

CASO REPORTABLE

NO: SA 49/2012

EN LA SUPREMA CORTE DE NAMIBIA

En la causa entre:

EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE NAMIBIA

Quejoso

y

LM

Primera Demandada

MI

Segunda Demandada

NH

Tercera Demandada

En presencia de: SHIVUTE CJ, MARITZ JA y MAINGA JA

Visto el: 17 de marzo de 2014

Dictado el: 3 de noviembre de 2014

SENTENCIA DE APELACIÓN

SHIVUTE CJ (MARITZ JA y MAINGA JA concurrente):

Introducción

[1] Las demandadas son todas mujeres de Namibia quienes fueron esterilizadas mediante una operación o procedimiento quirúrgico conocido como ligadura bilateral de Trompas (BTL, por sus siglas en inglés) en dos hospitales estatales independientes y en distintas ocasiones en los años de 2005 y 2007. A la primera y a la tercera de las partes demandadas se les esterilizó en 2005 en el Hospital del estado de Oshakati y en el Hospital del estado de Katutura, respectivamente. A la segunda demandada se le esterilizó en 2007, también en el Hospital del estado de Oshakati. En cada uno de los casos de las demandadas, el procedimiento de esterilización se llevó a cabo al mismo tiempo que la operación cesárea. Como consecuencia de las operaciones, cada una de las demandadas por separado entabló una acción ante el Tribunal Superior en contra del Gobierno (que en este caso es el apelante) por daños y perjuicios derivados de, lo que según ella argumentaba (sic) en la demanda principal, de una esterilización ilegal que le fue practicada sin su consentimiento por parte de personal médico a cargo del Estado. En la alternativa, se argumentó que el personal médico no cumplió con su deber de cuidado hacia las demandadas. Cada una de las demandadas argumentó diversas violaciones e infracciones a los derechos que le confiere el derecho común inherente a la personalidad, alternativamente, una violación al derecho relacionado con la dignidad humana que se encuentra protegido por el Artículo 8, al derecho de libertad protegido por el Artículo 7, y al derecho a establecer una familia que se encuentra garantizado bajo el Artículo 14 de la Constitución de Namibia. En una segunda demanda, las demandadas argumentaron que los

procedimientos de esterilización se llevaron a cabo como parte de una práctica ilegal e ilícita de discriminación en contra de ellas debido a su estatus de virus de inmunodeficiencia humana (VIH) positivo. Las demandas entabladas por cada una de las demandadas eran idénticas y, por ese motivo, fueron fusionadas y procesadas de manera conjunta.

[2] Con respecto a las demandas principales, el Tribunal Superior resolvió que el apelante no aportó las pruebas pertinentes que evidenciaran que las demandadas habían dado su consentimiento informado con respecto a los procedimientos de esterilización. Con base en este hallazgo, el Tribunal Superior no estimó necesario atender las demandas alternativas relacionadas con las presuntas violaciones del deber de cuidado por parte del personal médico. La segunda demanda, la cual se relacionaba con la supuesta discriminación atendiendo al estatus de VIH positivo de las demandadas, fue rechazada debido a que el tribunal no pudo encontrar pruebas fidedignas que corroboraran dicha demanda. Debo hacer una pausa para mencionar que el Tribunal Superior tenía toda la razón para rechazar la segunda demanda de las demandadas, ya que no existían en absoluto pruebas documentales que corroboraran la convicción de las demandadas, que expresaban en su evidencia, en cuanto a que se hubiera implementado una política o acuerdo para esterilizar mujeres en edad reproductiva que fueran diagnosticadas como VIH positivas. Hago esta observación al principio, debido a que el contenido de la evidencia de las demandadas sugiere firmemente que ellas consideran que su estatus de VIH positivo fue el principal motivo de su esterilización. Dicha idea no contaba con el respaldo de evidencia alguna.

Observaciones generales

[3] Antes de considerar los antecedentes de hecho relevantes de este caso, es necesario que haga las siguientes observaciones generales. La Constitución de Namibia le otorga a cada persona en Namibia el derecho a la dignidad,¹ a la integridad física,² y a establecer una familia.³ El derecho a establecer una familia incluye el derecho que tienen las mujeres mayores de edad a tener hijos y que tienen los hombres y las mujeres a elegir y planear el tamaño de sus familias. En el caso de una mujer soltera, le corresponde en primer lugar a ella, en el ejercicio del derecho de autodeterminación, tener o no hijos. Ante este panorama, la decisión de ser o no esterilizadas es de gran importancia personal para las mujeres. Es una decisión que debe tomarse con consentimiento informado, y no solamente mediante el consentimiento escrito. El consentimiento informado implica un entendimiento y comprensión de los derechos y riesgos que se están asumiendo y las consecuencias y alternativas disponibles para el paciente. Una persona también debe ser capaz de tomar una decisión respecto de la esterilización de manera libre y voluntaria.

¹ Artículo 8(1).

² Artículo 8(2)(b).

³ Artículo 14(1).

[4] Según lo que entiendo de los argumentos de las partes, queda acordado que un procedimiento de esterilización no podrá llevarse a cabo sin el consentimiento informado de la persona que será sometida a la operación. En lo que las partes no están de acuerdo es en que si las demandadas dieron o no dicho consentimiento en este caso. El apelante dice que sí se dio dicho consentimiento informado y las demandadas sostienen lo contrario. Ya sea que las demandadas hayan dado su consentimiento informado o no a los procedimientos de esterilización es principalmente una cuestión fáctica. Por ese motivo, es necesario considerar las circunstancias bajo las cuales las demandadas presuntamente dieron su consentimiento. Dicha consideración requiere que se exponga un resumen de la evidencia presentada por cada una de las partes. Es en este resumen en el que me centraré ahora, comenzando con la evidencia presentada a nombre y representación de las demandadas.

Evidencia para las demandadas

[5] Todas las demandadas testificaron durante el curso de los procesos judiciales. Además, un testigo pericial, el doctor Kimberg, fue llamado para que declarara en su favor. La evidencia presentada en favor de las demandadas se resume a continuación:

Primera Demandada

[6] A la primera demandada se le realizaron pruebas de VIH en Grootfontein tras quedar embarazada y dio positivo. En ese momento, se le comentó que las mujeres embarazadas eran sometidas a pruebas de VIH con el fin de que aquellas mujeres que dieran positivo recibieran tratamiento Antirretroviral (ARV, por sus siglas en inglés). Se le dijo que esto podría asegurar que su hijo naciera sano. La primera demandada también declaró que no se discutió con ella nada relacionado con la esterilización durante las consultas de atención o cuidado prenatal.

[7] El 13 de junio de 2005, la primera demandada presentó dolor intenso después de haber sido admitida en el Hospital estatal de Oshakati. Aproximadamente a las 12h00, un doctor la examinó. Después, una estudiante de enfermería habló con ella en la lengua vernácula de la primera demandada, la lengua de Oshiwambo, aparentemente traduciendo lo que decía al médico a cargo quien hablaba en inglés. La estudiante de enfermería le mencionó a la primera demandada que estaba presentando un intenso dolor, que estaba demasiado cansada como para dar a luz de manera natural, y que tendría que someterse a una operación cesárea. La primera demandada declare que en ese momento lo único que quería era que la ayudaran, ya que presentaba un intenso dolor y no puso objeción alguna para que le realizaran la operación cesárea. De acuerdo con la primera demandada, después una enfermera entró a la habitación y le dijo que se le tendría que extirpar su útero porque a todas las mujeres que eran diagnosticadas como VIH positivas se les debe extraer su útero y que el doctor ya le había explicado esto a ella. Entonces la enfermera le llevó unos documentos a la primera demandada y le dijo que los tenía que firmar. La primera demandada informó que la enfermera le habló de una manera convincente. Ella no entendió

el contenido de los documentos, y éstos no les fueron explicados a ella. No nada más se le explicó a ella en ese momento. Ella no estaba acompañada por nadie y fue llevada al quirófano inmediatamente después de que firmó los documentos. La primera demandada tenía 26 años de edad en ese momento y señaló en su evidencia presentada ante el tribunal que ella quería tener más hijos.

[8] Ella regresó a la Clínica Ongwediva para recibir atención postnatal después de la cesárea y para obtener servicios de planificación familiar en forma de anticonceptivos para que pudiera evitar algún otro embarazo hasta que su recién nacido fuera un poco mayor. La enfermera de la clínica entonces le dijo que no podría recibir anticonceptivos porque tenía las trompas "cerradas (ligadas)". Sólo hasta que visitó al doctor Kimberg, para prepararse para la audiencia, fue cuando se le explicó lo que significaba la esterilización.

[9] Durante el conainterrogatorio, se le explicó a la primera demandada que se le había programado una operación cesárea como un procedimiento de emergencia tras haber sido diagnosticada con desproporción cefalopélvica (CPD, por sus siglas en inglés), que en otras palabras significa que la cabeza del feto es demasiado grande para pasar a través de la pelvis de la madre sin sufrir algún trauma. La primera demandada negó que en algún momento se le hubiera explicado el diagnóstico de CPD. Ella mencionó que firmó un formulario de consentimiento poco antes de entrar al quirófano y mientras estaba sufriendo intensos dolores de parto. Ambas partes acordaron que la primera demandada firmó un formulario de consentimiento estándar para todo tipo de operaciones en donde indicaba que daba su consentimiento para una "C/s due to CPD + BTL (on HAART)" (operación de cesárea debido a una desproporción cefalopélvica más ligadura bilateral de Trompas (sobre un tratamiento Antirretroviral sumamente activo)) y que este formulario fue firmado durante el parto. De acuerdo con la primera demandada, ella no sabía lo que significaban las abreviaturas, ni que le hubieran sido explicadas. La primera demandada sostuvo que ella había ido al hospital para dar a luz y que ni se le había solicitado ni consentido al procedimiento de esterilización. Además declaró que se le había sometido al procedimiento de esterilización debido a su estatus de VIH.

[10] El apelante sostuvo que el procedimiento de esterilización fue practicado sobre la primera demandada a petición propia después de que se le explicaran tanto la operación de cesárea como el procedimiento de esterilización y de haber obtenido su consentimiento. Se le planteó en el conainterrogatorio que ella había solicitado el procedimiento en la lengua Oshiwambo además empleando las palabras "*Onda hala okupatwa*", que significan "Quisiera que me ligen". Además se le planteó que los dos testigos, el doctor Mavetera y la Enfermera Angula proporcionarían evidencia para dicho fin. Ninguno de los testigos mencionados declaró de hecho que la primera demandada solicitó el procedimiento en los supuestos términos. Los testigos atestiguaron que ellos no recordaban específicamente a la primera demandada y que la única razón por la que ellos habían argumentado que ella había solicitado la esterilización era porque existía un procedimiento establecido en cuanto a que la esterilización se practicaría únicamente cuando así lo solicitara el paciente.

[11] En relación con la pregunta sobre si la naturaleza y las consecuencias del procedimiento de esterilización le habían sido explicadas a la primera demandada. El apelante afirmó que ella había recibido la orientación adecuada durante las cuatro clases de atención o cuidado prenatal a las que asistió, y que durante dichas clases a ella se le habría informado de los diferentes métodos anticonceptivos que se encuentran disponibles como una alternativa para la esterilización. El apelante también argumentó que durante dichas se le habrían explicado clases a la primera demandada la naturaleza y las consecuencias de los procedimientos de esterilización.

