22 de diciembre de 2008 (fl. 64, c. 2) se le practicó una ecografía obstétrica a la demandante, en la que se advirtió un embarazo de 24 semanas y bienestar fetal, con fecha probable de parto estimada para el 23 de marzo de 2009.

3.5. El 13 de abril de 2009 (fl. 76, c. 1) la demandante acudió al servicio de urgencias, con 40,1 semanas de gestación y allí le fue atendido el trabajo de parto; el día 14 del mismo mes y año se produjo el nacimiento de un niño de 2880 gramos de peso, en buenas condiciones de salud. También da cuenta la historia que en esa misma atención la paciente fue esterilizada mediante la técnica denominada Pomeroy. Así se refirió en la historia: “Previa asepsia y antisepsia se realiza incisión de 3 cms, que compromete pared ant de abd, se exteriorizan trompas, se pinzan, corta y ligan con vikryl No. 0. Se cierra pared así: pp fascia con vikril No. 0, piel con prolene No. 3-0 se termina el acto QX, sin complicaciones” (fl. 95, c. 2). El procedimiento fue autorizado por la paciente en la misma fecha (fl. 103, c. 2).

3.6. La E.P.S. Comparta allegó el acta de visita de campo No. 01 realizada al Hospital San Antonio de Tame, en la que consta:

El día 13 de agosto se realizó visita de seguimiento y auditoría a la historia clínica No. 26020 de la señora Helena con el propósito de dar seguimiento al programa de planificación familiar, la cual se revisa en coordinación con la Jefe Esmeralda Osorio quien está como administradora encargada, la Jefe coordinadora de Programas Claudia Mendoza. Dentro de la revisión se encontró que la señora en mención inició planificación familiar el día 6 de julio de 2007 con método oral Microgynon continúa en el programa agosto y septiembre en octubre no asistió vuelve en noviembre y continúa el 12 de

diciembre de 2007-. Acude nuevamente el 17 de enero de 2008 cambiando de método, inicia con ampolla de Noferty (sic), no volvió sino hasta el día 16 de junio de 2008 consultando que va a iniciar a planificar, manifiesta la jefe encargada de la atención, continúa en control el 17 de julio, vuelve en agosto, septiembre y octubre de 2008. Refiere la Jefe Claudia Mendoza que dentro de la valoración siempre la usuaria manifestó presentar ciclo menstrual. Después de octubre no volvió a control, llega nuevamente este año a control prenatal donde refirió que la fecha de última regla fue el 15 de julio de 2008.

La farmacia el señor Luís Santana (sic) presenta información acerca de los métodos que están utilizando en el momento:

Nombre: Nofertyl ampolla

Lote: 68488

Registro: 2004M003601

Fecha de vencimiento: noviembre de 2011

(...)

Las ampollas de Nofertyl que se están utilizando ahora son el reemplazo de los lotes 21947 y 21957 con registro INVIMA M003611 fecha de vencimiento junio de 2009, que fueron recogidas por el laboratorio de Lafranco para análisis. El proveedor es el señor Óscar Evelio Durán desde el 22 de diciembre de 2006 el cual recibe suministro directamente del laboratorio Lafranco, el lote en mención fue recogido directamente por el laboratorio para valoración cuyo resultado fue normal no se encontró alteración, este reporte se encuentra en la unidad Especial de Salud de Arauca, dicha información la dio el doctor Diego Luís Márquez Bedoya jurídico de la ESE Moreno y Clavijo.

3.7. Se allegó certificado expedido por la E.P.S. Comparta, en el que consta que la demandante está afiliada a esa entidad administradora del régimen subsidiado desde el 1 de agosto de 2008.

3.8. El 4 de mayo de 2009 se registró el nacimiento de Nicolás, que tuvo lugar el 14 de abril del mismo año, hijo de Helena y su compañero (fl. 30, c. 1).

4. Análisis de la Sala

4.1. El daño

Corresponde a la Sala determinar, *ab initio*, si, de acuerdo con las particularidades del asunto puesto a su consideración, es posible advertir la existencia de un daño antijurídico padecido por la demandante. Para ello se impone analizar si el nacimiento de un hijo “no deseado” puede ser considerado en sí mismo como un evento lesivo para los padres y si la

concepción no querida corresponde *stricto sensu* a la transgresión de una garantía jurídicamente protegida.

Es fundamental la importancia que la definición del daño conlleva en el presente asunto, pues se plantea un tema controversial, cual es el de establecer si el hecho de engendrar una nueva vida puede corresponder a una situación dañina y resarcible, bajo el entendido de que se trata de casos denominados en el ámbito angloamericano como *wrongful conception* o *unwanted pregnancy*, expresiones que ha utilizado la jurisprudencia y la doctrina para referirse a los casos que en nuestra lengua son conocidos como concepción no querida o anticoncepción fallida.

4.1.1. La concepción como daño en el derecho comparado

El antecedente mediato de este tipo de reclamaciones en los Estados Unidos “se encuentra en las acciones de *disadvantages* o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria) – inicialmente denominadas *wrongful life*, que desde el caso *Zepeda v. Zepeda* de 1963³, comenzaron a plantearse ante los tribunales estadounidenses”⁴. Estas fueron inicialmente rechazadas por los jueces, quienes fundaron sus decisiones, entre otros aspectos, en la preocupación de alentar demandas de cualquier persona que podría considerar como adverso el hecho de su nacimiento⁵ en determinadas

³ MACÍA, Andrea, “La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*” en, *Revista de Derecho*, No. 27, Universidad del Norte, Barranquilla, 2007, p. 8. “En particular, en el primero de estos casos, la demanda, en concreto, se centraba en la privación de una infancia normal en un hogar igualmente normal (*Zepeda v. Zepeda*). Los hechos de este caso eran los siguientes: el padre del demandante (este último menor de edad) había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; pero el matrimonio nunca se produjo, puesto que el hombre estaba ya casado. El niño que nació era, pues, ilegítimo”.

⁴ MACÍA, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 44.

⁵ Respecto de los daños producidos por el propio nacimiento es ilustrativo el caso de Nicolás Perruche, quien nació en Francia en 1983 con graves minusvalías que tuvieron su génesis en la rubeola que no fue diagnosticada oportunamente (en las 12 primeras semanas de gestación) a su progenitora durante la gestación, quien había expresado su deseo de interrumpir el embarazo si se confirmaba la enfermedad y se vio privada de la posibilidad de someterse a un aborto terapéutico. Aunque la familia fue indemnizada el hijo emprendió demanda, con el fin de obtener una reparación por el hecho de tener que hacer frente a la vida en las condiciones desventajosas

condiciones socioeconómicas, de enfermedad, raza o cualquier otra característica familiar que pudiera considerar desafortunada⁶.

No fue infundada la preocupación en tal sentido, por cuanto los supuestos de hecho de reclamaciones asociadas al derecho a la vida han evolucionado hacia distintos ámbitos, en los que se ha intentado obtener la declaratoria de responsabilidad de un tercero por el hecho de no impedir la concepción o el nacimiento⁷.

Sobre el entendimiento de estos eventos como un verdadero daño resarcible, se han planteado en el derecho comparado diversas posiciones

en las que nació. Sobre este caso ver: LALATTA, Marina, “Bioética y autonomía a partir del caso Perruche”, en *Revista Derechos y Libertades*, Università degli Studi di Bologna, número 25, 2011, pp. 87-113.

⁶ El referido caso Zepeda v. Zepeda de 1963 lo resolvió la Corte de Apelaciones de Illinois con el siguiente argumento: “*That the doors of litigation would be opened wider might make us proceed cautiously in approving a new action, but it would not deter us. The plaintiff's claim cannot be rejected because there may be others of equal merit. It is not the suits of illegitimates which give us concern, great in numbers as these may be. What does disturb us is the nature of the new action and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation*”. Ver en: http://www.leagle.com/decision/196328141IIIApp2d240_1238/ZEPEDA%20v.%20ZEPEDA.

Traducción libre: “El que las puertas de los litigios se abrirían más ampliamente podría hacernos proceder con cautela en la aprobación de una nueva acción, pero no nos lo impedirá. La reclamación del demandante no puede ser rechazada porque puede haber otras de igual mérito. No son las demandas de los hijos ilegítimos las que nos preocupan, en grandes números como pueden presentarse. Lo que nos perturba es la naturaleza de la nueva acción y las demandas relacionadas que serían alentadas. El estímulo se extendería a todos los otros nacidos en el mundo en condiciones que podrían considerar como adversas. Uno podría reclamar daños y perjuicios por haber nacido de un determinado color, otro debido a su raza; uno por haber nacido con una enfermedad hereditaria, otro para heredar las características familiares desafortunadas; uno por haber nacido en una familia grande y en la miseria, otro porque un padre tiene una mala reputación”.

⁷ “A partir de ese punto, los supuestos de reclamaciones de responsabilidad relacionadas con la vida se han ido multiplicando progresiva y paulatinamente. Así, de la reclamación frente a los progenitores se pasó a la reclamación a los médicos que no impedían esos nacimientos y, desde ahí, a la reclamación de los progenitores a los médicos, cuando se producía el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado. Se trataba, en este segundo caso, de las llamadas acciones de *wrongful conception*, en que uno o ambos progenitores plantean una demanda de responsabilidad frente a un profesional sanitario ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, habían tratado de evitar por una de estas tres vías: esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas), uso de métodos anticonceptivos o práctica de un aborto. En todos estos casos, el problema surge de que el procedimiento fracasa y no se alcanza el resultado deseado, pues nace un niño; y aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento no deseado el daño sobre el cual se articula la demanda. En otras palabras, los progenitores solicitan una indemnización por el hecho de haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado”. MACÍA, Andrea, op. cit., p. 9.

judiciales en casos de anticoncepción temporal o definitiva fallida, en los que las reclamaciones pecuniarias se han dirigido contra los prestadores de los servicios de salud.