Segunda demandada

[12] La segunda demandada fue diagnosticada como VIH positiva cuando estaba embarazada de su segundo hijo. Ella declaró que había recibido orientación de los voluntarios de la Cruz Roja cuando fue diagnosticada como VIH positiva, y que asistió a sesiones de atención o cuidado prenatal pero únicamente "para que ellos pudieran verificar el avance del embarazo, no para fines de orientación". Durante una de sus consultas a la clínica de atención o control prenatal, se le informó que el feto estaba en posición podálica, lo que fue confirmado por un doctor al que fue remitida. El doctor le informó que tendría que someterse a una operación cesárea, y que como había sido diagnosticada como VIH positiva, tendría que "ligarse" y nunca más podría tener hijos. Se le recomendó que aceptara el procedimiento de esterilización. De acuerdo con la segunda demandada, el doctor no le informó acerca de la ventajas y desventajas de la esterilización, ni le preguntó si quería tener hijos otra vez.

[13] Ella siguió declarando que la enfermera que la atendió la apresuró a firmar el formulario de consentimiento y le dijo que no la llevarían al quirófano sino hasta que hubiera firmado el formulario. Ella también argumentó que no le dieron ningún tiempo para leer los formularios. De acuerdo con la segunda demandada, ella no quería que se le esterilizara pero no se le informó que ella podía negarse a ser sometida a la operación. El formulario de consentimiento que ella firmó mencionaba la ligadura bilateral de Trompas (BTL) debido a la operación cesárea previa. Ella no entendía lo que significaba la abreviatura BTL, ni nadie le había comentado acerca del motivo de esa operación era que se había sometido antes a una operación cesárea.

[14] La segunda demandada declare que ella quedó estupefacta cuando seis meses después descubrió que había sido esterilizada. Ella presupuso que su esterilización le ocasionaría un conflicto entre sus suegros y ella porque ellos esperaban que ella tuviera más hijos.

[15] Durante el conainterrogatorio, la segunda demandada declare que ella no recibió ninguna información sobre planificación familiar durante las sesiones de atención o cuidado prenatal. La información sobre planificación familiar que recibió durante la atención postnatal no incluyó información sobre esterilización. Sin embargo, ella declaró que sabía lo que

significa esterilización porque se lo enseñaron cuando estaba en los Grados 11 y 12 de la escuela, y sabía lo que la enfermera quiso decir cuando dijo que se le esterilizaría. Sin embargo, la segunda demandada sostuvo que la enfermera no le explicó esto a ella. Al inicio, la segunda demandada argumentó que sabía lo que significaba esterilización reversible e irreversible. Posteriormente, cambió el testimonio para declarar que no sabía lo que significaba esterilización reversible e irreversible. Además, la segunda demandada declaró que sólo estuvo de acuerdo en someterse al procedimiento de esterilización porque el doctor la forzó o amenazó para que se sometiera al procedimiento. Ella no comentó nada acerca de la esterilización inminente cuando estaba en el trabajo de parto porque pensó que el doctor no la sometería a ese procedimiento y ella tenía demasiado dolor como para informarle al doctor que ello no quería ser esterilizada. También atestiguó que la enfermera sólo le mostró en dónde tenía que firmar el formulario de consentimiento poco antes de que entrara al quirófano, y que ella no leyó el documento.

[16] Durante el segundo interrogatorio, la segunda demandada testificó que el doctor era una persona calificada y que a ella le dio la impresión que existía alguna política que requería que todas las mujeres diagnosticadas como VIH positivas y que estuvieran embarazadas tenían que ser esterilizadas. También declaró que ella sólo esperaba que se le practicara la operación cesárea para salvar la vida de su bebé, y que cuando firmó el formulario de consentimiento ella sólo se enfocó en las áreas que se le indicó que debía firmar.

Tercera Demandada

[17] Al momento del procedimiento de esterilización, la tercera demandada había dado a luz siete veces y uno de sus hijos había fallecido. Éste era su octavo embarazo. Su último hijo nació cuando tenía 46 años de edad. Ella declaró que durante el tercer mes de su embarazo, ella fue al hospital porque estaba presentando dolores intensos que le impedían caminar y moverse de manera normal. Ella atestiguó que en ese momento le solicitó al doctor que la “ligara”, porque creía que su embarazo debía ser “finalizado” porque pensaba que “iba a morir”. Se le informó que no se podía dar por terminado su embarazo porque su feto “era demasiado grande”, lo que significaba que su embarazo estaba demasiado avanzado como para finalizarlo.

[18] Cuando a la tercera demandada se le llevó al hospital para dar a luz, estaba experimentando contracciones prolongadas y la enfermera la apresuró para que firmara un formulario. Ella declaró que sólo se le dijo que escribiera su nombre sobre un formulario pero que no se discutiría con ella su contenido. Ni se le explicaron los procedimientos de la operación de esterilización o cesárea. Ella testificó que las enfermeras no se comunicaban con ella en Oshiwambo (la única lengua que entendía) y que ellas hablaban únicamente en inglés.

[19] La tercera demandada también afirmó que ella no recibió orientación alguna antes de 2005 cuando ella descubrió que había sido diagnosticada como VIH positiva, aunque se había registrado en su cartilla de salud que en ese momento se le había proporcionado orientación. Ella especuló que las enfermeras pudieron haberle hablado en inglés, lo que significaría que ella no entendió lo que le estaban diciendo. Además, ella declare que no recibió orientación alguna sobre los métodos anticonceptivos, incluyendo la esterilización, durante las sesiones de cuidado prenatal a las que asistió. Los participantes declararon que las respuestas de la enfermera a sus preguntas no les ayudaron en nada. Cuando los participantes formulaban preguntas para fines de aclaración, la enfermera por lo general preguntaba a su vez que por qué las mujeres habían quedado embarazadas cuando habían sido diagnosticadas como VIH positivas. La tercera demandada no recibió orientación alguna durante las sesiones prenatales y postnatales, sólo de un grupo de apoyo en 2007.

[20] Durante el contrainterrogatorio, la tercera demandada declare que al momento del alumbramiento ella sólo quería que disminuyera el dolor pero nunca mencionó que quería que su embarazo se diera por terminado. Ella negó que el doctor Lithete, un hablante nativo de Oshiwambo, le hubiera hablado en Oshiwambo. De hecho, ella dijo que el doctor Lithete nunca le habló y que nunca antes le había visto. También negó que el doctor Krönke, otro testigo llamado por el apelante, le hubiera informado acerca de la esterilización y recomendado que le practicara una operación cesárea en la presencia de un intérprete. Además negó que el doctor Krönke hubiera discutido otros de los asuntos mencionados en su cartilla de salud. De acuerdo con la demandada, ella no hizo ninguna programación para una operación cesárea ni esterilización porque ella quería dar a luz de manera natural. consentimiento dado en relación con estos procedimientos fue otorgado sin que la tercera demandada entendiera porqué lo estaba dando.

Doctor Matti Kimberg

[21] Como se mencionó con anterioridad, las demandadas llamaron al doctor Kimberg, un ginecólogo y obstetra que había estado practicando la medicina durante aproximadamente treinta años al momento de su testimonio. En ese momento, él era también Vicepresidente del Consejo Médico y dental de Namibia y era miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Médica de Namibia. Él declaró que él estaba muy familiarizado con las normas éticas y documentación que regula las profesiones sanitarias en Namibia. Aceptó que es experto en ginecología y obstetricia.

[22] El doctor Kimberg realizó una laparoscopia a cada una de las tres demandadas para establecer si se les había sometido a una ligadura bilateral de Trompas y, de ser así, si era reversible. Él confirmó que a las tres demandadas se les había sometido a cirugías de ligadura bilateral de Trompas, y explicó que la ligadura bilateral de Trompas incluye cortar o ligar las trompas de Falopio de una paciente femenina. La reversibilidad del procedimiento de ligadura bilateral de Trompas depende de si las proyecciones "en forma de dedos

meñique” al final de la fimbrias sufren daño durante el procedimiento. Si no sufren daño, es posible revertir la esterilización haciendo que la paciente sea capaz de tener hijos otra vez.

[23] De acuerdo con el doctor Kimberg, el pronóstico para la primera y segunda demandadas era desfavorable para la reversión, porque sus fimbrias estaban cicatrizadas. Los procedimientos no se llevaron a cabo pensando en la reversión. La tercera demandada tenía un buen pronóstico para la reversión. Sin embargo, sus oportunidades de quedar embarazada nuevamente eran muy escasas debido a su avanzada edad fértil.

[24] El doctor también declaró que durante el trabajo de parto una mujer puede sufrir dolores de tal magnitud e intensidad que pierde la noción de la realidad, y puede dejar de pensar de manera racional. Una mujer puede estar consciente sólo del dolor, y puede “hacer lo que sea” con tal de que le alivien el dolor. En opinión del doctor Kimberg, no se debe obtener el consentimiento de las mujeres en circunstancias bajo las cuales ellas estén experimentando demasiado dolor. Según él, muchas mujeres en el momento más doloroso del trabajo de parto comentan que no quieren volver a sufrir el dolor de parto una vez más, aunque muchas vuelven a quedar embarazadas el siguiente año.

[25] El doctor Kimberg también resaltó que el tipo de consentimiento que se requiere de las mujeres para someterlas a procedimientos tales como la esterilización es el consentimiento informado. Esto significa que una mujer que considere la esterilización debe ser capaz de entender la información pertinente que se le proporcione y ejercer su autonomía para tomar su decisión; debe ser capaz de asimilar, retener y sopesar la información; debe ser capaz de comunicar adecuadamente su decisión; no debe estar sometida a ninguna influencia indebida a causa de su entorno o situación particular, o estar sometida a coacción por parte del personal médico ni por ninguna otra persona; debe ser informada de las consecuencias de su decisión a largo y corto plazo; debe evaluar las alternativas respecto del procedimiento; y debe ser informada que puede rehusarse a dar su consentimiento. Él expuso los requisitos anteriores haciendo referencia a cierto material publicado que se había mencionado en la evidencia, incluyendo un libro intitulado “*Midwifery*” (asistencia en el parto), Volumen 1, escrito por P. McCall Sellers, que él reconoció que también es aplicable a Namibia.

[26] El doctor Kimberg también enfatizó la importancia de conservar los apuntes clínicos apropiados, especialmente en los hospitales estatales en donde los pacientes son atendidos por muchos diferentes doctores que dependen principalmente en los apuntes que toman sus colegas que han atendido a los pacientes con anterioridad. De hecho, la evidencia en esta apelación revela que las demandadas fueron atendidas por diferentes doctores y enfermeras antes de que fueran sometidas a los procedimientos de esterilización. Del expediente médico también se desprende que los apuntes clínicos conservados por los profesionales de la salud que participaron en el tratamiento de las demandadas eran completamente

inadecuados y estaban incompletos, y no cumplían con las normas requeridas. En diversos grados, este hecho ha sido reconocido por los testigos de las demandadas.

[27] El doctor Kimberg hizo referencia a un libro escrito por John Guillebaud, "*Contraception – Your Questions Answered (Contracepción – Respuesta a sus preguntas)*", como una autoridad ampliamente aceptada sobre el tema del consentimiento. En ese libro, el escritor menciona que la esterilización no debe ser una idea de última instancia pero debe ser iniciarse antes del trabajo de parto de una forma no impuesta y sin ejercer presión. Por su parte, el doctor Kimberg habría dudado para obtener el consentimiento de cada una de las tres demandadas para practicarles el procedimiento de esterilización "bajo las condiciones dolorosas, perturbadoras e inestables" que estaban padeciendo cada una de las demandadas en el momento más doloroso del trabajo de parto. Éste es particularmente el caso sobre todo cuando hay disponibles otros métodos de contracepción menos invasivos, fácilmente reversible e igualmente efectivos que podrían haberse utilizado. También declaró que las mujeres podrían solicitar una reversión de un procedimiento de esterilización si y cuando sus circunstancias cambiaran, razón por la cual es recomendable llevar a cabo el procedimiento con una posible reversión en mente.