4.1.1.1. Tesis restrictiva

En un primer ámbito se encuentra aquella que respalda la idea de que el nacimiento de un hijo sano no puede considerarse como perjudicial, sostenida por ejemplo en Estados Unidos de América por el Tribunal Supremo de Nevada en el caso *Szekeress v. Robinson* (1986); según esta decisión no puede haber ninguna concesión de daños por el nacimiento de un hijo sano, bajo el entendido de que ese acontecimiento, de por sí, no es una consecuencia perjudicial legalmente compensable incluso si el nacimiento es parcialmente atribuible a la conducta negligente de alguien que pretende ser capaz de prevenirlo⁸; esta postura cierra la puerta a una posible reclamación en la que se alegue el nacimiento de un hijo como un daño, aunque exista negligencia del profesional a cuyo cargo estuvo la anticoncepción.

Esta tesis también ha sido aceptada por el Tribunal Supremo Español (STS 5.6.1998 Ar. 4275), al afirmar 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”⁹. Según esta postura el hecho de la vida no puede considerarse como un daño desde ninguna perspectiva y, por el contrario, debe resaltarse como un valor fundamental de la sociedad.

⁸ Visto en <http://law.justia.com/cases/nevada/supreme-court/1986/15115-1.html>. *Today this court decides that in Nevada the birth of a normal child is not a civil wrong for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages. Even if negligent or careless conduct were found to have contributed to the eventual birth of Erica, this event would not give rise to tort liability in negligence.*

⁹ Cfr. CASALS, Miquel Martín y FELIU, Josep Solé, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, en *Revista para el análisis del derecho*, InDret 03/2001, Girona, 2001, p. 8.

4.1.1.2. Tesis moderada o teoría de la separación

También se ha sostenido en el ámbito del derecho comparado otra postura más moderada, estructurada desde la doctrina y la jurisprudencia alemana, de acuerdo con la cual, desde un punto de vista teórico, es posible diferenciar entre la vida o el nacimiento del niño y los gastos que genera su manutención, con lo cual el daño indemnizable en estos eventos no son los primeros, sino el último, posición que intenta alejar el asunto de un contexto moral, para incluirlo en uno eminentemente patrimonial¹⁰.

Empero, este razonamiento, también conocido como teoría de la separación (*Trennungslehre*), defendido por autores como Harrer y Ostheide, igualmente ha tenido críticos en la doctrina alemana, que consideran que esa concepción reduce al niño al nivel de un mero objeto y lo instrumentaliza al tratar de cubrir sus gastos de manutención mediante una acción judicial, cuando al mismo tiempo sus padres lo cuidan y aceptan como un miembro más de la familia¹¹, lo cual consideran un contrasentido.

En el Reino Unido, es representativo de una postura similar el caso *MacFarlane and another v. Tayside Health Board*, de 25 de noviembre de 1999, que trata de un paciente al que la demandada le había practicado una vasectomía y posterior recuento de espermatozoides que daba cuenta del presunto éxito del procedimiento, resultado que fue informado a la familia; sin embargo, los esposos *MacFarlane* concibieron su quinto hijo, con fundamento en lo cual reclamaron por el dolor y angustia que sufrieron desde el nacimiento hasta el parto y por los costos de crianza del nuevo miembro de la familia¹². Al resolver el asunto se estimó que no era posible

¹⁰ Visto en: <https://app.vlex.com/#vid/17745102> y citado en: MACÍA, Andrea. *La responsabilidad médica...*, p. 337.

¹¹ Cfr. PICKER, E. “*Schadensersatz für das unerwünschte Kind - Wrongful Birth, Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer rückschritt*”, AcP, 1995, p. 483 – 547.

¹² La síntesis del caso que precede a la decisión es la siguiente: “*The relevant facts in this appeal are very few, the legal issue difficult. The facts are that Mr. McFarlane underwent a vasectomy operation on 16 October 1989; by letter of 23 March 1990 he was told that his sperm counts were negative. In September 1991 (following the resumption of intercourse without contraceptive measures), Mrs. McFarlane became pregnant and their fifth child, Catherine, was born on 6 May*

considerar como un daño indemnizable el valor de los alimentos debidos por los padres al hijo¹³, bajo la perspectiva de lo injusto e irrazonable de una reclamación que incluyera los costos de la manutención, sin estimar los beneficios que la procreación del hijo estaba llamada a irrogarles¹⁴. Esta misma posición ha sido defendida por un sector de la doctrina al señalar que “los padres no pueden transferir al civilmente responsable de la anticoncepción fallida [su obligación alimentaria frente a los hijos], porque ello cambiaría la naturaleza indisponible e irrenunciable de dicha institución familiar”¹⁵.

4.1.1.3. Tesis amplia o teoría de la autodeterminación

El Tribunal Supremo Español ha abierto paso a una tesis más amplia, estructurada desde el punto de vista de los derechos fundamentales, según la cual el daño resarcible en los eventos de *wrongful conception* no es otro

1992. *They claim that Mrs. McFarlane suffered pain and distress from the pregnancy and birth and that they both have incurred and will incur costs in rearing Catherine, all due to the negligence of the defendant*”. Traducción libre de la Sala: “Los hechos relevantes en esta apelación son muy pocos, la cuestión jurídica difícil. Los hechos son que el señor McFarlane se sometió a una operación de vasectomía, el 16 de octubre de 1989; mediante escrito de 23 de marzo 1990 se le dijo que sus recuentos de esperma fueron negativos. En septiembre de 1991 (tras la reanudación de las relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas), la señora McFarlane quedó embarazada y su quinta hija, Catalina, nació el 6 de mayo de 1992. Afirman que la señora McFarlane sufrió el dolor y la angustia del embarazo y el parto y que ambos han incurrido en los gastos de crianza de Catalina, todo debido a la negligencia de la demandada”.

¹³ Empero, se reconoció en este caso una compensación extrapatrimonial por los efectos físicos del embarazo y el parto.

¹⁴ Lord Hope of Craighead explicó las razones de su voto: “*it would not be fair, just or reasonable, in any assessment of the loss caused by the birth of the child, to leave these benefits out of account. Otherwise the pursuers would be paid far too much. They would be relieved of the cost of rearing the child. (...). But the value which is to be attached to these benefits is incalculable. The costs can be calculated but the benefits, which in fairness must be set against them, cannot. The logical conclusion, as a matter of law, is that the costs to the pursuers of meeting their obligations to the child during the childhood are not recoverable as damages*”. Traducción libre de la Sala: “No sería equitativo, justo o razonable, en cualquier evaluación de la pérdida causada por el nacimiento del niño, no tener en cuenta sus beneficios. De lo contrario, se pagaría demasiado a los padres. Ellos serían relevados del costo de la crianza del niño. (...). Pero el valor que se va a unir a estos beneficios es incalculable. Los costos pueden ser calculados, pero los beneficios, que en justicia se deben establecer en su contra, no pueden serlo. La conclusión lógica, como una cuestión de derecho, es que los costos para los actores del cumplimiento de sus obligaciones con el niño durante la infancia no son indemnizables como daños”.

¹⁵ CASALS, M.M y FELIU J.S, citados por, ARIAS, Fernando, “*Responsabilidad del estado por anticoncepción fallida: Estudio de caso sobre el ajuste de paradigmas*”, en Revista Principia Iuris No. 22, 2014-II, p. 94.

que la lesión de la libertad de procrear como manifestación del libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10.1 de la Constitución española¹⁶. Así lo hizo, por ejemplo, al resolver el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, en el litigio promovido por una ciudadana a quien se le implantó un dispositivo intrauterino (DIU) que resultó defectuoso e inadecuado para el uso al que estaba destinado (la anticoncepción), pues finalmente concibió mientras usaba el referido método. La demanda fue promovida contra la Diputación Provincial de Valencia por la actuación del Centro de Planificación Familiar de Gandía; también se demandó a la firma DIU S.A. que suministró el dispositivo frente al que no se acreditó haber realizado pruebas suficientes para establecer su aptitud.

En las sentencias de instancia se declaró la responsabilidad de las demandadas y se las condenó al indemnizar los daños materiales y morales generados por el embarazo no deseado. La decisión no fue casada, por cuanto el Alto Tribunal consideró demostrada la actuación negligente consistente en suministrar un DIU con deficiencias en su fabricación y sin haber realizado debidamente las pruebas sobre su eficacia antes de distribuirlo. Se consideró como argumento relevante para la decisión el hecho de que dicha negligencia pudo imponer a la accionante situaciones contrarias a su su libre determinación¹⁷.

¹⁶ Artículo 10, numeral 1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁷ Tribunal Supremo Español, STS 5762/1999 - ECLI: ES:TS:1999:5762. “Ha quedado decidida la responsabilidad directa de la Diputación, que le impone el artículo 1902 del Código Civil, en base a los hechos probados, ya que llevó a cabo actuación negligente propia al suministrar y disponer por el **Centro** de anticonceptivos DIU con deficiencias en su fabricación, sin acreditar haber llevado a cabo actuación alguna o información adecuada para comprobar que resultaban aptos, incurriendo en grave omisión, al tratarse de material que pudo incluso afectar a la salud de la actora con ocasión de su implantación, por lo que se le retiró en cuanto se comprobaron las irregularidades que afectaban al anticonceptivo de referencia. Concorre adecuada relación causal produciendo daño al frustrar las expectativas de no desear el embarazo de la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación.

Los experimentos en los seres humanos de productos creados por el ingenio del hombre, deben admitirse con reservas cuando su actividad dispositiva no resulta suficientemente acreditada y se ha de contar en todo caso con el consentimiento del interesado, pero de ninguna manera y ha de rechazarse desde la órbita legal como desde la atalaya del humanitarismo, cuando se trata de

En la misma línea, al definir el recurso de casación contra la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, -que negó la pretensiones de un hombre que se sometió voluntariamente a una vasectomía, no obstante lo cual se hizo padre en forma posterior, hecho que se tuvo por plenamente demostrado por cuanto la prueba científica demostró la paternidad con una probabilidad del 99,99%- consideró que la frustración sobre la decisión libre sobre la paternidad conlleva una restricción de la autodeterminación y del libre desarrollo de la personalidad¹⁸. Pese a que no casó la sentencia, también resaltó la importancia del derecho a la información¹⁹ en cuanto a los riesgos

experimentos que pueden atentar a la salud o de imponer situaciones no deseadas, como sucede en el caso que nos ocupa, y aun reconociendo que la ciencia médica e industrias complementarias deben mantener actividad investigadora constante en la procura de mejorar la salud del ser humano, pero no se encuentra justificación alguna cuando se trata de atentar contra la misma vida e imponer situaciones contrarias al don de la libertad, como uno de los más anhelados por el hombre.

El motivo se rechaza. Se trata de un acto de medicina voluntaria, es decir que la actora no acudió al **Centro** para la curación de una dolencia patológica o psíquica, sino para utilizar el medio anticonceptivo que ofrecía, a fin de planificar su situación **familiar** y no por ello excluye el actuar culposo, si bien la relación creada se aproxima a un contrato de arrendamiento de obra al perseguirse un resultado concreto, perfectamente decidido, pero, en todo caso, ha de atenderse a la obligación de medios y, con ello, que estos deben ser los adecuados e idóneos para conseguir el fin pretendido, que se frustró al haber concurrido las circunstancias impositivas que se dejan dichas, en las que tuvo intervención coadyuvante directa la Diputación juntamente con la empresa fabricante y suministradora del anticonceptivo” –Resaltado original–. Ver en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=2943312&links=Centro%20de%20Planificación%20Familiar%20de%20Gand%20C3%ADa&optimize=20031203&publicinterface=true>

¹⁸ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso. STS 7033/2000 - ECLI: ES:TS:2000:7033. “No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la **decisión sobre la propia paternidad o maternidad** y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas **decisiones** personalísimas en cuanto no afecten al **mínimum ético** constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución)” – Resaltado original–. Ver en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3027037&links=decisión%20sobre%20la%20propia%20paternidad%20o%20maternidad&optimize=20031106&publicinterface=true>.

¹⁹ *Ibidem*, “Por otra parte, esta Sala observa que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente. Mas esto no minora la exigencia de mayor rigor en el

de no obtener los resultados esperados tratándose de tratamientos a los que se somete voluntariamente el paciente²⁰.

El referido análisis de la jurisprudencia entrega sólidas bases para adelantar un verdadero juicio de responsabilidad en estos eventos, en tanto puede servir de guía para la comprensión de la existencia de un daño antijurídico al progenitor fundado en la transgresión de los derechos a su autodeterminación, sin lesionar la dignidad del hijo.

4.1.2. Reconocimiento internacional de los derechos de salud sexual y reproductiva sin discriminación de género

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo²¹, los Estados miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas reconocieron que el derecho a la salud reproductiva conlleva la decisión libre sobre la procreación y la posibilidad de determinar el número de hijos. Así se señaló²²:

*La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, (...) **entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.** Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las*

deber de información en la medicina satisfactoria, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos. A ello se añade, finalmente, la consideración de que cuando la propuesta de la intervención encaminada a lograr un determinado resultado procede de los propios servicios médicos, especialmente si estos están integrados en la red pública de salud, la asunción de la iniciativa acentúa, si cabe, el deber de información”.

²⁰ En la categoría de medicina satisfactoria, entendida esta en el contexto de la decisión en cita como aquella que se asume voluntariamente sin que medie una patología que lo imponga.

²¹ El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994.

²² *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, 2014 (texto comentado), p. 405.

*parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual... De este modo, "(...) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. **Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. –Se resalta–***

El párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²³ impone a los Estados partes²⁴ la obligación de asegurar a la mujer los mismos derechos que al hombre respecto de la facultad de decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos²⁵. Así lo prevé:

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que

²³ El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones. Ver: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

²⁴ Colombia ratificó la Convención mediante la Ley 51 de 2 de junio de 1981.

²⁵ De igual manera, el artículo 12 de la referida Convención dispone la necesidad de eliminar los actos de discriminación hacia la mujer en la esfera de la atención médica, "*inclusive los que se refieren a la planificación de la familia*".

sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

4.1.3. La libertad reproductiva en el derecho interno

La Constitución Política de Colombia no es ajena al reconocimiento de la libertad reproductiva, lo que se vislumbra en el propio texto constitucional que destaca como aspecto fundamental de la familia el derecho que le asiste a las parejas de decidir el número de hijos que desea tener²⁶. De ese modo, el Estado colombiano reconoce que cada núcleo familiar puede tener distintos matices en lo que respecta a la decisión libre de sus integrantes de reproducirse o no y en qué medida. Por supuesto y, enhorabuena, ese derecho está garantizado en el ámbito interno sin distinción alguna de género y corresponde a los jueces propender porque su aplicación práctica no imponga algún tipo de discriminación.

Dicha garantía constitucional ha sido interpretada por la Corte Constitucional como inherente al derecho al libre desarrollo de la personalidad, al tiempo que ha precisado los ámbitos en los que procede su protección, así²⁷:

El derecho a decidir de manera libre y responsable el número de hijos que se desea tener, es a su vez una de las expresiones de los denominados derechos sexuales y reproductivos en los que se encuentran implícitos otros derechos de rango fundamental como el derecho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la información, a la salud y a la educación.

5.2.3. De un lado, los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva asociada con la progeneración responsable consagrada en el artículo 42 Superior, y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento. Este derecho supone la prohibición de cualquier interferencia externa en la toma de este tipo de decisiones personales, por lo cual se considera vulnerado cuando la persona es sometida a cualquier tipo de violencia física, psicológica o a actos de discriminación, como embarazos, esterilizaciones o abortos forzados. Los

²⁶ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 42 (...) “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2014.

*derechos reproductivos también amparan el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos y **acceso a información y métodos de anticoncepción**.*

5.2.4. Por otra parte, los derechos sexuales reconocen la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros. Asimismo, protegen el acceso a servicios de salud sexual. Al respecto, la Corte ha destacado que “la protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo”. –Se destaca–

Aunque a nivel nacional son escasos los pronunciamientos judiciales sobre la responsabilidad del Estado en casos de *wrongful conception*, la Sala conoció en el año 2011 de un proceso de reparación directa en el cual una pareja que concibió un hijo pese a que previamente se le habían ligado las trompas de falopio a la mujer mediante el procedimiento conocido como *pomeroy*²⁸. En ese asunto, luego de haberse constatado mediante interrogatorios de parte a los actores que el nacimiento de su hijo les causó felicidad y fue bien recibido por ellos, pese a su decisión previa de no tener más hijos, se consideró que el daño indemnizable pretendido no era otro que la afectación al libre desarrollo de la personalidad, materializado en la posible vulneración de su voluntad reproductiva. En todo caso, no se encontró mérito para declarar responsable a la demandada, quien demostró haber informado previamente a la paciente sobre todos los riesgos inherentes al procedimiento, incluida la recanalización de las trompas, que finalmente ocurrió y dio lugar a la concepción. Se afirmó en el referido antecedente:

*16. En primer lugar, se advierte el hecho de que los demandantes no consideran como **daño** el estado de embarazo en sí, esto es, la espera de un nuevo ser y su nacimiento. Así en declaración rendida por Jorge Zamudio este expresó:*

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de noviembre de 2011, exp. 21157, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Pregunta: Diga si el nacimiento de su hijo Jorge Elkin fue bien recibido por ustedes los familiares. Contestó: una vez que salió ella de la cirugía claro yo sentí alegría, porque el niño ya estaba bien, lo mandaron a incubación un par de horas sabiendo ya nació bien me siento feliz (...) Pregunta: Diga si considera usted que el nacimiento de su hijo Jorge E fue un beneficio para ustedes. Contestó: Pues una vez nacido sabiendo que es hijo de nosotros bien venido sea porque no tenemos otra alternativa.

Por su parte Cecilia Corte Tocachón dijo:

Pregunta: Diga cual ha sido la aceptación del menor Jorge Elkin por parte de usted. Contestó: Está bien recibido, ya no había nada más que hacer, aceptar la realidad. (...) Pregunta: Finalmente diga al despacho si en la actualidad usted considera que la llegada de su hijo Jorge Elkin ha sido un beneficio para ustedes y su familia. Contestó: Si claro que ahorita estamos contentos con el niño, lo que pasa es que llevo 12 años casada y no tengo una casa donde alojarlos, vivo alojada al pie de mi suegra.