[28] Sin embargo, el doctor Kimberg aceptó que era poco probable que un trabajador de la salud simplemente aceptaría un informe sanitario al pie de la letra sin antes confirmarlo con el paciente. También admitió que incluso si una mujer fuera esterilizada de manera irreversible, ello todavía podría, en teoría, viajar a Sudáfrica para realizarse una fertilización in vitro. Sin embargo, el proceso es muy caro y por consiguiente no resulta una opción para muchas mujeres. Además, el doctor Kimberg aceptó que aunque era recomendable esperar por lo menos seis semanas después de que una mujer ha dado a luz para que otorgue debidamente su consentimiento para someterse a un procedimiento de esterilización, el consentimiento dado antes de este momento no es inválido, aun cuando dicho consentimiento se otorgue en el momento más doloroso del trabajo de parto.

[29] Eso concluye el resumen de la evidencia presentada a favor de las demandadas. Yo procedí a presentar un resumen de la evidencia de los testigos que testificaron a favor del apelante. Esta sección se divide en tres partes. Cada una de las partes considera la evidencia del apelante en relación con una de las demandadas.

Los testigos que testificaron respecto de la primera demandada.

Doctor Innocent Mavetera

[30] El doctor Mavetera obtuvo una maestría en 1995 y se especializa en obstetricia y ginecología. Él trabajó en el Hospital estatal Oshakati pero daba consultas privadas al momento en que testificó.

[31] El doctor Mavetera confirmó ciertos detalles relacionados con el formulario de consentimiento firmado por la primera demandada. Él confirmó que el formulario de consentimiento que se utilizó en el momento correspondiente en el Hospital estatal Oshakati era un formulario estándar para todas las operaciones que se practicaban a los pacientes en el hospital. Los formularios de consentimiento distintos para operaciones específicas sólo se implementaron en el hospital más tarde. El formulario de consentimiento anteriormente utilizado no hacía una diferencia entre operaciones específicas a las que se sometía una paciente, pero a pesar de ello se consideró que era suficiente hasta que fue sustituido.

[32] El doctor Mavetera confirmó con base en la cartilla de salud de la primera demandada que fue dada de alta el 16 de junio de 2005 y que había asistido a las sesiones de cuidado prenatal en algunas ocasiones. La primera demandada no podía dar a luz mediante parto normal porque había sido diagnosticada con desproporción cefalopélvica, lo que, como anteriormente se mencionó, indica que la cabeza del feto es demasiado grande para que pase a través de la pelvis de la madre sin causar trauma.

[33] El doctor además testificó que él habría hablado con el paciente en Oshiwambo, o habría utilizado a un intérprete, con el fin de asegurarse que ella entendiera adecuadamente lo que le estaba explicando. Aun cuando él no recordaba específicamente a la demandada, estaba seguro que habría seguido los procedimientos adecuados. Se le explicó a la demandada que era necesario que se sometiera a la operación cesárea y el motivo por el cual era necesaria. El personal médico no habría practica el procedimiento de esterilización salvo que el paciente así lo hubiera solicitado. Por lo tanto, en opinión del doctor Mavetera, la primera demandada debe haber solicitado el procedimiento de esterilización. Aun cuando su cartilla de salud indicaba que ella asistido a las sesiones de cuidado prenatal y, que por lo tanto, podía suponerse que ella entendió lo que implicaba la esterilización, el doctor Mavetera comentó que se le había explicado nuevamente el procedimiento al paciente y que se incluyó una explicación de que el procedimiento era permanente.

[34] También testificó que el uso de abreviaturas en las cartillas de salud es aceptable porque las cartillas de salud sólo deben ser utilizadas por los profesionales del sector de la salud quienes se comunican unos con otros haciendo apuntes en los mismos para que los consulte el siguiente profesional del sector de la salud. En vista de su carga pesada de trabajo, resulta conveniente para los profesionales del sector de la salud que el uso de abreviaturas signifique que ellos no tengan que leer detenidamente todo el expediente médico de cada uno de los pacientes, lo que les permite ahorrar tiempo. Él declaró que todo lo que se había anotado en la cartilla de salud sería explicado a una paciente incluso si la situación no fue completamente registrada debido a la pesada carga de trabajo de los profesionales del sector de la salud. El doctor Mavetera confirmó que la Enfermera Angula fue la enfermera que tradujo lo que el doctor le había explicado a la demandada en su lengua vernácula.

[35] Durante el contrainterrogatorio, el doctor Mavetera admitió que los doctores tenían el deber ético de conservar apuntes adecuados, que tenía conocimiento de las implicaciones socioculturales si una mujer no era capaz de tener hijos; que hubo diferentes umbrales de dolor; y que una paciente no tenía que ser esterilizada para que se le sometiera a una operación cesárea. Al preguntarle el abogado de las demandadas por las abreviaturas utilizadas en los formularios de consentimiento, el doctor Mavetera respondió que es posible que las pacientes desconozcan qué significan las abreviaturas utilizadas en los formularios de consentimiento, pero que dichas abreviaturas se les explican a los pacientes. Él admitió que los formularios de consentimiento no sólo los utiliza el personal del hospital sino también los pacientes, y que sin ninguna explicación, la mayoría de los pacientes no serían capaces de entender lo que significaban las abreviaturas. También admitió que era preferible enviar al paciente a casa con los formularios de consentimiento para que él o ella pueda considerar adecuadamente para qué está dando su consentimiento antes de firmar el formulario. Los nuevos formularios de que tienen han sido desde entonces adoptados por el hospital son mucho más fáciles de entender, porque el tipo de procedimiento para el cual el paciente otorga su consentimiento está resaltado en negritas en la parte superior del formulario.

[36] El doctor Mavetera sostuvo que las alternativas con respecto al procedimiento había sido explicadas a la primera demandada – aunque es muy posible que ella estuviera muy cansada – porque no se sometería a ningún paciente a operación alguna sin su consentimiento informado. En vista de su elevado volumen de trabajo actual, el doctor Mavetera comentó que resultaba poco probable que los profesionales de la salud agregaran a sus tareas realizar procedimientos adicionales no solicitados por los pacientes. Él admitió que no había indicio alguno en el expediente médico de la primera demandada que ella hubiera solicitado que se le sometiera al procedimiento de esterilización, pero el doctor Mavetera se mantuvo firme en su opinión de que el paciente debe haberlo solicitado. De hecho, él declaró que es una regla general del Hospital estatal Oshakati que los pacientes no deben ser esterilizados si no solicitan el procedimiento. Sin embargo, todavía se le puede seguir proponiendo el procedimiento a una paciente por razones médicas. Él agregó que aun cuando la primera demandada estaba en trabajo de parto cuando ella otorgó su consentimiento para el procedimiento de esterilización, ella debe haberlo solicitado. En dichas circunstancias, el médico responsable debe considerar los deseos del paciente y sopesar las alternativas. De acuerdo con el doctor Mavetera, se le pregunto por tercera vez a la primera demandada en el quirófano si entendía la naturaleza del procedimiento y si daba su consentimiento al mismo. Esto, explicó, se llevó a cabo porque ninguna enfermera en el quirófano permitiría que se practicara operación alguna, salvo que la enfermera se cerciorara que el paciente otorgó su consentimiento informado.

[37] El doctor Mavetera también comentó que a las mujeres por lo general se les esteriliza seis semanas después de haber dado a luz, o al día siguiente de haber dado a luz. La primera demandada llegó al hospital para tener un parto natural y que en ese momento tenía 26 años de edad. En esta edad, para ella resultaba indeseable que se le esterilizara. Él estuvo de acuerdo con el testimonio del doctor Kimberg que las oportunidades para la

reversión del procedimiento de esterilización de la primera demandada eran desfavorables; que el procedimiento no fue realizado teniendo en mente una posible reversión; que en las circunstancias de esta demandada el procedimiento se debería haber realizado teniendo en mente una posible reversión; y que aunque podría haberse mencionado a la demandada que ella podría optar por la fertilización in vitro, el procedimiento era muy caro. El doctor Mavetera también aceptó que era una práctica común que un doctor no debe retener información alguna de algún paciente que tenga que recibir por así convenir a sus intereses.

Enfermera Victoria Uso Angula

[38] La enfermera Angula era una enfermera registrada durante 18 años y también una partera debidamente calificada. Ella había trabajado en el Hospital estatal Oshakati durante 16 años. Ella fue la enfermera que atendió a la primera demandada y que hizo algunas anotaciones en el expediente médico de la paciente que se encuentran archivados en el hospital. La enfermera Angula declaró que alrededor de las 08h30 se rompió la membrana de la primera demandada y que ella vio a la paciente a las 13h00 (también mencionó que una paciente que ha sido diagnosticada como VIH positiva no debería esperar durante más de cuatro horas después de que se haya roto la membrana para dar a luz). La enfermera Angula entonces llamó a un doctor, quien diagnosticó que la paciente sufría desproporción cefalopélvica e indicó que ella tenía que someterse a una operación cesárea. El doctor explicó el procedimiento y el objetivo del mismo a la primera demandada. También se le explicaron al paciente las consecuencias del procedimiento de esterilización, incluyendo que ella no podría dar a luz a más hijos como resultado del procedimiento. Entonces el doctor se fue, y la enfermera Angula llenó el formulario de consentimiento junto con la demandada, quien lo firmó. Aun cuando esta conversación no fue registrada en el expediente médico del hospital, la enfermera Angula se mantuvo firme en su opinión de que ésta tuvo lugar. Después de haber sido firmado el formulario de consentimiento, la enfermera Angula preparó a la demandada para cirugía.

[39] La enfermera Angula también testificó que ella había proporcionado previamente orientación sobre cuidados prenatales a un grupo de mujeres embarazadas. Dijo que las sesiones por lo general se llevaron a cabo en el idioma que entendían las mujeres que asistieron a ellas. Entre los temas que se discutieron en las sesiones se encontraban la higiene, dieta y diversos métodos de planificación familiar. El tema de la esterilización también se abordó durante estas sesiones, y a las participantes se les informó que la esterilización era un procedimiento permanente.

[40] Durante el contrainterrogatorio, la enfermera Angula admitió que ella no recordaba específicamente a la primera demandada y que sólo confiaba en los apuntes médicos que había hecho como recordatorio. Ella comentó que cuando se le informó acerca del caso entablado en contra de la Secretaría de Salud, ella había leído detenidamente el expediente médico, reglas y reglamentos del hospital. Ella confirmó que si ella no cumplía con estas reglas, se vería "en problemas" con su empleador. Cuando leyó detenidamente este

expediente médico, la enfermera Angula pudo establecer que ella había sido la única enfermera en la sala en el día particular en cuestión. Ella no había registrado los procedimientos seguidos con respecto a la primera demandada, ni podía recordar quién era la demandada. Por lo tanto, ella admitió, que no podría decir con absoluta certeza que se hayan observado los procedimientos y reglas establecidos durante el tratamiento de la demandada. Sin embargo, agregó, no existió prueba alguna de que ella no haya aplicado las reglas y procedimientos pertinentes. La enfermera Angula también comentó que ella no repasó las reglas y procedimientos para reconstruir lo que sucedió el día en cuestión.

[41] La enfermera Angula declaró que generalmente se obtenía el consentimiento de una paciente en presencia de un doctor, un estudiante de enfermería y un testigo. De acuerdo con la enfermera Angula, la enfermera que interpreta a una paciente no está obligada a hacer anotaciones que indiquen que le tradujo todo a la paciente. La enfermera Angula también dijo que la hora indicada en el reverso del formulario de consentimiento no era necesariamente exacta, ya que ella acostumbraba simplemente anotar la hora después de que la paciente había firmado el formulario. La enfermera Angula no llevaba un control minuto a minuto de todo lo que se iba haciendo, sino que registraba todo a la vez.