*16.1 La Sala considera, de la interpretación de la demanda, que el **daño** alegado por los demandantes se centra en la vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto resultaron en estado de embarazo, luego de que se le realizara a Cecilia Cortés la operación de ligadura de trompas, a la que habían optado luego de decidir de manera libre no tener más hijos, en razón a su escasa capacidad económica y una vez se les informó que dicho método era de esterilización definitiva. –Resaltado original–*

4.1.4. El derecho a la información como componente de la libertad sexual y reproductiva, y el deber estatal de transparencia activa

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 paciente²⁹:

Como es sabido en sus comienzos, históricamente, estaba configurada de manera vertical y asimétrica. El médico, dotado de su conocimiento científico y competencia técnica, tomaba aquellas decisiones que afectaban al paciente, quien en situación doliente y carente de aquel saber dependía a todos los efectos del profesional sanitario. Es de destacar que al no tener capacidad de decisión tampoco asumía responsabilidad alguna por las decisiones, que recaía, evidentemente, en el medico

²⁹ SISO M. Juan, “Información y *lex artis*. Su planteamiento respecto de los médicos y su inserción en la práctica clínica diaria”, Madrid, 2005. Ver en: <http://www.juansiso.es/Almacen/INFORMACION%20Y%20LEX%20ARTIS.pdf>

La consideración de la persona como ser autónomo, introducida por el protestantismo no pudo por menos que afectar a la relación Médico – Paciente, llevando a una progresiva horizontalización de la misma, convirtiendo este vínculo en simétrico. Esto explica el tránsito de la relación de modelo vertical (con el Médico como protagonista) al antes referido de tipo horizontal (en donde el protagonismo lo asume el Paciente).

La importancia de este cambio se sitúa en numerosos aspectos, pero quiero mencionar aquí su relevancia en el campo de la información. Bajo criterio del modelo vertical la información se le dispensa al Paciente sólo para obtener su colaboración (seguimiento de una terapia). Conforme al modelo horizontal, sin embargo, el objeto de la información es conformar (dar forma) la voluntad del Paciente para que pueda tomar decisiones (ejercer su autonomía, en definitiva) orientadas a consentir o a disentir (como lógico reverso) respecto de las acciones propuestas por el medio sanitario.

El actual modelo, horizontal y simétrico, desarrolla un continuo (sic) intercambio de información entre ambas partes. El paciente se la proporciona al médico, quien analizada ésta, elabora un plan, diagnóstico o terapéutico. En este conjunto de acciones el paciente cobra su auténtica dimensión de protagonista, emitiendo, a su vez, más información al médico del desarrollo y vivencia del plan puesto en marcha. El médico examina y valora esta información y comunica al paciente sus criterios y conclusiones. En virtud de esta información el paciente va tomando sus decisiones, de las cuales asume su propia responsabilidad.

Esta forma de proceder introduce en la actuación del médico un elemento antes ausente. Tradicionalmente el componente de dicha acción era el científico – técnico, al que ahora se añade el humano y relacional. Indudablemente se aporta un elemento más que puede aumentar la dificultad de la labor del médico, pero que, sin duda, la ennoblece por hacerla más humana.

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo³⁰ los Estados miembros reconocieron que la salud reproductiva está en ocasiones fuera del alcance de muchas personas, en razón de la carencia de conocimientos suficientes sobre la sexualidad humana y de la pobre información suministrada a los pacientes, lo que llevó a concluir que³¹:

*Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, **incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual.** Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos **y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.***

³⁰ El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994.

³¹ *Ibidem*, p. 420

–Se resalta–

Recientemente, en el informe denominado “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³² resaltó el valor de la información para el ejercicio pleno de la libertad reproductiva que impone deberes positivos a cargo del Estado, en especial respecto de las poblaciones vulnerables, luego de verificar la existencia de barreras preocupantes barreras en el acceso a ella, en especial de las mujeres:

25. La CIDH considera que la obligación de suministrar oficiosamente información (llamada también obligación de transparencia activa), apareja el deber de los Estados de suministrar información pública que resulte indispensable para que las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales o satisfacer sus necesidades básicas en este ámbito. Ello es particularmente relevante cuando la información versa sobre temas relacionadas a la sexualidad y la reproducción, ya que con ello se contribuye a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y fundamentadas respecto de estos aspectos tan íntimos de su personalidad.

26. En este sentido, el derecho de las mujeres de acceso a la información en materia reproductiva hace surgir una obligación proactiva u oficiosa a cargo del Estado, debido al reconocimiento de las limitaciones que suelen tener las mujeres, particularmente las mujeres pobres, indígenas y/o afrodescendientes y quienes habitan en zonas rurales, para acceder a información confiable, completa, oportuna y accesible que les permita ejercer sus derechos o satisfacer sus necesidades. En estos casos, y como se desarrollará más adelante, el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental usualmente, aunque no necesariamente, asociado a la satisfacción de otros derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

27. La CIDH ha abordado desde algún tiempo el acceso a información en materia reproductiva en forma inicial. En su informe regional sobre la situación de las mujeres en las Américas del 1998, según las respuestas enviadas por los Estados sobre salud y salud reproductiva, la Comisión comprobó la existencia en la región de problemas graves de acceso a información básica, atención médica y social adecuados. La CIDH recomendó a los Estados adoptar medidas para tener la información estadística y los recursos necesarios con el fin de adoptar planes y programas que permitan a las mujeres el ejercicio pleno del derecho a la salud.

Con fundamento en ello, la Comisión recomendó a los Estados miembros³³:

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, 22 de noviembre de 2011. Ver en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf>

³³ En lo tocante al numeral 2 que se transcribe, la Ley 1412 de 2010, reguló a nivel interno el derecho a la información en casos de anticoncepción quirúrgica, empero, no estaba vigente en la época de los hechos que se deciden.

IV. RECOMENDACIONES

116. *El presente informe ha reseñado los principios mínimos que los Estados miembros de la OEA deben observar para garantizar la protección del derecho al acceso a información en materia reproductiva en condiciones de igualdad. La Comisión espera con sus recomendaciones, contribuir con los esfuerzos de los Estados en esta materia:*

1. *Adecuar el ordenamiento jurídico interno sobre acceso a la información y educación sobre salud sexual y reproductiva a los estándares internacionales en materia de derecho de acceso a información con los que los Estados se han comprometido a seguir, y que las políticas y programas elaborados con la participación de las propias mujeres, tengan consistencia con las metas establecidas por los Estados para mejorar el flujo de información en materia reproductiva.*
2. *Analizar, desde los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales y mediante un escrutinio estricto, todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas en el ámbito de la salud para que garanticen el derecho al acceso a la información en materia sexual y reproductiva y la obligación estatal de brindarla. En consecuencia deben asegurar que la información que se brinde sea oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa.*
3. *Incorporar procedimientos administrativos sencillos, efectivos e idóneos que puedan ser utilizados por todas las personas para solicitar información requerida.*
4. *Incorporar procedimientos judiciales eficaces, para la revisión de decisiones de funcionarios públicos que nieguen a las mujeres el derecho de acceso a una determinada información o que simplemente omiten dar respuesta a la solicitud.*
5. *Garantizar la confidencialidad en el acceso a información en materia sexual y reproductiva.*
6. *Asegurar la obligación de los profesionales de la salud de informar a las mujeres sobre su salud para que éstas puedan adoptar decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de sexualidad y reproducción.*
7. *Asegurar que la información proporcionada esté adecuada al público que la requiere, especialmente para que las mujeres que hablen otras lenguas puedan acceder a la información en sus propias lenguas.*
8. *Establecer protocolos para el acceso efectivo a la información cuando se presentan casos de objeción de conciencia.*
9. *Revisar las normas penales que obligan a los profesionales de la salud a violar la confidencialidad y el secreto profesional según los estándares internacionales sobre la materia.*
10. *Garantizar el acceso a la historia clínica de las pacientes que la requieran y establecer mecanismos de sanción frente al incumplimiento de tal disposición.*
11. *Implementar medidas para que los sistemas de información, reflejen de manera adecuada la situación a nivel nacional y local de la salud de las mujeres, tales como cifras de necesidades en planificación familiar, morbi-mortalidad materna, mortalidad neonatal, y sus causas, con la finalidad de tomar decisiones y acciones efectivas.*
12. *Establecer políticas sistemáticas de capacitación y entrenamientos de funcionarios estatales sobre el derecho al acceso a la información en todos los ámbitos estatales.*
13. *Promover la difusión masiva de información sobre la salud y los derechos de las mujeres indígenas, afrodescendientes y las que habitan en zonas rurales, para garantizar su participación efectiva en la toma de decisiones sobre su salud reproductiva e integrar a las adolescentes con un enfoque en la prevención de la maternidad temprana.*

14. Que los presupuestos nacionales contemplen la producción de estadísticas confiables en materia de salud sexual y reproductiva desagregada como mínimo por sexo, género, etnia y edad.

El derecho a obtener la debida información cobra máxima relevancia cuando se acude en procura de asistencia y asesoría para la planificación familiar, pues aunque el conocimiento específico en esta materia no suele llegar a un porcentaje significativo de la población, conforme a lo analizado³⁴, lo cual tiene la virtualidad de impedir a las personas el ejercicio pleno e informado de su libertad reproductiva, nada justifica que cuando se ha buscado atención médica sobre el particular, no le sean informados al paciente los pormenores del método ofrecido y administrado, para que la decisión de autorizarlo o no sea adoptada de manera consciente y libre, es decir que el paciente tenga elementos de juicio que le permitan discernir y ponderar los márgenes de eficacia y error, de cara al ejercicio de su libertad sexual con miras al propósito de no procrear.