[42] La enfermera Angula aceptó que los principios que se definen en el libro *Midwifery* eran aplicables a los hospitales de Namibia, incluyendo el principio de que se requiere “orientación especializada y sin impedimentos” antes de que una paciente femenina se someta a un procedimiento de esterilización. La enfermera Angula supuso que a la primera demandada se le había proporcionado la debida orientación en las sesiones de cuidado prenatal a las que asistió, y que por lo general ella “no reanudaba la orientación si (sic) ya se había impartido en las sesiones de cuidado prenatal”.

[43] El abogado de las demandadas le planteó a la enfermera Angula que la capacidad de una paciente para tomar decisiones racionales se ve afectada cuando ella está en trabajo de parto. La enfermera Angula respondió diciendo que los dolores de parte “vienen y se van”. También distinguió entre dos tipos de dolores de parto, que ella describió como “trabajo de parto real y trabajo de parto rápido”.

[44] De acuerdo con la enfermera Angula, aun cuando ella no puede recordar a esta demandada en particular, ella pasaba por este proceso diariamente de la misma manera y habría pasado por el mismo de la misma manera con la demandada. Ella le habría explicado los procedimientos a la demandada y obtenido su consentimiento entre una contracción y la otra. En respuesta al testimonio del doctor Kimber en cuanto a que era preferible no obtener el consentimiento durante el trabajo de parto, ella respondió que si una paciente solicitaba la esterilización, no podía negarse el procedimiento. De acuerdo con la enfermera, las alternativas para la esterilización no se discutieron con la demandada ya que esto se habría tratado adecuadamente con ella durante las sesiones de cuidado prenatal. El formulario de consentimiento mostraba claramente que se realizarían dos operaciones y, por lo tanto, no

podría decirse, como testificó la demandada, que ella tuvo la impresión de que había sido llevada al quirófano para que se “extrajera al bebé”. Además, la demandada no tenía motive alguno para tener miedo de formular algunas preguntas y la enfermera Angula no tenía conocimiento de que existiera algún tipo de autoridad relacionada con la postura de los profesionales de la salud que pudiera haberle impedido a la primera demandada formular preguntas.

[45] El abogado también le planteó a la enfermera Angula que era imposible leer detenidamente el expediente, llamar al doctor, esperar a que éste llegara, leer detenidamente las anotaciones de la enfermera Angula, informar al doctor, llenar el formulario de consentimiento (mientras traducía todo lo que el doctor dijo a la encuestada) y después preparar a la paciente para quirófano en 15 minutos. La testigo respondió que una estudiante de enfermería la asistió y que este proceso no lleva “mucho tiempo”.

[46] La enfermera Angula también declaró que el expediente estaba incompleto porque ella no tuvo suficiente tiempo para llenarlo. Esto se debió a que ella había enfocado su atención en salvar la vida del bebé de la demandada en una situación de emergencia. En esas circunstancias, hacer frente a la emergencia era más importante que llenar completamente el expediente médico. También sostuvo que ella le explicó el carácter permanente de la esterilización a la demandada. La enfermera Angula aceptó que el procedimiento de esterilización no era necesario que se realizara con carácter de urgencia, pero sin embargo sostuvo que la primera demandada había solicitado la ligadura bilateral de Trompas y no había motivo alguno para dar de alta a la paciente sólo para que regresara al hospital posteriormente para que se le sometiera a dicho procedimiento si podía realizarse al mismo tiempo que la operación cesárea. Ella agregó que no tenía conocimiento que no fuera deseable para una mujer de menos de treinta años someterse a una operación de esterilización. Tampoco, de acuerdo con la testigo, había una regla general de que las pacientes que fueran diagnosticadas como VIH positivas debían someterse al procedimiento de esterilización, y ella no recomendaría dicho procedimiento por ese motivo. La enfermera Angula aclaró que el término “regla general” se refiere a las reglas establecidas por la Secretaría de Salud y el Jefe de la División respecto del tratamiento de los pacientes, que cubre temas tales como los medicamentos que deben ser administrados a los pacientes.

Testigos del apelante respecto de la segunda demandada

Doctor Celeste de Klerk

[47] Al momento de su testimonio, la doctora de Klerk estaba ejerciendo funciones de médico general privado en Windhoek. Ella se graduó de la Universidad de Cape Town, Sudáfrica. En 2007, ella fue contratada en el Hospital estatal Katuturay fue funcionario médico en la Clínica ARV, donde se trataban a los pacientes con VIH, de 2004 a 2009.

[48] La doctora de Klerk otorgó evidencia acerca del programa para la Prevención del Contagio Madre-Hijo (PMTCT, por sus siglas en inglés), el cual incluye procesalmente lo

siguiente: la paciente hizo una cita y después se le realizaron pruebas clínicas para establecer si es candidata para comenzar una Terapia Antirretroviral (HAART); la paciente es asesorada sobre el proceso PMTCT y los problemas relacionados con la divulgación de la información; a la paciente se le informa acerca de la Nevirapina (un medicamento común antirretroviral); y la paciente se reúne con un asesor de la comunidad (quien trabaja para la clínica PMTCT) para discutir las opciones de alimentación y planificación familiar. Estas discusiones se llevaron a cabo en términos sencillos, pero las abreviaturas podían utilizarse en las cartillas de salud. En relación con los procedimientos de esterilización, el término “cerrado (ligado)” se utiliza para ilustrarle a la paciente que el procedimiento es irreversible y que ella no podrá tener más hijos. A la paciente se le da tiempo para que considere sus opciones y tome una decisión sobre si debía o no ser esterilizada. Una paciente puede posteriormente cambiar de opinión después de este tiempo. La decisión que toma se indica en la portada de su cartilla de salud para que la enfermera de la clínica de cuidados prenatales esté informada de su decisión. La doctora señaló que ella escribió "BTL" en la cartilla de salud de la segunda demandada porque ése es el procedimiento que la demandada había elegido cuando consultó a la doctora.

[49] Durante el contrainterrogatorio, la doctora de Klerk declaró que las cartillas de salud fueron utilizadas por doctores estatales para comunicarse entre sí. Ella confirmó que escribió BTL sobre la cartilla de salud de la demandada porque ése era el método de planificación familiar que había escogido la segunda demandada después de que fue asesorada. La doctora de Klerk explicó que la demandada no había estado de acuerdo con el procedimiento; sin embargo, lo “escogió”: la paciente acepta únicamente cuando firma un formulario de consentimiento antes del procedimiento. En esencia, la doctora de Klerk consideró que la demandada aceptó la BTL como un método de planificación familiar para el futuro después de dar a luz. De acuerdo con la doctora de Klerk, era el deber de los doctores que tratarían a la demandada en el futuro confirmar si la paciente todavía quería ser esterilizada antes de llevar a cabo el procedimiento. Estos doctores podrían anotar en el expediente médico que la paciente había sido atendida para una cita de PMTCT (pero no para una cita obstétrica). La doctora de Klerk también agregó que los riesgos relacionados con el procedimiento de esterilización y la posibilidad de reversión no habían sido discutidos con la demandada, aunque a la paciente se le había informado que someterse al procedimiento significaría que no podría concebir hijos en el futuro. La doctora de Klerk admitió que en algunas situaciones en donde la inscripción “planificación familiar”: BTL se había escrito en la cartilla de salud, el siguiente profesional del sector de la salud podría concluir que el procedimiento de esterilización había sido discutido con la demandada. Sin embargo, la doctora de Klerk también declaró que si ella hubiera tenido alguna duda acerca de la disposición de la segunda demandada de someterse al procedimiento, ella habría realizado alguna anotación en la cartilla de salud de la demandada para tal fin.

Enfermera Even Maria Ndjalo

[50] La enfermera Ndjalo empezó a trabajar como enfermera en 1977. Para 1986, ella mejoró sus competencias y se convirtió en partera. Al momento de su testimonio, la

Enfermera Ndjalo había sido contratada por la Secretaría de Salud y Servicios Sociales en el Hospital estatal de Katutura desde 1996.

[51] La Enfermera Ndjalo hizo referencia al formulario de consentimiento de la segunda demandada y testificó que ella le había explicado el contenido del formulario a la demandada y le tradujo las comunicaciones del doctor a la paciente en la lengua vernácula de la demandada. Este formulario indicaba los procedimientos a los que se sometería la demandada. La Enfermera Ndjalo especuló de que después de haberle explicado el contenido del formulario, ella le había preguntado a la demandada si entendió lo que se le había dicho y si estaba de acuerdo con eso. Si la paciente aceptaba, y sólo si la paciente aceptaba, entonces la paciente firmaba el formulario de consentimiento. La Enfermera Ndjalo agregó que ella le explicó a la demandada que si ella optaba por ser esterilizada, este procedimiento sería permanente y ella ya no podría tener hijos. Ella confirmó que la demandada debe haber entendido la explicación antes de firmar el formulario, lo cual habría tenido lugar entre una contracción y la otra. Aunque ella no hizo anotación alguna para confirmar esto, la Enfermera Ndjalo estaba segura de que siguió estos procedimientos.

[52] Durante el conainterrogatorio, la Enfermera Ndjalo admitió que ella vio la abreviatura BTL en la cartilla de salud de la paciente y supuso que la demandada quería ser esterilizada. Ella comentó que ella le habría preguntado posteriormente a la demandada si ella todavía quería ser esterilizada y que ella habría supuesto que la demandada ya había sido orientada al respecto, sabiendo que una paciente comienza a recibir orientación en las sesiones de cuidado prenatal. La Enfermera Ndjalo comentó que a la demandada no se le forzó a someterse al procedimiento de esterilización, ella debe haber optado por hacérselo. Ella agregó que es el deber del doctor explicarle los procedimientos a la paciente y asegurarse que la paciente haya entendido la explicación. Ella confirmó que hubo instrucciones específicas en cuanto a la forma como se debía preparar a la paciente para un BTL, únicamente para la operación cesárea. Ella también reconoció que el libro *Midwifery*, que se menciona con anterioridad, dispone que una paciente debe recibir la debida orientación antes de la esterilización y que debe ser capaz de entender la información que se le proporciona después de lo cual ella podrá otorgar su consentimiento. Sin embargo, ella testificó que el libro fue publicado después de que ella se convirtiera en partera.

[53] La Enfermera Ndjalo declaró que ella no podía recordare mucho acerca de la demandada salvo por lo que estaba escrito en el expediente médico. Al momento de que se le cuestionó sobre si ella le informó a la demandada que su esposo podría estar presente cuando firmara el formulario de consentimiento, la Enfermera Ndjalo declaró que ella no podía recordar si lo hizo. Sin embargo, ella sostuvo que al final la demandada tenía el derecho de decidir si quería que su pareja la acompañara al hospital.

[54] La Enfermera Ndjalo confirmó que el personal del hospital trabaja bajo extrema presión y con muchos pacientes. Sin embargo, ella argumentó que ella no se precipita

cuando lleva a cabo sus deberes. Además ella declaró que ella nunca había escuchado que a una paciente se le hubiera esterilizado debido a su estatus de VIH. La testigo también agregó que ella no le hablaría a una paciente cuando estuviera sufriendo dolores de parto, y que ella sabía cuándo las contracciones eran intensas y cuando no. La Enfermera Ndjalo agregó que la escritura manuscrita de la demandada sobre el formulario de consentimiento mostraba que ella no estaba bajo dolor cuando firmó porque no estaba "distorsionada".

Doctor Quincy Gurirab

[55] El doctor Gurirab se volvió médico general en 2006 y comenzó a trabajar en la Secretaría de Salud en 2007. Él testificó que no podía recordar a la demandada salvo haciendo referencia al expediente médico. Con base en los apuntes clínicos, él podía testificar que la demandada acudió a él para confirmar la posición podálica del feto. Él le había explicado a la demandada las ventajas y desventajas de la operación cesárea, descrito lo que implica, y asegurado que la paciente entendiera esta explicación. Normalmente, él también le había explicado a la paciente que una operación cesárea es un procedimiento quirúrgico y por lo tanto tiene riesgos inherentes, como también es el caso de la administración de fármacos anestésicos. También le fueron explicados a la paciente la duración de la operación y los medicamentos adicionales que recibiría. El doctor Gurirab agregó que cuando el atendió a la demandada él no se dio cuenta de que había sido diagnosticada como VIH positive, de haberlo hecho, eso lo habría indicado en sus anotaciones.

[56] Durante el contrainterrogatorio, él admitió que los apuntes en la cartilla de salud de la demandada hacían referencia a "ARV" y "PMTCT", lo que indicaba que ella había sido diagnosticada como VIH positive y que se le daba medicamento debido a su condición. Él agregó que tenía conocimiento de que era recomendable practicar operaciones cesáreas a las pacientes que eran diagnosticadas como VIH positivas y cuyos fetos estaban en posiciones podálicas. El doctor Gurirab comentó que él le había explicado el procedimiento de la operación de cesárea a la demandada, aun cuando no hizo anotaciones en su expediente médico para indicar que él en realidad se lo había explicado. El doctor Gurirab dijo que había sido informado que debían mantenerse expedientes completos de todas las explicaciones que se les dieran a los pacientes debido a la pequeña posibilidad de que los doctores pudieran recordar a los pacientes que ellos hubieran anteriormente atendido y los detalles de su tratamiento.

[57] El doctor Gurirab no incluyó la frase BTL en sus anotaciones porque él no discutió el procedimiento con la demandada. Él dijo que él habría incluido la abreviatura si le hubiera mencionado ese procedimiento tan importante a la paciente. El testificó que él era muy prudente y preciso cuando realizaba sus anotaciones. Él negó que él nunca le diría a una paciente que si no estaba de acuerdo con realizarse el procedimiento de esterilización ella no sería programada para la operación cesárea.

Testigos del apelante con respecto a la tercera demandada:

Doctor Godfrey Sichimwa

[58] El doctor Sichimwa era funcionario médico del departamento de obstetricia y ginecología en el Hospital Estatal de Katutura. Le informó al tribunal que había una escasez de personal en el hospital y que nacían aproximadamente 500 bebés por mes en el hospital. Lamentó el hecho de que el hospital no contaba con el personal suficiente y que solo un pequeño número de trabajadores de la salud estaban disponibles para asistir todos esos partos, explicando la presión bajo la cual trabajaban. El doctor Sichimwa hizo referencia al historial de salud de la tercera demandada y confirmó que fue admitida el 12 de octubre de 2005 a las 18h50, aproximadamente. La demandada no estaba programada para una cesárea ni para una ligadura bilateral de trompas (BTL, por sus siglas en inglés) porque el personal deseaba que su trabajo de parto progresara de manera natural. Aunque se le había aconsejado que programara una cesárea, no lo hizo. El doctor Sichimwa indicó que, aunque no recuerda a la demandada en particular, debe haberle explicado que tenía que someterse a una cesárea para acelerar el alumbramiento del bebé debido a su edad, paridad y su estatus retroviral.

[59] El doctor Sichimwa explicó que, si una paciente no entendía el idioma que hablaba el doctor, se le pedía a una de las muchas enfermeras que se encontraban en la sala que actuara como intérprete para la paciente. Los formularios de consentimiento eran firmados en presencia del doctor y de la enfermera únicamente después de que la paciente hubiera indicado que había entendido completamente aquello que se le ha explicado. La presencia de la firma de la demandada en el formulario de consentimiento constituye evidencia de que se proporcionó toda la información a la paciente y que ésta aprobó el procedimiento de esterilización. Además, la enfermera del quirófano, generalmente, debe confirmar que la paciente ha sido informada de la naturaleza de la operación, que ha entendido toda la información y que ha dado su consentimiento para que se realice la cirugía mediante el otorgamiento de su firma. Ninguna operación puede dar inicio a no ser que la enfermera del quirófano haya confirmado que la paciente así lo ha entendido.

[60] Bajo conainterrogatorio, el doctor Sichimwa confirmó que el personal sanitario del Hospital Estatal de Katutura trabajaba bajo una gran presión, en condiciones difíciles y estaba limitado por el tiempo y la disponibilidad de quirófanos. Los doctores atienden muchos pacientes y, por lo tanto, dependen de las notas médicas para poder recordar. Reconoció que era, por lo tanto, necesario que las notas médicas estén completas.

[61] El doctor Sichimwa declaró que no podía confirmar si la demandada sufría dolor al momento de firmar el formulario porque el dolor 'era algo subjetivo'. Aunque no recordaba personalmente a la demandada, fue categórico al afirmar que le explicó el procedimiento y que le comunicó toda la información pertinente. Llegó a la conclusión de que así debió haber sido porque su firma aparecía en el formulario de consentimiento.

[62] El doctor Sichimwa reconoció que el procedimiento de ligadura bilateral de trompas pudo haber sido realizado posteriormente; que es muy invasivo; y que estaba al tanto de la norma cultural que le da una gran importancia a la capacidad de la mujer para tener hijos. Agregó que no había ninguna razón para esterilizar a la demandada indicada en el formulario de consentimiento o en la cartilla de salud, pero estaba seguro de que estaba indicada en alguna parte en el expediente de la demandada. Aceptó que la responsabilidad final de asegurarse de que la paciente dé su consentimiento informado recae en el doctor. El formulario largo de consentimiento firmado por la demandada era suficiente, ya que en él declaraba que se le había explicado los procedimientos a la demandada. Declaró, además, que no es requisito que el cirujano redacte notas antes de la operación; las notas únicamente son redactadas después de la operación, razón por la cual había espacios específicos para tal fin en los formularios de consentimiento. El doctor que opera al paciente puede ser distinto del doctor que explica los procedimientos a la paciente; siendo éste último quien firma el formulario de consentimiento. Este formulario mencionaba únicamente los riesgos, procedimientos y alternativas a los procedimientos. El doctor Sichimwa insistió en que se pudo haber dado a la demandada otra información, aunque ésta no haya sido asentada. Reconoció, sin embargo, que la información adicional que se dio a la paciente debió haber sido asentada en los registros médicos. Agregó que la razón por la cual las notas no estaban completas se debía al limitado espacio disponible en el estacionario [sic], pero el abogado le indicó inmediatamente que sí había suficiente espacio en los formularios para las notas adicionales bajo el encabezado 'observaciones'.

[63] El doctor Sichimwa también declaró que el objetivo de las rondas médicas es que los profesionales de la salud se beneficien mutuamente de su conocimiento y opiniones. El consentimiento de los pacientes para las cirugías pudo haberse obtenido durante tales rondas. El doctor Sichimwa agregó que las razones que se dio a la demandada en favor del procedimiento de esterilización habría incluido su anterior solicitud para interrumpir el embarazo, su estatus retrovívico y su edad. Era la opinión del doctor Sichimwa que la orientación con respecto a su esterilización pudo bien haber sido proporcionada a la demandada diez minutos antes de ingresar al quirófano. Esto se debe a que el asunto ya había sido presumiblemente cubierto anteriormente con la paciente. El doctor Sichimwa reconoció que una orientación calificada y sin prisas era importante para un consentimiento informado y que dicho consentimiento debió haberse obtenido antes del parto. Agregó que todas las mujeres sufrían dolor durante el parto, pero que esta consideración por sí sola no les impedía dar su consentimiento informado. Confirmó que algunas mujeres decían que no querían volver a embarazarse cuando estaban en trabajo de parto, pero regresaban embarazadas al hospital al año siguiente. El testigo confirmó que la tercera demandada no acudió al hospital para programar la cesárea o un procedimiento de esterilización.

[64] Durante el segundo interrogatorio, el doctor Sichimwa declare que los formularios de consentimiento fueron firmados después de que la tercera demandada hubiere recibido orientación, después de lo cual fue llevada al quirófano. Agregó que si alguna paciente no quería ser esterilizada, su decisión sería respetada.

Enfermera Erica Kamberipa

[65] Al momento de rendir su testimonio, la Enfermera Kamberipa había sido enfermera registrada desde 2004. Declaró que efectuó el ingreso de la tercera demandada y que hizo una anotación en su cartilla de salud. Mencionó que había hablado con la demandada en Oshiwambo. La Enfermera Kamberipa explicó que los doctores toman decisiones con respecto al plan de tratamiento de la paciente y luego le explican todo a la paciente. Posteriormente, la paciente firma los formularios de consentimiento para la cirugía, si eso es lo que se decidió. Aceptó que las normas de obstetricia que se ilustra en el libro *Obstetricia* eran aplicables a Namibia también. Asimismo, agregó que, durante el ejercicio de su práctica ella se aseguraba de que las pacientes firmaran los formularios de consentimiento antes de pasar al quirófano y que se usó un intérprete para asegurarse de que las pacientes entendieran la información antes de dar su consentimiento informado.

[66] La Enfermera Kamberipa había ofrecido unas sesiones de cuidados prenatales en 2007 y 2008. Explicó que, durante estas sesiones, se agrupó a las mujeres de acuerdo con la lengua que hablaban. Se les dio información acerca de higiene, Prevención de Transmisión de Madre a Hijo (PMTCT, por sus siglas en inglés), VIH, lactancia y diferentes formas de planificación familiar, incluyendo la Ligadura Bilateral de Trompas, condones, anticonceptivos orales e inyecciones, así como dispositivos intrauterinos. Este sistema de brindar lecciones de cuidados prenatales ha estado funcionando 1989.

[67] Durante el contrainterrogatorio, la Enfermera Kamberipa confirmó que el estándar de consentimiento que se debe obtener para toda operación era el consentimiento informado que era importante tomar notas adecuadas. También estuvo de acuerdo en que constituía una práctica idónea para el intérprete, cuando se utilizara alguno, hacer una anotación de que ella había interpretado correctamente lo que dijo la paciente.

[68] La Enfermera Kamberipa también declaró que ella supuso que quien haya hecho la anotación 'BTL' en la cartilla de salud de la tercera demandada lo hizo de manera correcta. Cuando vio a la demandada, no habló mucho con ella porque la información se encontraba en su cartilla de salud y supuso que la demandada había estado de acuerdo con los procedimientos que se indicaba en su cartilla de salud. Agregó que a ella le parecía lógico que se le esterilizara debido a que ya había sido sometida a una cesárea. Según los testigos, es posible que la demandada haya mencionado la cesárea solamente porque se decidió que debería someterse a dicho procedimiento. Reconoció que es posible que no haya seguido el procedimiento correcto, pero sostuvo haber dedicado tiempo para obtener el consentimiento informado de la tercera demandada. No apuró a la demandada para que firmara el formulario. Admitió que pudo haber dicho a la demandada 'shanga', que, según ella, quiere decir 'firma' y que si le dijo a ella que firmara, lo hizo con el decoro adecuado y no alzando la voz. La Enfermera Kamberipa aceptó que era su responsabilidad confirmar que la demandada hubiera entendido el procedimiento antes de firmar. Los doctores ya habrían explicado todo a la demandada. La explicación se habría llevado a cabo en diez

minutos, porque no se llevó mucho tiempo hacerlo de manera verbal. Negó que ella simplemente haya supuesto que la demandada ya hubiera recibido orientación.