4.1.5. El daño derivado de la anticoncepción fallida

Bajo el referido panorama, el problema jurídico que le corresponde a la Sala resolver es precisamente determinar si la anticoncepción fallida puede generar un daño, entendido como la afectación cierta, concreta, determinada o determinable de una situación jurídica protegida y, en caso afirmativo, en qué consiste.

Para abordar dicho análisis la Sala parte de una premisa esencial de acuerdo con la cual, haciendo abstracción de cualquier tipo de consideración o debate confesional, filosófico o ideológico, desde el punto de vista jurídico la vida humana constituye un valor supremo que demanda del Estado su protección en los diferentes ámbitos, de tal modo que si esta no se garantiza carece de sentido el reconocimiento de otras prerrogativa subjetivas. Sin embargo, no es posible desconocer el debate que se plantea si en algunos eventos el hecho mismo de la concepción de una

³⁴ Ver pie de página 32.

nueva vida puede o no constituir un hecho dañoso, pues abordado el problema desde la perspectiva de la naturaleza humana y el reconocimiento de su dignidad tiene serias implicaciones tanto éticas como jurídicas³⁵.

Ahora bien, debe precisarse que el *thema decidendum* se limita a los casos de *wrongful conception*, esto es, de concepción no querida o anticoncepción fallida, por lo que para su definición es preciso separarlo de consideraciones respecto de otros casos 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 existencia³⁶.

En los casos de anticoncepción fallida, como el presente, el fundamento de las pretensiones resarcitorias se sostiene en la concepción no deseada como daño y se dirige a la reparación de sus consecuencias lesivas, materiales e inmateriales, por lo que una solución plausible, desde el punto de vista del derecho de daños para la determinación de la existencia de una verdadera lesión a una situación jurídica protegida, tiene que ver con la existencia de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida.

La Sala no desconoce que la capacidad reproductiva corresponde a una de las funciones corporales inherentes al ser humano, la cual garantiza la perpetuación de la especie y, en consecuencia, la existencia misma de la sociedad; sin embargo, esta condición no permite inferir que las personas tienen el deber jurídico de procrear; por el contrario, el ordenamiento constitucional reconoce el derecho a determinar el número de hijos,

³⁵ Cfr. CASTAÑO, Patricia, *Derecho, Genoma Humano y Biotecnología*, Bogotá, Temis, 2004.

³⁶ Estos eventos son conocidos en la doctrina como *wrongful life* y *wrongful birth*, en razón de si quien reclama reparación por el hecho de la vida es el mismo ser o sus padres, respectivamente. Ver: MACÍA, Andrea, “*La Responsabilidad Médica ...*”, p. 49.

garantía reproductiva que va de la mano con el libre desarrollo de la personalidad, conforme al cual cada individuo es libre de decidir su vida y la manera en que habrá de conformar su familia, derecho para cuyo ejercicio se requiere, sin duda, de información clara y precisa respecto de las posibilidades de anticoncepción que la ciencia ha producido.

Si bien pueden existir discusiones morales y aún religiosas frente a la decisión libre de no procrear o de planificar la familia, estas no pueden ni deben prevalecer judicialmente al momento de dilucidar si una posible interferencia en la libre decisión sobre dichos aspectos puede ser fuente de daños. Por el contrario, debe partirse del hecho objetivo de acuerdo con el cual la Constitución reconoce el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, la libertad reproductiva, como garantías fundamentales. Así, no hay duda de que la decisión libre sobre la procreación está consolidada en nuestro ordenamiento jurídico como un bien jurídicamente protegido, se itera, con independencia del género de su titular.

Así las cosas, debe concluirse que la vulneración a dicha prerrogativa tiene la potencialidad de generar un daño antijurídico que atenta contra un derecho que la Constitución garantiza. Sin embargo, ello impone establecer cuáles son los eventos en los que puede entenderse menoscabada la libertad reproductiva, ligada íntimamente a la libertad sexual, esto es, teniendo en cuenta que la concepción surge como consecuencia plausible e inherente al ejercicio de esta.

En efecto, la posibilidad de procrear está generalmente latente en cada ser humano en condiciones psicofísicas adecuadas que decide ejercer su libertad sexual, realidad que sirve de instrumento para establecer los casos en que la libertad reproductiva puede aparecer vulnerada, como aquellos en los que la concepción es fruto de la infracción a la primera de las referidas garantías, esto es, cuando media la transgresión al libre consentimiento en el ejercicio de la sexualidad.

En atención a la existencia de innegables avances biotecnológicos, también pueden existir otros casos de lesión a la libertad reproductiva, cuando se incide en la libre determinación de las personas frente al número de hijos que se desea tener, como cuando se impide en forma injustificada la procreación o, por el contrario, se la propicia en forma no consentida. De igual manera, surge su vulneración cuando en forma no consentida se interrumpe el proceso de gestación, casos en los que esa transgresión va aparejada con la de otras garantías tanto de la madre como del hijo por nacer.

En suma, hay lesión de la referida garantía cuando un tercero interviene ilegítimamente en la decisión positiva o negativa respecto de la procreación, a través de cualquier conducta activa u omisiva que impida su pleno ejercicio. En estos eventos, se insiste, debe prescindir el juez de criterios respecto de lo que considera o no correcto, para dar paso a la protección del querer del lesionado, cuya decisión libre es la que determina que el hecho de la concepción pueda eventualmente producirle un daño, aunque para otro pueda significar que ello solo genera beneficios, como lo expresó el Ministerio Público con ocasión de este asunto.

Al respecto, precisa la Sala que el daño surge como consecuencia de la afectación de un querer legítimo individual, que modifica un proyecto de vida o lesiona la libre decisión en la conformación de la familia, situación fáctica que no es susceptible de ser juzgada desde la óptica moral de un tercero, normalmente ajeno a las consideraciones personales del afectado.

No obstante, ese daño, como cualquier otro, debe ser cierto, determinado o determinable y aparecer demostrado, carga que le corresponde a quien lo padece y sin que para ello baste la afirmación *a posteriori* de sentirse lesionado por el hecho de la concepción. Así, para la Sala no resulta suficiente la sola afirmación de quien se dice afectado en su decisión de no tener hijos o de limitarlos a un determinado número, toda vez que debe

acreditar la certeza del daño y para ello se requiere demostrar la existencia de una decisión libre, personal y definitiva previa, como un proyecto de vida personal o familiar, según el caso, y como reflejo de una posición consciente e informada.

No basta, se insiste, con afirmar que se había adoptado una determinada decisión respecto del número de hijos, sino que se debe acreditar con cualquier medio probatorio que, en efecto, la concepción vulneró la libertad reproductiva y, por ende, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.

En esas condiciones, la Sala considera que la vulneración a la libertad reproductiva y sus consecuencias dañosas en el plano personal no pueden, en ningún caso, afectar la dignidad del hijo nacido o del que está por nacer, toda vez que poseen a nivel del derecho interno e internacional una protección jurídica reforzada.

La posición de la Sala difiere de la *Trennungslehre* alemana en la que se separa el nacimiento del menor de los gastos que ello conlleva; lo que se sostiene en esta oportunidad es que el verdadero daño susceptible de ser reparado tiene que ver con la vulneración del derecho a la decisión libre de procrear o no y sus consecuencias en el plano personal del titular de esa garantía, desligada de los derechos inherentes al nuevo ser, que siguen siendo protegidos. En suma, el daño no se erige por el hecho de la vida en gestación o por el nacimiento de un nuevo ser humano, sino por las consecuencias lesivas que puede producir la transgresión a la garantía de los padres de decidir en materia reproductiva y la repercusión de esos hechos en su proyecto de vida.

En síntesis, para la Sala 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.

4.2. Imputación

Otro problema no menos importante deviene al analizar la posibilidad de imputar ese tipo de daños a las entidades públicas, la que se abre paso en aquellos eventos en que la lesión a la libertad reproductiva, cuyo alcance se ha delimitado, puede obedecer a la acción u omisión de la administración en los posibles eventos dañinos analizados, esto es, cuando se ha producido en contra de la voluntad del lesionado, por medios físicos o biotecnológicos, y cuando se ha buscado en la administración pública la orientación y tratamiento para la planificación familiar.

Como tales servicios de contracepción corresponden al concepto de acto médico, bajo el entendido de que conllevan el uso de técnicas quirúrgicas o farmacéuticas cuyo conocimiento y *praxis* corresponde a los galenos, es ahí donde el tema de imputación se enmarca dentro de los estándares de la *lex artis*.

Como está reconocido en el ámbito nacional el derecho a planear el número de los hijos, es preciso concluir que son de aceptación generalizada los distintos métodos anticonceptivos que la ciencia ha puesto a disposición de las personas con el fin de regular su capacidad reproductiva³⁷, y si bien tienen en la actualidad elevados niveles de efectividad, no es posible afirmar que exista alguno totalmente eficaz o sin margen de error, por lo que no puede desconocerse que el ejercicio libre de la sexualidad conlleva por razones biológicas una mayor o menor

³⁷ Según datos de la OMS: “El uso de anticonceptivos ha aumentado en muchas partes del mundo, especialmente en Asia y América Latina, pero sigue siendo bajo en África subsahariana. A escala mundial, el uso de anticonceptivos modernos ha aumentado ligeramente, de un 54% en 1990 a un 57.4% en 2014. A escala regional, la proporción de mujeres de entre 15 y 49 años de edad que usan algún método anticonceptivo ha aumentado mínimamente o se ha estabilizado entre 2008 y 2014. En África pasó de 23.6% a 27.64%; en Asia, el uso de anticonceptivos modernos ha aumentado ligeramente de un 60.9% a un 61%, y en América Latina y el Caribe pasó de 66.7% a 67.0% El uso de métodos anticonceptivos por los hombres representa una proporción relativamente pequeña de las tasas de prevalencia mencionadas. Los métodos anticonceptivos masculinos se limitan al condón y la esterilización (vasectomía)”. Ver en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs351/es/>

probabilidad de concepción, aun cuando se ha acudido a métodos de anticoncepción³⁸.