[69] La testigo agregó que, aunque en los formularios se empleaba abreviaturas, éstas eran debidamente explicadas a las pacientes. La Enfermera Kamberipa declaró al tribunal que el procedimiento para obtener el consentimiento de algún paciente ha cambiado desde que las demandadas fueron atendidas: se ha descontinuado el uso de abreviaturas; los doctores explicaban los procedimientos a las pacientes, luego una enfermera debía explicarlos de nuevo y sólo los doctores (en lugar de las enfermeras) estaban autorizados para firmar los formularios de consentimiento junto con las pacientes.

[70] La Enfermera Kamberipa explicó que las sesiones de cuidados prenatales incluían orientación de grupo, después de las cuales una mujer podía solicitar orientación individual. Se habló del tema de la esterilización con las participantes, pero se concentraron más en su salud y en el progreso de sus embarazos durante las sesiones de seguimiento.

[71] En el segundo interrogatorio, la testigo confirmó que no se discutió la esterilización en las sesiones de orientación de grupo. La paciente tenía que elegir el proceso por medio del cual se le brindaría la orientación correspondiente y de manera individual. La inscripción 'BTL' se registraría en su cartilla de salud si ella elegía el procedimiento y se le canalizaría a un doctor para recibir orientación adicional (ya que son los doctores quienes se encargan de los procedimientos de esterilización). La Enfermera Kamberipa agregó que las sesiones de cuidados prenatales implicaban tomar muestras de sangre y orina de la paciente, determinar el progreso de su embarazo y hablar de la planificación familiar para el futuro.

[72] La testigo también declaró que, por lo general, se administraba pre anestesia a una paciente 30 minutos antes de realizar una operación. Declaró, sin embargo, que esto generalmente no afecta la capacidad mental de la paciente.

Doctor Tshali Lithete

[73] Al momento de prestar testimonio, el doctor Lithete era superintendente médico y Director Administrativo del Ongwediva Medi Park, un hospital privado en el norte de Namibia. Antes de ostentar este cargo, trabajaba para el Ministerio de Salud como funcionario médico del departamento de medicina interna.

[74] El doctor Lithete declaró que recordaba a la tercera demandada como la primera paciente diagnosticada como VIH positivo en solicitar la terminación de su embarazo por motivos médicos. La asesoró ampliamente en Oshiwambo. La canalizó al programa de PMTCT porque la política era que las terminaciones de embarazos debían realizarse únicamente debido a la existencia de riesgo para la madre o el feto. Le explicó a la demandada que PMTCT implicaba aplicar terapia antirretroviral a la madre y al bebé lo que

evitaría que el feto adquiriera el VIH (uno de los hijos de la demandada ya había fallecido debido al virus). El doctor Lithete también habló del método de barrera con la demandada debido a que su pareja estaría expuesto a contraer el virus de no usarlo. El doctor Lithete también declaró que se hacía anotaciones en las cartillas de salud en aras de la continuidad y para beneficio del siguiente profesional de la salud que atendiera a la paciente.

[75] Durante el contrainterrogatorio, El doctor Lithete declaró que la tercera demandada no necesariamente solicitó la terminación de su embarazo debido a un trastorno médico. No recuerda la condición física de la paciente cuando ésta fue a verlo, por ejemplo, si era o no ambulatoria. Agregó que, al parecer, había una diferencia entre las razones de la paciente para solicitar la terminación del embarazo cuando la vio y sus motivos posteriores. El doctor Lithete afirmó que la tercera demandada iba acompañada de su pareja, pero que si la pareja le transmitía alguna información confirmaba antes con la demandada. El testigo reconoció haber recomendado una histerectomía y no una esterilización como medida para mitigar la posibilidad de hemorragia.

[76] Agregó que el estatus de VIH positivo de la demandada resultaba importante para evaluarla y establecer su expediente médico. Explicó que el propósito de las cartillas de salud es registrar un resumen de los problemas de salud por los que pasa una paciente y lo que realmente observan y realizan los profesionales de la salud que atienden a la paciente.

Doctora Dorothea Maria Krönke

[77] La doctora Krönke obtuvo su título de doctora en medicina en Alemania en 1985, llegó a Namibia en 1985 y ejerció su profesión en el Hospital Estatal [sic] de Windhoek hasta 1992. Es especialista en ginecología y obstetricia y era responsable del Hospital Estatal de Katutura y del Hospital Central de Windhoek. También trabajó en el Hospital Estatal de Oshakatipor un año.

[78] La doctora Krönke declaró que no recordaba específicamente a la tercera demandada. Pudo rendir testimonio únicamente con base en las notas que aparecen en el expediente médico de la demandada. Durante una cita con la tercera demandada, la doctora Krönke le había preguntado si había considerado 'la solución definitiva. La doctora hizo esta pregunta porque la demandada había solicitado la terminación de su embarazo y tenía siete hijos, incluyendo uno que era VIH positivo. Entonces, le informó a la demandada acerca de la esterilización como una solución permanente para alguien que ya no quería embarazarse.

[79] La doctora Krönke confirmó el embarazo de la demandada con un ultrasonido. Luego, envió el ultrasonido al jefe del departamento, quien contaba con la autoridad necesaria para tomar una decisión definitiva con respecto a si una paciente era candidata para la terminación. La testigo ya había informado a la tercera demandada que, dado que su embarazo ya había superado el primer trimestre, era probable que se rechazara su solicitud

de terminación del embarazo. Pidió que una 'enfermera o doctor' interpretara esta conversación con la demandada. Después de haber enviado el ultrasonido al jefe del departamento, la solicitud de terminación del embarazo de la tercera demandada fue rechazada.

[80] La doctora Krönke también explicó que, debido a que era una especialista, generalmente no hablaba en detalle del procedimiento de esterilización con ninguna paciente, sino que la canalizaba a los funcionarios médicos y a las clases de cuidados prenatales que impartían las enfermeras en jefe capacitadas. Si hubiera algo de lo que no pudieran hacerse cargo las enfermeras, la paciente será canalizada a un doctor. Normalmente, las clases de cuidados prenatales implican seguimientos del progreso del embarazo y de la salud de las pacientes. Las mujeres se sentaban en filas parecidas a las de un salón de clases y una enfermera impartía las clases. Los diversos métodos anticonceptivos también fueron discutidos durante estas sesiones.

[81] La doctora Krönke explicó que la frase [sic] 'opcional' significaba 'planeado', sin que hubiera una situación de urgencia. Por lo tanto, a la esterilización se le conoce generalmente como un procedimiento 'opcional'. Según ella, la tercera demandada parecía ser 'poco confiable con respecto al cuidado de su salud y de su vida', como lo evidencia su expediente. Cuando la doctora la atendió, la demandante ya había tenido un aborto, un bebé infectado con VIH y muchos hijos a su avanzada edad, y estaba embarazada una vez más, a pesar de su estatus de VIH positivo. El doctor sintió que para la demandada 'lo mejor sería' no volver a embarazarse.

[82] La doctora agregó que las cartillas de salud eran usadas por los doctores para comunicarse los unos con los otros, porque los pacientes que asisten a los hospitales estatales no tienen el derecho de elegir a sus doctores y que el doctor que esté de turno es que se les asigna. Confirmó que el Hospital Estatal de Katutura estaba extremadamente ocupado con aproximadamente 6000 partos cada año. Aproximadamente, 2500 alumbramientos tienen lugar anualmente en el Hospital Central de Windhoek, el cual también es un hospital estatal. En el Hospital Estatal de Katutura, las salas de partos estaban tan llenas que, ocasionalmente, algunos partos sucedían fuera de tales salas.

[83] La doctora Krönke atendió de nuevo a la demandada cuando ésta entró en trabajo de parto. Declaró al Tribunal que, bajo circunstancias normales, la esterilización podría ser realizada 48 horas o seis semanas después de que la paciente haya dado a luz. Cuando dio a luz, la tercera demandada había estado esperando un alumbramiento normal, pero debido a que no estaba lista, los doctores, tras consultar con las enfermeras, la evaluaron y decidieron realizar una cesárea. La demandada fue orientada con la ayuda de un intérprete. La doctora Krönke comentó que, por lo general, los doctores se comunican entre ellos en inglés, pero usan un intérprete al comunicarse con alguna paciente que no entienda inglés.

[84] Durante el segundo interrogatorio, la doctora Krönke reconoció que la esterilización constituía un procedimiento invasivo. Aunque agregó que también podía ser ‘muy invasivo si una paciente se embarazara cuando esto representaría un desastre para su salud’. Al preguntarle el abogado de las demandadas lo que entendía por el concepto de ‘paternalismo’, definió la frase [sic] como demostrar mucha autoridad y forzar a la paciente a que tome determinada decisión. Sin embargo, explicó que ésta no era la manera en que se había atendido a las demandadas. La doctora hizo énfasis en que la decisión acerca de lo que debería sucederle a una paciente recae en última instancia en la persona, agregando, sin embargo, que era posible que las pacientes se sientan intimidadas si el doctor les informa todos los riesgos que implica tomar una decisión médica en particular.

[85] La doctora Krönke también declaró que una mujer embarazada tenía la opción de incluir a su pareja en la decisión de dar o no su consentimiento para la esterilización opcional, pero que esto no constituía un requisito legal. Reconoció que la norma para dar el consentimiento para una operación era el consentimiento informado. Aparentemente, ella había reconocido que no se debe orientar a una paciente por primera vez acerca de la esterilización mientras experimenta el trabajo activo de parto. La testigo también declaró que no participó en la obtención del consentimiento de la tercera demandada para las operaciones y que la orientación se llevó a cabo en la clínica de cuidados prenatales. Con el fin de que la paciente dé su consentimiento informado, no era necesario que asistiera a las sesiones de orientación individual. Bastaría con que entendiera toda la información que se le dio durante la orientación de grupo sobre cuidados prenatales. Las explicaciones que se dio en todas estas sesiones fueron hechas en términos no especializados y de manera tal que pudieran ser entendidos por todo el mundo. Estuvo de acuerdo en que si una paciente elegía la esterilización, el profesional de la salud debe estar convencido de que la paciente haya entendido todo el proceso y sus consecuencias.

[86] La doctora Krönke le dijo al tribunal que la tercera demandada tenía seis meses a partir de su visita inicial al doctor para considerar y decidir si se esterilizaba o no. La testigo declaró que se programó la cesárea opcional, pero no los procedimientos de esterilización. Muchas mujeres que eligieron esterilizarse no acudieron a programar las esterilizaciones, pero esto no quiere decir necesariamente que ya no deseen ser esterilizadas. La doctora ‘creía firmemente’ que la demandada estaba considerando la esterilización antes de entrar en trabajo de parto.

[87] La doctora aceptó que si se discutía la esterilización con un paciente por primera vez durante el trabajo activo de parto, su consentimiento para la realización del procedimiento no debe ser aceptada. ‘Trabajo activo de parto’ se refiere a las contracciones que experimenta la paciente poco después de la etapa temprana de parto. Implica por lo menos tres contracciones cada diez minutos y la cerviz se dilata por lo general de seis a diez centímetros.

[88] La doctora Krönke también observe que la anotación 'BTL' aparece escrita al frente de la cartilla de salud de una paciente para recordar a los doctores que lleven a cabo la cirugía, porque muchas pacientes regresan a los hospitales para quejarse de que se embarazaron después de que supuestamente fueron esterilizadas. Con esto se concluye el bastante extenso resumen de la evidencia. Procedo, a continuación, a realizar el análisis de la evidencia.