³⁸ *Ibidem*. Según datos de la Organización Mundial de la Salud, existen métodos anticonceptivos con márgenes de eficacia inclusive mayores al 99%, pero ninguno registra un 100% de éxito. La siguiente tabla resume los datos sobre eficacia de los distintos métodos encontradas en la web www.who.int (Organización Mundial de la Salud por sus siglas en inglés).

Método	Eficacia para prevenir el embarazo
Anticonceptivos orales en combinación (la «pastilla» o «píldora»)	>99% si se usa de manera correcta y sostenida 92% como se usa comúnmente
Pastillas de progestágeno solo «minipastilla» o «minipíldora»	99% si se usa de manera correcta y sostenida Entre 90% y 97% como se usa comúnmente
Implantes	>99%
Progestágeno en forma inyectable	>99% si se usa de manera correcta y sostenida 97% como se usa comúnmente
Inyectables mensuales o anticonceptivos inyectables en combinación	>99% si se usan de manera correcta y sostenida 97% como se usan comúnmente
Parche anticonceptivo combinado y anillo vaginal anticonceptivo combinado	El parche y el anillo vaginal son métodos nuevos y los estudios sobre su eficacia son limitados.
Dispositivo intrauterino (DIU): de cobre	>99%
Dispositivo intrauterino (DIU): de levonorgestrel	>99%
Condón masculino	98% si se usa de manera correcta y sostenida 85% como se usa comúnmente
Condón femenino	90% si se usa de manera correcta y sostenida 79% como se usa comúnmente
Esterilización masculina (vasectomía)	>99% después de la evaluación del semen a los 3 meses Entre 97% y 98% si no se evalúa el semen
Esterilización femenina (ligadura de las trompas; salpingectomía)	>99%
Método de la amenorrea del amantamiento	99% si se aplica de manera correcta y sostenida 98% como se practica comúnmente
Anticoncepción de urgencia (levonorgestrel, 1,5 mg)	Reduce en un 60% a un 90% el riesgo de embarazo 95% si se usa de manera correcta y sostenida. 88% tal y como se usa comúnmente (Arévalo y colaboradores 2002).
Método de días fijos	99% si se usa de manera correcta y sostenida. 75% tal y como el FABM se usa comúnmente ++ (Trussell, 2009).
Método de la temperatura basal corporal	96% si se usa de manera correcta y constante. 86% con una práctica típica o común (Arévalo, 2004)
Método de los dos días	98% si se usa de manera correcta y sostenida. Se notificó un 98% , tal y como se practica comúnmente (Manhart y colaboradores 2013).
Método sintotérmico	91% si se usa de un modo correcto y sostenido. 75% tal y como se aplica comúnmente.
Método del calendario o método del ritmo	96% si se usa de forma correcta y sostenida. 73% tal y como se practica comúnmente (Trussell, 2009).

Entonces, no resulta posible imponer al prestador de servicios de salud una obligación de resultado en relación con los métodos anticonceptivos prescritos o aplicados, afirmación que aplica inclusive a los casos de esterilización definitiva, en cuanto conllevan también un margen de error inherente a ellos y ajeno al control del profesional de la salud.

Así las cosas, la decisión libre de no concebir y de materializarla con la ayuda de medios quirúrgicos o farmacéuticos, no supone un escenario exento de tal posibilidad, aún para quien asume en forma idónea e íntegra un tratamiento contraceptivo, sea este temporal o definitivo; en otros términos, procrear es el resultado posible del ejercicio de la libertad sexual, de modo que cuando ese acto es consentido y consciente, se trata de un resultado cuando menos posible.

Empero, ello no impide que puedan presentarse casos en los que la responsabilidad del prestador del servicio de salud puede resultar comprometida en el ejercicio de la libertad reproductiva, cuando se presentan fallas que interfieren con la posibilidad de ejercer en forma plena la decisión libre del paciente.

En efecto, esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud³⁹, en virtud de la cual, por regla general, es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible

³⁹ Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Es decir, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deberán resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones, tanto jurídicas como fácticas, que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, posición que no es ajena a las posibles falencias en la planificación familiar.

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia⁴⁰, los estados signatarios reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La Sala interpreta ese derecho social fundamental no solo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; por lo tanto, debe traducirse en la obligación de brindar una atención de calidad que permita al usuario tener las mejores expectativas frente a la situación que lo llevó a buscar el servicio médico.

Este deber, se insiste, no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que constituye una garantía del usuario o del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Lo anterior conlleva el uso de todos los elementos al alcance del prestador del servicio, de acuerdo con la *lex artis*, para suministrar el mejor tratamiento disponible, lo que incluye también el derecho a la información, como parte inescindible del servicio de salud, que se traduce en la garantía de recibir aquella necesaria para que el consentimiento del paciente respecto del tratamiento que recibirá sea suficientemente informada, le permita elementos de juicio para decidir si lo recibe y conocer los eventuales riesgos que conlleva.

⁴⁰ Ley 74 de 1968.

La Ley 23 de 1981 prevé dicha obligación en los siguientes términos :

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

El Decreto 3380 de 1981 reglamentó lo referido a la forma en que opera la advertencia de los riesgos al paciente, su obligatoriedad, salvo en casos excepcionales, y el deber de dejar constancia expresa de ello en la historia clínica, así:

Art. 10. – El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

Art. 11. – El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

a. Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan. b. Cuando exista urgencias o emergencias para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

Art. 12. – El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

Art. 13. – Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.

De esta manera, las fallas en los servicios de salud sexual y reproductiva que permiten imputar responsabilidad a los prestadores del servicio de salud no se circunscriben a los eventos de errores o falencias en el método utilizado, de su administración o de la *praxis* quirúrgica cuando ella tiene lugar, sino que también se amplían a aquellos casos en los que la falta de información suficiente impide al paciente la adopción de una decisión

informada sobre el contraceptivo a utilizar y, sobre todo, conocer los eventuales riesgos del método escogido.

Lo anterior conduce a insistir en que las irregularidades que impiden el acceso a información adecuada, veraz y suficiente sobre planificación familiar pueden comprometer la responsabilidad del prestador del servicio en casos de anticoncepciones fallidas, cuando estas sean relevantes en la transgresión al ejercicio informado de la libertad reproductiva del paciente, esto es, cuando produzcan una lesión a dicha garantía jurídicamente protegida.

En efecto, el alcance del derecho a la libertad sexual conlleva ínsita la garantía de ejercerlo con la capacidad de discernimiento suficiente, la que solo se alcanza en razón a determinados conocimientos sobre el tema y que puede verse claramente limitada por la ausencia de estos. En palabras de la Corte Constitucional⁴¹:

Si la información es importante para el ejercicio de todos los derechos fundamentales, pues permite conocer su contenido y los mecanismos para exigirlos, cuando se trata de los derechos reproductivos ésta se vuelve vital, más aun en el caso las mujeres. Dos son las razones para ello. La primera es que, como atrás se explicó, esta categoría de derechos otorga básicamente facultades para decidir libremente sobre diversos aspectos de la reproducción y, sin información acerca de las opciones disponibles y la manera de hacerlas realidad, es imposible llevarlo a cabo. La segunda, porque uno de los mecanismos para perpetuar la discriminación histórica sufrida por las mujeres ha sido y continúa siendo, precisamente, negar u obstaculizar el acceso a información veraz e imparcial en este campo con el objetivo de negarles el control sobre este tipo de decisiones.

5. El caso concreto

Con el objeto de establecer si en el presente caso se comprometió la responsabilidad de las demandadas se analizará, conforme a los

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Se trata del caso de una tutela interpuesta por un número plural de mujeres en contra del Procurador General de la Nación, en la que afirmaron que dicho funcionario y otros del Ministerio Público tergiversaron la orden de la referida Corporación en sentencia T-388 de 2009 (sentencia sobre el aborto), que impuso la implementación de campañas masivas en materia de derechos sexuales y reproductivos y destacó el derecho a la información como una garantía vital para el ejercicio pleno del libre desarrollo de la personalidad.

parámetros establecidos, si se acreditó una vulneración a la libertad reproductiva de la señora Helena y, en caso afirmativo, si se produjo un daño antijurídico susceptible de ser imputado a las demandadas. Para el caso concreto y de acuerdo con la forma en que se planteó la demanda, se presentó una transgresión a la decisión de que el núcleo familiar de la demandante quedara conformado únicamente por cuatro hijos.

Consta en el expediente que la señora Helena acudió en el año 2007 en procura de atención sobre planificación familiar a la E.S.E Moreno y Clavijo; refirió que tenía cuatro hijos y (i) que hasta ese momento había utilizado un contraceptivo oral durante un lapso de seis años (ii), y que se decidió continuar con el mismo método.

Seguidamente se verifica en la historia clínica que a partir del 16 de junio de 2008, el método anticonceptivo utilizado por la paciente fue Nofertyl, inyectable que se le administró en la I.P.S. demandada los días 16 de junio, 16 de julio, el 16 de agosto, 16 de septiembre y 16 de octubre del mismo año, fechas en que fue atendida por personal médico y de enfermería (fl. 63, c. 2). Luego de ello, está probado que concibió a su quinto hijo quien nació producto de un parto normal el 14 de abril de 2009, con 40,1 semanas de gestación y en la misma época del parto fue esterilizada mediante un método quirúrgico.

Por su parte, la historia clínica de la paciente no revela, en algún momento de las atenciones con fines de planificación familiar, que a la demandante se le hubieran puesto de presente las ventajas, riesgos y eficacia de los distintos métodos anticonceptivos, lo que respalda sin duda la negación indefinida contenida en la demanda y el recurso, de acuerdo con la cual no recibió ninguna información y que se limitó el prestador del servicio a administrar el medicamento, sin advertirle sobre su porcentaje de efectividad y el margen de error inherente a este, información que también negó conocer.

Por supuesto, dichas negaciones están exoneradas de prueba en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo que correspondía a las demandadas acreditar el hecho afirmativo contrario, esto es, que sí brindaron la información o bien que la demandante la conocía sin necesidad de la intervención del prestador de salud. Empero, en la historia clínica, en la que debía constar en forma detallada la atención brindada, nada se señaló sobre el particular y solo reposa un documento en el que se califica el “riesgo reproductivo de la paciente” como un “riesgo medio”, entendido este como el peligro de sufrir un daño durante el proceso de reproducción por parte de la mujer o de su futuro hijo en caso de concebir⁴², pero que no da cuenta de las posibilidades de hacerlo o no bajo determinado método. Por lo tanto, para la Sala es claro que ese documento de evaluación del riesgo contenido en la historia y que tuvo en cuenta los distintos factores preconceptionales de la demandante, no es contentivo de una determinación del margen de error del método utilizado, como en forma no acertada lo entendió el *a quo*.

El hecho de haber acudido la actora desde el 16 de junio de 2008 en procura del contraceptivo indicado, así como en épocas anteriores, según quedó demostrado (año 2007 y enero de 2008), es indicativo de la voluntad de la demandante de abstenerse de procrear para la época en que asistió a esos controles de planificación familiar, al tiempo que el hecho de haber optado por la esterilización quirúrgica en forma inmediatamente posterior al parto también es indicativo de la determinación de limitar el número de hijos.

⁴² La Organización Panamericana de la Salud define el riesgo reproductivo así: *“La aplicación del enfoque de riesgo en el campo de la reproducción humana, generó el concepto de riesgo reproductivo. Este se define como la probabilidad de sufrir un daño durante el proceso de reproducción, el mismo que afectará principalmente a la madre, al feto o al recién nacido pero también al padre y la familia en general.*

El riesgo reproductivo es un indicador de necesidad que nos permite identificar a aquellas mujeres, familias o poblaciones más vulnerables, es decir, a aquellas con mayor probabilidad de sufrir un daño durante el proceso de reproducción”. Ver en: <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/3140/Salud%20reproductiva%20concepto%20e%20importancia.pdf?sequence=1>

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

La Sala no duda que el pleno ejercicio del derecho a la libertad reproductiva requiere de una adecuada información que permita superar las barreras de acceso a datos precisos sobre la planificación familiar y fundar la determinación personal, así como la decisión de los eventuales métodos a emplear, en un conocimiento con sustento científico sobre sus ventajas, desventajas, riesgos y efectividad. Por ende, se aprecia en el presente caso una transgresión a la referida garantía, en tanto se probó que aunque la demandante acudió en procura de asesoría en materia de planificación familiar, solo le fue administrado un medicamento sin entregarle información esencial sobre su adecuada utilización, circunstancia que le impidió ejercer su derecho en forma plena, lo que a juicio de la Sala le produjo un daño antijurídico resarcible, en cuanto generó cambios drásticos en el proyecto personal de familia que previamente había desarrollado al decidir limitar el número de sus hijos.

En efecto, el daño que esa situación le generó a la demandante se fundamenta en la frustración de la decisión personal adoptada respecto de su proyecto de vida, siendo que el ordenamiento jurídico protege ese tipo de decisiones respecto de la manera en que ha de conformarse la familia

y que en el presente caso no pudo ejercerse sobre las bases de la información adecuada a la que tenía derecho la actora.

Debe precisarse, en todo caso, que la materialización cierta de la decisión libre sobre el número de hijos escapa al control estatal y no puede ser, bajo el actual panorama científico, materia de una garantía absoluta por parte de este ni de los prestadores privados de servicios de salud, por lo que no implica la garantía a no concebir o a no reproducirse, sino el derecho de las personas a planear la familia de acuerdo a los deseos particulares –con sujeción a las prohibiciones previstas en la ley⁴³–, a no ser constreñidas en ningún sentido respecto de su libre determinación y a contar con la información que les permita estar lo más cerca posible de su ideal de vida al respecto.

En este evento, el daño se fundamenta en la transgresión a uno de los elementos del núcleo esencial del referido derecho, esto es, se privó a la demandante de la información que le permitiera el ejercicio pleno de esa garantía constitucionalmente protegida, situación que lesionó una situación particular de la demandante en la ejecución de su proyecto personal y familiar de vida.

Esa transgresión es imputable a la E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca, por cuanto en la atención de la consulta de planificación familiar solicitada por la demandante omitió el suministro de una información de calidad que permitiera a la actora decidir con conocimiento de causa sobre el método a emplear y sus posibles riesgos, omisión de la que no hay duda por cuanto ningún registro de ello quedó en la historia clínica, con lo que se encuentra comprometida la responsabilidad del referido ente público.

Sin duda, correspondía al prestador del servicio proporcionar la información correspondiente, por lo que es a la E.S.E. demandada a la que, en tal calidad, puede imputarse responsabilidad en el presente caso,

⁴³ Por ejemplo el artículo 122 del Código Penal que proscribe el aborto, disposición sobre cuya constitucionalidad se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia c-355 de 2006.

puesto que no existe evidencia respecto de los pormenores de la relación de esta con la E.P.S., ni quedaron acreditadas las presuntas falencias en la evaluación de los prestadores del servicio que se alegaron en la demanda; por el contrario, se probó que la prestación del servicio de planificación familiar tuvo lugar por parte de la E.S.E. desde un tiempo anterior a la afiliación de la demandante a Comparta E.P.S. (1 de agosto de 2008), siendo claro además que el deber de información surgió y fue desatendido desde antes de que esta fungiera como aseguradora de sus servicios de salud. Tampoco se acreditó la presunta adulteración del anticonceptivo administrado, de modo tal que ello no puede constituirse en criterio de imputación en el presente caso.

En suma, la Sala encuentra acreditados los elementos de la responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 Superior, respecto de la E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca, por cuanto se aprecia la existencia de un daño antijurídico en el proyecto de vida de la demandante, derivado de la transgresión del derecho a la libertad reproductiva, en tanto no pudo ser ejercido de manera informada por la señora Helena, el cual es imputable al referido prestador del servicio médico que omitió entregar la información necesaria para el ejercicio pleno de la mencionada garantía.

Lo expuesto impone la revocatoria de la decisión impugnada, adversa a las pretensiones, para, en su lugar, declarar responsable a la mencionada E.S.E. y absolver de responsabilidad a la E.P.S.

6. Indemnización de perjuicios

6.1. Daño inmaterial

Se afirmó en la demanda que el hecho de la concepción no querida generó a la demandante una afectación moral que pretende sea resarcida; sin embargo, ninguna evidencia se aportó para demostrar el alegado impacto

emocional, psíquico y personal que dicha situación generó en el ámbito sentimental de la demandante.

La jurisprudencia de la Sección ha admitido en forma excepcional la presunción de la afectación inmaterial en los casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad, al considerar que razonablemente puede inferirse la lesión que esas situaciones de hecho conllevan para quien las padece y/o sus familiares, por lo que en aras de posibilitar la reparación de dichos perjuicios se han construido determinadas inferencias que al no ser desvirtuadas abren paso a la indemnización por tal concepto; ello ha tenido lugar en eventos en los que es posible estimar, de acuerdo con las reglas de la experiencia, que un determinado hecho genera una afectación que debe ser compensada, la que por su magnitud en circunstancias similares generaría normalmente padecimientos para cualquier persona, como ocurre con la lesión al derecho a la vida, a la integridad o la libertad propia o de un ser querido.

En este evento la Sala estima que las consecuencias dañinas inmateriales de la transgresión a la libertad reproductiva, no pueden escapar a la órbita de las referidas inferencias, en tanto afecta un elemento esencial de la vida como lo es la libre decisión sobre la conformación del núcleo familiar, con hondos repercusiones en el ámbito personal, máxime cuando esta tiene incidencia directa en la mujer, quien es la llamada a asumir los cambios anatómicos, fisiológicos, bioquímicos y biomecánicos inherentes al proceso de gestación y alumbramiento, lo que la legitima aún más para definir lo relativo a la opción autónoma reproductiva plenamente informada y que al ser vulnerada ha de generar sin duda un desasosiego susceptible de ser reparado.

El entendimiento anterior impone comprender que la mujer, como sujeto de derechos, ostenta la titularidad sobre sus funciones corporales, aún frente a la más natural como es la reproducción, de tal modo que la transgresión, debidamente probada, a su derecho a decidir libremente y

con la información suficiente sobre la conformación de su núcleo familiar genera una situación de congoja y aflicción personalísima, por lo que se considera desproporcionado exigir la demostración de ese íntimo sentimiento a través, por ejemplo, de la percepción de terceros, sin perjuicio de que pueda acreditarse a través de cualquier medio.