Análisis de la evidencia

[89] Es importante hacer notar desde el inicio que ciertos aspectos de la evidencia presentada por las demandadas son completamente inaceptables. Éstos se relacionan con dudas en cuanto si fueron atendidas por ciertos doctores y de si el personal sanitario les dio información acerca de las diversas formas de contracepción, incluyendo la esterilización. Con respecto a la tercera demandada, por ejemplo, me parece que la negación que hace de su consulta con el doctor Lithete, quien declaró haber hablado con ella en la lengua vernácula de la paciente, es, con toda probabilidad, falsa. Es igualmente difícil aceptar la aseveración que hace la segunda demandada con respecto a que no fue informada acerca de los métodos anticonceptivos durante las clases prenatales o de que fue amenazada por un doctor para someterse a la esterilización. La negación que hizo durante el segundo interrogatorio en cuanto a conocer la diferencia entre una esterilización reversible y una irreversible resulta, de igual manera, poco convincente, dado que admitió conocer tal diferencia en su ofrecimiento y presentación de pruebas. En vista de las dudas que tengo con respecto a algunos aspectos de la evidencia presentada por las demandadas, abordaré la evidencia y tomaré una decisión respecto de la apelación principalmente con base en los testimonios de los testigos del apelante y de la evidencia presentada por el doctor Kimberg. Me parece que la evidencia presentada por esos testigos es en general fidedigna. En la siguiente sección, me propongo examinar más detenidamente la posición objetiva con respecto a las circunstancias que llevaron a cada una de las demandadas a firmar los formularios de consentimiento. Después de dicho análisis vendrá una consideración de derecho sobre el consentimiento informado y su aplicación a la matriz objetiva de la apelación.

Primera demandada

[90] Ambas partes estuvieron de acuerdo en que la primera demandada acudió al hospital para tener un parto natural y que no programó ni una cesárea ni un procedimiento de esterilización. Aunque fue informada de la esterilización como parte de las clases de cuidados prenatales generales, no existe evidencia de que haya sido informada acerca de someterse a una esterilización como método anticonceptivo. Se le informó acerca de la esterilización solo después de haber estado en trabajo de parto durante ocho horas. Se reconoció que debió haber estado exhausta después de haber estado en trabajo de parto durante tanto tiempo. Aun suponiendo que hubiera solicitado que se le esterilizara, no era el momento adecuado para obtener el consentimiento para someterse a un procedimiento tan invasivo y potencialmente permanente como la esterilización, como se indica en la evidencia

proporcionada por el doctor Kimberg, cuya evidencia acepto. La primera demandada había, por supuesto, dado su consentimiento para someterse al procedimiento de cesárea. El formulario que firmó, como se indica anteriormente, dice que la paciente daba su consentimiento para una ‘cesar [sic] y BTL debido a una anterior cesar [sic]’. ¿Puede entonces afirmarse que, bajo esas circunstancias, también había dado su consentimiento para ser esterilizada? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. La cesárea constituía un procedimiento de emergencia que los doctores podrían haber tenido el derecho legal de llevar a cabo incluso si la primera demandante no había dado su consentimiento, siempre y cuando, desde luego, hubiera fundamentos válidos médicos y legales para hacerlo. Es más, la primera demandada fue al hospital para que se le ayudara a dar a luz y debe haber contemplado que podría llegar a practicársele un procedimiento de emergencia tal como una cesárea en caso de haber complicaciones que evitaran el parto normal. Sin embargo, no podría decirse, de ninguna manera, que haya contemplado, bajo esas circunstancias, la posibilidad de ser sometida a un procedimiento de esterilización como consecuencia razonable o natural del parto.

Segunda demandada

[91] [91] La evidencia con respecto a la segunda demandada demostró que la doctora de Klerk, a quien la segunda demandante consultó, confirmó que había escrito ‘BTL’ en la cartilla de salud de la demandante porque ese era el método de planificación familiar que la demandada eligió después de la orientación. La doctora de Klerk explicó que la segunda demandada no había aceptado la esterilización, sino que sólo la había ‘elegido’, ya que únicamente podía indicar su consentimiento mediante la firma del formulario de consentimiento. La doctora de Klerk agregó que la segunda demandada había aceptado la ‘esterilización como método de planificación familiar para el futuro’ después del parto. La doctora razonó que era responsabilidad de los doctores que atendieran a la segunda demandada en el futuro confirmar si aún prefería ser esterilizada. También aclaró que el posible procedimiento para revertir la esterilización no fue tratado con la segunda demandada y que tampoco se le ha explicado los riesgos relacionados con el procedimiento. Sin embargo, a la segunda demandada se le había informado que la esterilidad era la consecuencia del procedimiento. La doctora de Klerk hizo una admisión importante cuando declaró que las circunstancias bajo las cuales se escribió la expresión ‘planificación familiar: BTL’ en la cartilla de salud de una paciente, un futuro profesional de la salud podría suponer que el procedimiento de esterilización ya había sido discutido previamente con la paciente.

[92] Resultó que, al ver la anotación ‘BTL’ en la cartilla de salud de la segunda demandada, la Enfermera Ndjalo, quien preparó a la segunda demandada para los procedimientos, en sus propias palabras ‘supuso’ que la demandada deseaba ser esterilizada. La Enfermera Ndjalo también especuló haber preguntado a la segunda demandada si todavía quería seguir adelante con el procedimiento de esterilización y luego proceder a explicarle los riesgos y consecuencias del procedimiento. Infortunadamente, las supuestas preguntas y explicaciones que se dio a la demandada no fueron registradas en

los apuntes clínicos. Dada la admisión de la Enfermera Ndjalo en cuanto a que no recordaba específicamente a la segunda demandada, tales aseveraciones se basan, una vez más, en supuestos y, por lo tanto, no pueden ser aceptados como hechos.

[93] Resulta evidente a partir de la evidencia presentada por la segunda que ella es la que cuenta con mayor nivel educativo de las tres demandadas. Ella entendió el significado de esterilización y las consecuencias de ésta. Es también claro que ella eligió el procedimiento como medio de planificación familiar después del alumbramiento de su bebé durante su consulta con la doctora de Klerk. La doctora de Klerk estaba totalmente en lo correcto en cuanto a su observación de que aunque la segunda demandada había elegido ser esterilizada, aún tenía que indicar su aceptación del procedimiento mediante la firma del formulario de consentimiento. Aunque la demandante había aparentemente elegido someterse al procedimiento en algún punto en futuro, resulta claro que no programó ninguna esterilización. Se esperaba que la segunda demandada tuviera un parto natural hasta que se descubrió que el feto venía en posición podálica. Mientras se encontraba en trabajo de parto, decidió someterse a una cesárea de emergencia. Aunque firmó el formulario de consentimiento que incluía la anotación 'BTL', tal consentimiento fue otorgado en el momento más doloroso del trabajo de parto. En mi opinión, la posición de la segunda demandada no es diferente de la posición de la primera. Aunque la segunda demandada había evidentemente elegido someterse a la esterilización en algún momento en el futuro, todavía tenía la oportunidad de cambiar de parecer y su consentimiento no habría sido obtenido en el momento más doloroso del trabajo de parto cuando era difícil tomar una decisión racional e informada.

Tercera demandada

[94] La tercera demandada tenía 46 años al momento del procedimiento en disputa y al final de sus años fértiles. Ya había tenido siete embarazos y había sido sometida a una operación cesárea. El procedimiento de esterilización en su caso fue reversible. Todos estos factores resultan relevantes en la consideración de los daños y perjuicios.

[95] Con respecto a la pregunta de si había dado su consentimiento para ser esterilizada, queda claro que los doctores sintieron que, debido a sus circunstancias, era una candidata adecuada para la esterilización y habían recomendado que considerara someterse al procedimiento. La anotación 'BTL' estaba escrita en su cartilla de salud únicamente para recordarle a los doctores que la atendieran en el futuro que realizaran la operación, si ésta era su decisión definitiva. Resulta también claro que la doctora Krönke, quien inicialmente recomendó la operación, no tomó parte en la obtención del consentimiento para el procedimiento y supuso que se le había dado orientación en la clínica prenatal. La Enfermera Kamberipa, quien le dio el formulario de consentimiento a la tercera demandada, también supuso que la anotación 'BTL' en la cartilla de salud de la demandada indicaba que la demandada había aceptado ser esterilizada. Asimismo, resulta aparente a partir del expediente que la tercera demandada no programó la esterilización para registrar su

intención de continuar con la operación. De hecho, la tercera demandada acudió al hospital para un parto normal y su situación cambió cuando no estuvo lista para dar a luz al día siguiente. Fue en ese momento que los doctores decidieron que la cesárea era necesaria. No hay ninguna evidencia de que la tercera demandada haya elegido esterilizarse como método anticonceptivo. Al igual que la primera y la segunda demandadas, firmó el formulario de consentimiento en el momento más doloroso del trabajo de parto. Su posición es, por lo tanto, no diferente a la del resto de las demandadas.

Consentimiento informado

[96] El Consejo de los Profesionales de la Salud de Namibia ha publicado un documento titulado *Lineamientos éticos para los profesionales de la salud*. Esta publicación fue presentada como evidencia por el apelante. Como se mencionó anteriormente, los profesionales de la salud que rindieron testimonio en calidad de testigos del apelante confirmaron que los lineamientos eran aplicables a los profesionales de la salud de Namibia. El Capítulo 6 de los *Lineamientos* aborda los principios respecto de la protección de los derechos y confidencialidad de los pacientes. El Párrafo 2.8 bajo el encabezado ‘Consentimiento Informado’ establece que ‘todos tienen el derecho de recibir información completa acerca de la naturaleza de su enfermedad, procedimientos de diagnósticos, el tratamiento propuesto y los costos que éstos implican’.

[97] La publicación reconoce la importancia de los principios del consentimiento informado y de la autodeterminación, afirmando que un profesional de la salud debe ‘aplicar el principio de consentimiento informado como un proceso continuo’ y que debe ‘respetar los derechos de los pacientes’ a la autodeterminación o a tomar sus propias decisiones informadas, viviendo sus vidas conforme a sus propios principios, valores y preferencias.

[98] En *Asociación de Abogados Cristianos vs Ministro de Salud y Otras Partes (Alianza de Salud Reproductiva como Amicus Curiae)* 2005 (1) SA 509 (T) la entonces División Provincial del Transvaal del Tribunal Superior de Sudáfrica tuvo la oportunidad de considerar el consentimiento informado en el contexto de la terminación de un embarazo. Mojapelo J, declaró lo siguiente en 515D-I:

‘The concept is, however, not alien to our common law. It forms the basis of the doctrine of *volenti non fit injuria* that justifies conduct that would otherwise have constituted a delict or crime if it took place without the victim’s informed consent. More particularly, day to day invasive medical treatment, which would otherwise have constituted a violation of a patient’s right to privacy and personal integrity, is justified and is lawful only because as a requirement of the law, is performed with the patient’s informed consent. See *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 at 451; *Castell v De Greef* 1994 (4) SA 408 (C) at 425; *C v Minister of Correctional Services* 1996 (4) SA 292 (T) at 300, Neethling, Potgieter and Visser *Law of Delict* 3rd ed at 100-1; Neethling *Persoonlikheidsreg* 4th ed at 121-2. It has come to be settled in our law

that in this context, the informed consent requirement rests on three independent legs of knowledge, appreciation and consent.

The Courts have often endorsed the following statements by Innes CJ in *Waring & Gillow Ltd v Sherborne* 1904 TS 340 at 344 to found a defence of consent:

‘(I)t must be clearly shown that the risk was known, that it was realised, and that it was voluntarily undertaken. Knowledge, appreciation, consent - these are the essential elements; but knowledge does not invariably imply appreciation, and both together are not necessarily equivalent to consent.’

The requirement of “appreciation” implies more than mere knowledge. The woman who gives consent to the termination of her pregnancy ‘must also comprehend and understand the nature and extent of the harm or risk’. See *Castell v De Greef* (supra at 425); Neethling, Potgieter & Visser (op cit at 101) and Neethling (op cit at 122).

The last requirement of “consent” means that the woman must ‘in fact subjectively consent’ to the harm or risk associated with the termination of her pregnancy and her consent “must be comprehensive” in that it must “extend to the entire transaction, inclusive of its consequences”. *Castell v De Greef* (supra at 425), Neethling, Potgieter & Visser (op cit at 120) and Neethling (op cit at 122).’

[99] The most important consideration that flows from the above dicta is that in the context of a esterilización, the woman must in fact be in a position to comprehend the nature and consequences of the operation to be performed on her. It follows that the patient must have the capacity to give her consent for it to amount to informed consent. In the *Christian Lawyers Association* case it was further stated at page 516B-C that:

‘In this context, valid consent can only be given by someone with the intellectual and emotional capacity for the required knowledge, appreciation and consent. Because consent is a manifestation of will, “capacity to consent depends on the ability to form an intelligent will on the basis of an appreciation of the nature and consequences of the act consented to.” Van Heerden and others *Boberg’s Law of Persons and the Family* 2nd ed at 849.’

[100] I respectfully agree with the above observations. In the case before us, it is crucial to determine whether the respondents had the intellectual and emotional capacity to give their informed consent in the light of the peculiar circumstances in which they found themselves when signing the consent forms. The records of all three respondents do not indicate what information was conveyed to the respondents when their written consent was obtained. The testigoes for the appellant, however, remained adamant that, regardless of the absence of

any records made that indicate what was said to the respondents, they would have discussed the nature and risks of the esterilización procedures. This is despite the absence of any independent recollection of exactly what happened in the process of treating each respondent and the nature and extent of any explanations given at the time. In the absence of any detailed clinical notes regarding what was explained to the respondents about esterilización, it was unsurprising that the testigos concerned proceeded from the assumption that they had explained the nature and risks of esterilización to the respondents just because either their signatures appeared on the consent forms or there were clinical notes bearing their handwriting. Such assumptions, however, are not borne out by the evidence.

[101] Como mencionó anteriormente, el doctor Kimberg testificó que debido a la naturaleza aespacialmente invasiva de un procedimiento de esterilización y sus efectos potencialmente permanentes, no es recomendable obtener el consentimiento de una mujer embarazada mientras se encuentra en trabajo de parto. Como ya se mencionó, también testificó que los dolores de parto podrían ser de tal intensidad que una mujer podría perder el sentido de la realidad y "hacer lo que sea" para aliviar el dolor. En el caso de una operación como la BTL, que tiene la consecuencia de hacer que una mujer sea incapaz de tener hijos en el futuro si no se realiza teniendo en mente una reversión, no debe obtenerse el consentimiento informado sin asegurarse que la mujer sea capaz de darlo.

[102] No entendí a los doctores que testificaron en favor del apelante para objetar la opinión del doctor Kimberg en este respecto. Puede aceptarse que el estado de ánimo de las demandadas en el momento en que firmaron los formularios no sólo se vio afectado por los dolores del trabajo de parto sino también por otras complicaciones. A la primera demandada se le diagnosticó con CPD, el feto de la segunda demandada estaba en posición podálica y la tercera demandada estaba en una primera etapa prolongada de trabajo de parto. Ambas partes acuerdan que como consecuencia de estas complicaciones, las demandadas tuvieron que ser sometidas a operaciones de emergencia y no está seriamente en discusión que ellas estaban en diversos grados de dolor al momento en que firmaron los formularios de consentimiento.

[103] El doctor Kimberg, a favor de las demandadas, testificó que aun cuando las demandadas habían recibido orientación adecuada, él tenía dudas en cuanto a practicar el procedimiento BTL en alguna de ellas, y hubiera optado por un procedimiento menos invasivo que no tuviera los efectos permanentes del procedimiento BTL. Los doctores que proporcionaron evidencia a favor de las demandadas comparecieron para opinar que la esterilización era la mejor opción disponible para las demandadas, supuestamente porque - como uno de los doctores dijo en relación con la tercera demandada - la BTL ofrecería una "solución definitiva" al predicamento de las demandadas.

[104] Con mucho respeto, esta actitud sólo puede interpretarse como una muestra de paternalismo médico. En *Castell v De Greef* anterior, los Jueces de la División Provincial del Cabo del Tribunal Superior de Sudáfrica en 422G-423A respaldaron una cita de una tesis doctoral no publicada por Van Oosten intitulada: "*La Doctrina del Consentimiento Informado en el Derecho Médico*", que a la letra dice lo siguiente:

“Cuando llega el momento de elegir entre la autonomía de un paciente y el paternalismo médico, no hay duda alguna de que la primera se apega más a las nociones contemporáneas y al énfasis de los derechos humanos y las libertades individuales y a una sociedad orientada a los consumidores y profesionalizada moderna que el último, que proviene en gran medida de una era pasada predominantemente marcada por las actitudes patriarcales en la actualidad obsoletas. El principio fundamental de la auto determinación coloca la decisión de someterse o negarse a someterse a una intervención médica ahí donde pertenece, principalmente en el paciente. Es, después de todo, la vida o la salud del paciente lo que están en juego y es más importante aun cuando su vida y salud como tal pudieran estar en juego, sólo el paciente están en posición de determinar su orden prioritario, en el cual el factor médico no es sino una de las muchas consideraciones que influyen en su decisión de si debe o no someterse a la intervención propuesta. Pero aun cuando las consideraciones son las únicas que entran en juego, el principio fundamental de la auto determinación todavía demanda que la decisión final e informada de someterse o negarse a someter a la intervención propuesta recaiga en el paciente y no en el doctor.

[105] Respetuosamente avalo estas observaciones. Los doctores que testificaron a favor del apelante al parecer estuvieron de acuerdo en que, especialmente, la tercera demandada, debía ser esterilizada. Algunos de los comentarios hechos acerca de ella fueron muy hirientes, si no es que rayando en el paternalismo médico. Por ejemplo, uno de los doctores la describió como “poco confiable con respecto al cuidado de su salud y de su vida” y que sentía que “lo mejor para ella era no volver a embarazarse”. Como se mencionó con anterioridad, a la tercera demandada también se le preguntó si había pensado en “la solución definitiva” a su embarazo en vista de su edad, y se le recomendó que se asegurará que su embarazo “debía ser el último de su vida”. Es posible que la evaluación de los doctores de la tercera demandada fuera médicamente correcta y que las opiniones expresadas acerca de ella reflejan sin duda alguna una preocupación auténtica por su bienestar. Sin embargo, en virtud de la aplicación de la doctrina del consentimiento informado, nuestras leyes y las políticas aplicables a los profesionales de la salud de Namibia reconocen que el paciente tiene la última palabra para decidir si debe o no someterse a un procedimiento médico opcional. Claro está que esta consideración no puede aplicarse a situaciones de emergencia, como lo muestran los hechos incluidos en este caso, que demuestran que era necesario que las tres demandadas se sometieran a operaciones de cesárea por motivos médicos.

[106] No hay cabida hoy en día para el paternalismo cuando llega el momento importante de decidir si el paciente tiene que someterse o no a un procedimiento de esterilización. Los principios de autonomía individual y auto determinación son los principios rectores sobre los cuales debe basarse nuestra jurisprudencia en esta área del derecho.⁴ Estos principios requieren que cuando el paciente decida si debe someterse o no a un procedimiento opcional, el paciente debe tener la última palabra. A diferencia de algunos procedimientos para salvar vidas que requieren la intervención sin previo aviso, la esterilización permite que se tenga el tiempo para tomar decisiones informadas y sensatas. resulta cierto, como ya se mencionó, que lo profesionales de la salud tienen la obligación de evaluar al paciente y señalarles los riesgos que conllevan algunos procedimientos en particular con el fin de permitir al paciente que tome una decisión informada y que dé su consentimiento informado. Ellos también pueden hacer recomendaciones en cuanto a la manejo y/o tratamiento de la condición del paciente con base en su evaluación profesional. Sin embargo, la decisión final de si el paciente debe aceptar o no un procedimiento en particular recae totalmente en el paciente. Hago énfasis en que el término “procedimiento” al que se hace referencia en el presente no debe entenderse como que incluye procedimientos u operaciones de emergencia que los doctores están obligados a practicarles a los pacientes incluso sin su consentimiento si se han establecido fundamentos médicos o legales.

[107] Es, por lo tanto, mi opinión bien fundamentada que los doctores no debieron haber esterilizado a las demandadas debido a las circunstancias bajo las cuales se obtuvo el consentimiento. No estoy convencido de que el apelante haya descargado su responsabilidad de demostrar, considerando las probabilidades, que ninguna de las demandadas otorgó su consentimiento informado. A las demandadas se les debió haber dado la oportunidad de regresar al hospital posteriormente para someterse a un procedimiento de ligadura bilateral de trompas, después de haber tenido la oportunidad de tomar una decisión informada y en posesión de todas sus facultades mentales, sin ser influenciadas por circunstancias tales como los dolores del trabajo de parto que sufrían al momento de firmar los formularios de consentimiento. Resulta posible, al menos en teoría, que las demandadas se sometieran a procedimientos que les permitan poder tener hijos de nuevo, pero, como se señaló en la evidencia, tales procedimientos están fuera del alcance de la mayoría de las mujeres de Namibia.

[108] El consentimiento obtenido fue invalidado por la falta de capacidad de las demandadas para dar su consentimiento informado en vista del historial de la forma en que se llegó a tomar la decisión de esterilizar y las circunstancias bajo las cuales se obtuvo el consentimiento de las demandadas. Era un consentimiento simplemente escrito en vez de un consentimiento informado, lo que, en mi opinión, no basta para llevar a cabo un procedimiento tan invasivo y potencialmente irreversible como la esterilización. El factor importante que se debe tener en mente en todo momento es si la mujer tiene la capacidad para otorgar su consentimiento para ser sometida a una esterilización cuando al pedírsele

⁴ Cf. The remarks of Ackerman J in *Castell v De Greef* above at 426

que firme los formatos de consentimiento. Por lo tanto, no resulta determinante qué información se le haya dado durante las clases de cuidados prenatales o al momento de firmar el formato de consentimiento si no es capaz de entender cabalmente la información o de tomar una decisión sin ninguna influencia indebida ocasionada por el dolor que se encuentra sufriendo.

[109] Por todos esos motivos, es mi opinión bien fundada que ninguna de las demandadas dio su consentimiento informado ya que se encontraban en diferentes fases del trabajo de parto y pudieron no haber entendido cabal y racionalmente las consecuencias que implicaba dar su consentimiento para el procedimiento de esterilización. Este es el caso, especialmente debido a que ninguna de las demandadas hizo ninguna cita o reservación para confirmar su intención de esterilizarse antes de entrar en trabajo de parto.

[110] En mi opinión, la apelación con respecto a cada una de las demandadas debe desestimarse y el asunto remitirse al Tribunal Superior para que ese tribunal determine la cuantía indemnizatoria de los daños y perjuicios que debe pagar el apelante.

Costas

[111] La abogada compareciente por las demandadas disputaron la apelación por instrucción del Centro de Asistencia Legal (LAC, por sus siglas en inglés) y se nos informó que en vista del estatus legal de LAC, se le indicó que no solicitara ninguna condena en costas. Por lo tanto no se emitirá ninguna condena en costas.

Orden

[112] Se ordena lo siguiente:

1. Se desestima la apelación con respecto a cada una de las demandadas.
2. El asunto se remite al Tribunal Superior para determinar la cuantía indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados.
3. No se emite ninguna condena en costas.

MARITZ JA

MAINGA JA

COMPARECENCIAS

APELANTE:

TJ Bruinders, SC
Asistido por E Schimming-Chase
Instruido por la Fiscalía

DEMANDADAS:

N Bassingthwaighe
Instruidas por el Centro de Asistencia Legal