Por ende, la Sala considera que en casos de afectación a la libertad reproductiva, como el presente, el daño moral ha de presumirse, por lo que su no demostración no es óbice para que deba reconocerse. En consecuencia, se indemnizará a la demandante con una suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de la presente providencia, teniendo en cuenta (i) el tope establecido jurisprudencialmente para los casos de máxima afectación de 100 salarios mínimos legales mensuales, y (ii) la suma que se ha reconocido en casos que entrañan únicamente la violación al consentimiento informado de un paciente⁴⁴, en los que se ha tasado la indemnización alrededor de los 25 salarios mínimos. La Sala estima que en el presente caso la afectación moral no solo se desprende de la vulneración a la información a que tiene derecho el paciente, sino también, genera una importante repercusión en el proyecto de vida con sus consecuenciales repercusiones psicológicas y sociales, por lo que amerita una indemnización superior a la reconocida en los referidos eventos, pero en todo caso inferior a la prevista para los eventos de máxima afectación, que se predica cuando se ve vulnerada la libertad, la vida o la integridad física.

Por otra parte, en cuanto a la indemnización reclamada bajo la denominación de daño a la vida de relación, se tiene que en sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011⁴⁵, se delimitaron los items

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de julio de 2016, exp. 36136, M.P. Danilo Rojas Betancourth. También la decisión citada como precedente en la referida sentencia: Consejo de Estado, Sección Tercera –Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26660, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

correspondientes a la afectación inmaterial, al sostener que su categorización debe limitarse al reconocimiento del daño moral, el daño a la salud, y cualquier otro daño a un derecho o interés legítimo y constitucional o convencionalmente protegido, que puede verse afectado en forma autónoma. Así se afirmó:

La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

En reciente decisión de unificación⁴⁶, la Sección Tercera de esta Corporación precisó las características del daño a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados como una nueva categoría autónoma de daño inmaterial, en los siguientes términos:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena de 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En el mismo pronunciamiento precisó la Sección que los objetivos de la reparación de esa categoría autónoma de daño son: el restablecimiento pleno de los derechos de las víctimas, su restitución más aproximada al *statuo quo ante*, las garantías de no repetición y la búsqueda de la realización efectiva de la igualdad sustancial. También se precisó que el resarcimiento de esas garantías puede tener lugar aún en forma oficiosa y que deben privilegiarse, en cuanto resulte posible, las medidas de carácter no pecuniario.

En este caso no cabe duda de que está comprometida una garantía constitucional y convencionalmente protegida de la demandante (libertad reproductiva), que produjo un daño inmaterial indemnizable, el cual se compensará a través de una indemnización bajo la categoría de daño moral que excluye otro tipo de reconocimiento pecuniario del daño inmaterial, por estimarse suficiente.

6.2. Daño material

Ahora bien, los daños materiales reclamados correspondientes a los presuntos gastos de manutención del hijo, actuales y futuros, afiliaciones al sistema de seguridad social y costo de los estudios hasta la etapa universitaria, no están llamados a ser reconocidos, de acuerdo con lo siguiente:

La posibilidad de concebir que es inherente al ser humano y es consecuencia del ejercicio de su sexualidad no ha logrado ser limitada de manera plenamente eficaz a partir de los métodos anticonceptivos creados por la ciencia, menos aún, a partir de aquellos que son meramente transitorios o temporales, de modo que, aún en presencia de una información adecuada y suficiente sobre estos y de su utilización responsable, no puede descartarse de plano en ningún individuo sano y que ha alcanzado el grado de madurez biológica suficiente para ello. Por lo anterior, la Sala considera que imponer al prestador del servicio médico

la carga de reparar las consecuencias materiales de la fecundación, el alumbramiento y la crianza del hijo, significaría asignarle una obligación de resultado, lo cual conllevaría a considerar que el prestador del servicio médico debe asumir las consecuencias materiales de la anticoncepción fallida.

El ordenamiento jurídico tanto interno como internacional, acorde con los desarrollos de una cultura democrática civilizada, sustentan el hecho irrefutable de que la manutención de los hijos corresponde a sus progenitores, tal como se estimó en la decisión del caso *MacFarlane* en el Reino Unido⁴⁷, de tal modo que como desde el punto de vista científico no existe un método anticonceptivo con una efectividad plena, no resulta admisible endilgar dicha responsabilidad al prestador del servicio de salud o trasladársela mediante el pago de una indemnización, so pretexto de enmarcar la existencia del hijo como una situación lesiva, pues aunque así se considere, es claro que se trata de una carga que se tiene el deber de soportar, como un posible resultado inherente al ejercicio de la sexualidad; esto es, para la Sala el hecho consistente en que se ha decidido planificar la familia a través de determinado método científico, no puede servir de fundamento para trasladar a un tercero las obligaciones familiares, se insiste, bajo el hecho irrefutable de que estas no ofrecen un 100% de efectividad, esto es, en el entendido de que aún en condiciones adecuadas es viable que se produzca la fecundación.

A esta altura es preciso recordar que el daño antijurídico del que es responsable la E.S.E. demandada no corresponde, como se ha aclarado a lo largo de esta providencia, al hecho mismo de la concepción o al nacimiento del hijo, tratándose por supuesto de situaciones naturales e inherentes al ejercicio de la sexualidad, garantía que si bien no admite limitación ni reproche, sí conlleva determinados “riesgos” que corresponde asumir a cada persona, entre ellos el de engendrar aunque no se quiera y se hayan tomado medida idóneas –mas no infalibles– para evitarlo.

⁴⁷ Ver *supra*.

De esta manera, se itera, lo que se afectó a la demandante fue la posibilidad de ejercer de manera informada su libertad reproductiva y las repercusiones de ese hecho en su desenvolvimiento personal, lo que a juicio de la Sala produjo un padecimiento inmaterial que debe ser compensado; sin embargo, los gastos de crianza del menor no son inherentes al daño endilgado a la entidad, bajo el entendido de que el derecho a la libertad reproductiva, tal como lo entiende la Sala, impide la intervención estatal y de terceros en la decisión libre de las personas respecto a la conformación de su familia y les otorga el derecho a obtener la información requerida para ello de manera libre, pero no conlleva una garantía respecto de la no concepción en los casos en que esta no se desea, por tratarse de un fenómeno natural, cuya ocurrencia no puede ser materia de indemnización, en la medida en que no se haya garantizado en forma total la efectividad de un determinado método ofrecido al paciente con ese compromiso a cargo del prestador del servicio.

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 eventos⁴⁸, toda vez que la libertad reproductiva no entraña la garantía de

⁴⁸ Como lo ha reconocido en forma consistente el Tribunal Supremo Español en nacimientos con patologías irreversibles como el síndrome de down al señalar: "La Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia de veintiocho de septiembre de dos mil, seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007 . Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con síndrome de Down, concluimos afirmando que además del daño moral "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, 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 no reproducción; una conclusión contraria atentaría contra los más básicos principios naturales y biológicos, por lo menos en el estado actual de la ciencia en el que no se ha dotado de una eficiencia del 100% a los métodos anticonceptivos. En el caso *sub judice* no se demostró el daño material en las condiciones antes descritas.

7. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

8. Derecho a la intimidad del grupo familiar

Por último, estima la Sala que como la presente decisión y los hechos en ella debatidos revelan aspectos de la vida íntima del grupo familiar de la actora, la versión que se publique omitirá la mención de los nombres de los involucrados.

9. Exhortación

Finalmente, la Sala observa con preocupación que casos como el presente ponen en evidencia lo ya advertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe citado en este providencia, en lo que

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". Y que "los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida". Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso, sentencia de 28 de marzo de 2012, ROJ: STS 2067/2012 - ECLI: ES:TS:2012:2067

respecta a la existencia de barreras para el acceso al conocimiento que le permita a las personas ejercer su libertad reproductiva de manera informada. Se estima necesario que quien acude en procura de asesoría sobre el particular ante las instituciones prestadoras de servicios de salud, reciba una completa orientación de calidad.

Por ello, se exhortará al Ministerio de Salud y Protección Social, para que en el ámbito de sus competencias y si aún no lo ha hecho la Nación en virtud de las recomendaciones del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos antes referido, formule y disponga la ejecución de una política pública en materia de salud sexual y reproductiva, que permita a las personas, en condiciones de igualdad, acceder a la información en forma oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa, para que puedan adoptar decisiones fundadas y responsables en dichos ámbitos; igualmente, dicha información debe ser conocida por las distintas minorías étnicas en sus lenguas nativas.

Así se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia, la que se comunicará al referido Ministerio que no hizo parte de la presente litis.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de 17 de marzo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la Empresa Social del Estado Moreno y Clavijo de Arauca

de los daños al proyecto de vida de la señora Helena, derivados de la violación al derecho a la libertad reproductiva por cuanto se le impidió ejercerla de manera informada.

SEGUNDO. CONDENAR a la Empresa Social del Estado Moreno y Clavijo de Arauca a pagar a la señora Helena una indemnización por el daño moral padecido, en suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de ejecutoria del presente fallo.

TERCERO. La presente sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ABSOLVER a la E.P.S. Comparta, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. Sin costas.

SÉPTIMO. La versión de la sentencia que se hará pública omitirá los nombres de los involucrados para la protección de su derecho a la intimidad.

OCTAVO. EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social, para que en el ámbito de sus competencias y si aún no lo ha hecho la Nación en virtud de las recomendaciones del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011, formule y disponga la ejecución de una política pública en materia de salud sexual y reproductiva que permita a las personas, en condiciones de igualdad, acceder a la información en forma oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa, para que puedan adoptar decisiones fundadas y responsables en dichos ámbitos; dicha información, igualmente, debe ser conocida por las distintas minorías étnicas en sus lenguas nativas.

NOVENO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado