

La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia*

[Artículos]

Mónica Lucía Fernández Muñoz**

Recibido: 3 de noviembre de 2020

Aprobado: 7 de diciembre de 2020

Citar como:

Fernández Muñoz, M. L. (2021). La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>



Resumen

El presente artículo analiza la responsabilidad por anticoncepción fallida en caso de vulneración del deber de información respecto al riesgo de embarazo frente al uso de un anticonceptivo inyectable. Con base en el

* Este artículo corresponde al resultado de una investigación adelantada en el marco del grupo "Derecho, Sociedad e Industrias Creativas", cuyo título es "La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia", y ha sido financiada por la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano (Bogotá, Colombia).

** Ph. D. en Persona y Tutelas Jurídicas por la *Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa* (Italia). Docente investigadora de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. ORCID: [0000-0002-7885-8600](https://orcid.org/0000-0002-7885-8600). Correo electrónico: tutorias.mfernandez@gmail.com.

método de la investigación teórica, luego de una revisión de la figura en otros sistemas jurídicos donde ha tenido más desarrollo, la autora evidencia que Colombia propone una ampliación del ámbito de la responsabilidad médica a partir de un nuevo evento que supera el concepto tradicional de *wrongful conception*.

Palabras clave: anticoncepción fallida, medicamento anticonceptivo, obligación de información, responsabilidad.

The extension of the traditional concept of wrongful conception in the field of medical liability in Colombia

Abstract

This article analyzes the liability for wrongful conception in the event of breach of the duty to disclose regarding the risk of pregnancy when using an injectable contraceptive. Based on the theoretical research method, after a review of the figure in other legal systems where it has been more developed, the author shows that Colombia proposes an expansion of the scope of medical liability based on a new event that exceeds the traditional concept of wrongful conception.

Keywords: wrongful conception, contraceptives, duty to disclose, liability.

A ampliação do conceito tradicional de *wrongful conception* no campo da responsabilidade médica na Colômbia

Resumo

Neste artigo, é analisada a responsabilidade por falha de anticoncepcional quando há violação do dever de informação a respeito do risco de gravidez ante o uso de um anticoncepcional injetável. Com

base no método da pesquisa teórica, após uma revisão da figura em outros sistemas jurídicos em que vem tendo mais desenvolvimento, a autora evidencia que a Colômbia propõe uma ampliação do âmbito da responsabilidade médica a partir de um novo evento que ultrapassa o conceito tradicional de *wrongful conception*.

Palavras-chave: falha de anticoncepcional, medicamento anticoncepcional, obrigação de informação, responsabilidade.

Introducción

Sin duda, la acción *wrongful conception* es una importante muestra de la evolución que sigue teniendo la responsabilidad médica, que ha generado, entre otros, el reconocimiento de daños que derivan del nacimiento de niños no deseados que en el pasado resultaban impensables, pero que ahora se están abriendo paso a través de una orientación expansiva de la jurisprudencia.

En otros sistemas jurídicos donde la figura ha tenido desarrollo usualmente se han identificado tres tipos de reclamaciones asociadas con el nacimiento de una persona. Por un lado, están las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, que parten de la premisa de la falta de información en tiempo oportuno a la gestante sobre la malformación del feto, negándole la posibilidad de llevar a cabo la interrupción legal del embarazo (García, 2012).

En estos casos, si la acción es ejercitada por los padres, se habla de *wrongful birth* y, si es ejercitada por el propio hijo, se habla de *wrongful life*. Estas acciones no constituyen el objeto de esta reflexión, pues se encamina específicamente a analizar las acciones *wrongful conception*, en ocasiones también denominadas como *wrongful pregnancy* o *birth of a unwanted child*, relacionadas con las reclamaciones que se hacen por el nacimiento de un niño que, aunque es sano, no ha sido deseado, es decir,

por la concepción no esperada de un hijo sano, debido usualmente al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. Así pues, para efectos de este estudio, se utilizará la expresión más usual, esto es, *wrongful conception*, en el entendido de que esta locución, de acuerdo con su denominación anglosajona, quiere significar “concepción no deseada”, “embarazo injusto” o “anticoncepción fallida”.

El Consejo de Estado de Colombia, en el primer caso que se decide en este país (CE, Sentencia 2005-00996/38806, Colom.), declaró la responsabilidad de una Institución Prestadora del Servicio de Salud por el daño moral causado a la víctima demandante, debido a una deficiencia en la prestación del servicio de contracepción, consistente en una falla en la información, en la medida que un médico tratante omitió informar a la mujer sobre los eventuales riesgos de embarazo del método anticonceptivo prescrito; con ello, se le habría privado de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada.

En el evento, la demandante, madre de cuatro hijos, acudió a la entidad hospitalaria con la voluntad de limitar su reproducción y solicitó los servicios de planificación familiar. Según el criterio del juzgador, la madre no contó con una información cierta, inteligible, fidedigna y oportuna que le permitiera advertir cuáles eran los factores de riesgo y, en especial, su porcentaje de efectividad, es decir, el margen de error inherente al método que se le administró. Por esta razón, el prestador del servicio se habría limitado a administrarle el medicamento contraceptivo inyectable¹ y, estando dentro del programa de planificación familiar, la demandante quedó en embarazo de su quinto hijo, quien nació sano.

¹ Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2004), la contracepción hormonal es uno de los métodos más eficaces de regulación reversible de la fertilidad y los contraceptivos hormonales más utilizados son las combinaciones de estrógeno más progestágeno (Sección 18, numeral 18.3.1).

Como se analizará a lo largo de esta reflexión, el reconocimiento de este tipo de responsabilidad marca una clara tendencia de ampliación de los eventos de responsabilidad médica, logrando de paso alterar la función tradicional que tal institución cumple, al tratar de identificar un responsable bajo un contexto que resulta problemático frente a la consolidación del daño y la determinación del nexo de causalidad. Este nuevo evento de responsabilidad médica abre el camino hacia el surgimiento de una serie de reclamaciones de responsabilidad por daños relacionados con el nacimiento de una persona, lo que supone un nuevo reto en el desarrollo del sistema de responsabilidad médica en Colombia, que en esta materia de *wrongful conception* se muestra aún incipiente. En efecto, en este país, como en la mayoría de los países de América Latina, este tipo de acciones todavía carece de sistematización y, como se verificará a continuación, persiste un tímido debate en torno a los daños que en eventos de concepción no deseada se puedan generar.

Así pues, en el marco del problema de investigación que acaba de esbozarse, resulta necesario reflexionar alrededor de la construcción teórica, viabilidad e impacto de la implementación de un sistema de responsabilidad de las entidades de salud, en aquellos casos de falta de información de los riesgos de embarazo frente al uso de medicamentos anticonceptivos. Para resolver la problemática, *el proceso investigativo desarrollado se enmarcó, esencialmente, dentro del enfoque cualitativo e, igualmente*, ha sido sustentado en la posición epistemológico-metodológica hermenéutico-interpretativa, a través del empleo de métodos propios de dicho paradigma, esto es, el método hermenéutico y la investigación teórica, que se desarrollaron esencialmente a través de la técnica de indagación documental, aplicando el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción como métodos generales, combinados con otros métodos particulares como la comparación, la

abstracción, la conceptualización y con un alcance exploratorio, descriptivo, analítico y comparativo.

Ampliación de los eventos tradicionales de responsabilidad por *wrongful conception*

La *wrongful conception* es una acción de responsabilidad que ha sido relacionada con el evento del nacimiento de los seres humanos. Bajo esta figura, se abre la posibilidad de que uno o ambos padres instauren una demanda de responsabilidad civil con el fin de lograr el resarcimiento de los daños que se consideran causados frente al nacimiento de un hijo que, aunque sano, no ha sido deseado. Esta acción ciertamente representa un tema complejo y delicado, pues apareja un componente humano de repercusión moral relacionado con la consideración del posible perjuicio que puede sobrevenir por el nacimiento de un hijo que, aunque sano, se ha querido evitar adoptando para ello las oportunas medidas de anticoncepción. Usualmente, en el reclamo por *wrongful conception* se argumenta que, al tratarse de un niño no deseado, no debería haber sido concebido, porque la pareja ha tratado de evitar la concepción y el hijo solo nace debido a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo o instrumento anticonceptivo.

1. La siguiente tipología ha sido ensayada para agrupar los supuestos de anticoncepción fallida que se comprometen en esta clase de acción (Casals y Solé i Feliu, 2001; Macía, 2005; Scalzini, 2011; Reichman, 1985; Hurtado, 2018; Cárdenas y Sánchez, 2018; García, 2012):
2. *La esterilización fallida*. Se trata de los casos donde, no obstante haberse practicado un procedimiento de ligadura de trompas, histerectomía o vasectomía, se produce la concepción y nacimiento de un niño sano. En estas circunstancias, se han diseñado dos supuestos de responsabilidad: por un lado, la propia práctica negligente de la

esterilización; por otro, la omisión de la información sobre los riesgos del fracaso de la intervención, a pesar de su práctica diligente, por ejemplo, cuando no se informa sobre las posibilidades de recanalización espontánea o sobre las medidas necesarias por tomar luego de la intervención.

3. *El embarazo que, por negligencia médica, no es detectado dentro del plazo que legalmente se permite para interrumpirlo y se produce, en consecuencia, el nacimiento de un niño sano.* Cabe anotar que, para que esta hipótesis opere, se requiere que la mujer se encuentre dentro de un sistema que permita el aborto libre sin alegación de causa, que no existe en Colombia, donde la despenalización es parcial y opera solamente en tres eventos específicos (Fernández, 2017) (CC, Sentencia C-355/06, Colom.).
4. *La interrupción fallida del embarazo.* En este caso, la mujer decide someterse al procedimiento de interrupción legal del embarazo (IVE), pero debido a negligencia médica no se logra el resultado esperado, pues el feto no es eliminado, el hijo nace y nace sano. Este evento en concreto podría eventualmente aplicarse en Colombia, cuando las causales alegadas para interrumpir el embarazo hayan sido la afectación de la salud física o mental de la madre, o la concepción haya sido fruto de un violación o incesto (Fernández, 2017) (CC, Sentencia C-355/06, Colom.).
5. *El uso de anticonceptivos que no producen el resultado esperado de impedir el embarazo.* En este evento, se ha considerado que la responsabilidad puede plantearse desde dos perspectivas distintas: la primera se relaciona con los defectos del anticonceptivo, caso en el cual se demanda al fabricante del medicamento y demás sujetos involucrados en la puesta en circulación de un anticonceptivo ineficaz; la segunda involucra la negligencia o culpabilidad y, en consecuencia,

la responsabilidad del médico, por ejemplo, cuando aplica mal un anticonceptivo, cuando se coloca negligentemente un dispositivo intrauterino (DIU) o subdérmico, cuando se prescribe un método inadecuado para la paciente, cuando se prescribe como anticonceptivo un medicamento que carece de tal virtud o cuando no se ordena ningún anticonceptivo por la errónea creencia de una situación de esterilidad en la paciente.

Teniendo en cuenta los hechos fundamento del litigio y la clasificación antes relacionada, se observa que el caso aquí analizado no se encuentra dentro de aquellos enlistados, pues incluso el último supuesto, que al parecer está más cercano al caso que se está estudiando, hace referencia a eventos en los que la no producción del resultado esperado con el anticonceptivo se relaciona, no con la falta de información del médico, sino con el uso o prescripción negligente de un anticonceptivo inyectable que resultó fallido al no impedir la concepción.

Esto significa, como primera anotación, que la hipótesis desarrollada por el juez en estas circunstancias se ubica por fuera de los casos que usualmente se conocen como eventos de responsabilidad por *wrongful conception*, constituyendo, entonces, un suceso de ampliación o extensión del marco de la responsabilidad médica, esta vez por el incumplimiento del deber de información, especialmente por haber omitido informar a la paciente sobre la posibilidad de quedar embarazada con el uso del medicamento anticonceptivo inyectable prescrito². En efecto, en el caso bajo análisis, según criterio del juez, las fallas en los servicios de salud

² Ya en un evento anterior el Consejo de Estado se había pronunciado sobre la no declaratoria de responsabilidad frente a un caso de esterilización fallida. En ese entonces, la Corporación emitió fallo desestimatorio de las pretensiones, por considerar que los padres habían sido informados de que el procedimiento de esterilización a través de ligadura de trompas traía consigo un riesgo de recanalización. Consejo de Estado [CE], noviembre 2, 2011, CP: D. Rojas Betancourth, Sentencia 21157, [Colom].

sexual y reproductiva, que permiten imputar responsabilidad a los prestadores del servicio de salud, no se circunscriben a los eventos de errores o falencias en el método utilizado, en su administración o en la praxis quirúrgica cuando ella tiene lugar, sino que se amplían a eventos como este donde hay falta de información suficiente.

Para dicha Corporación, los servicios de anticoncepción corresponden al concepto de acto médico, en la medida que estos conllevan el uso de técnicas quirúrgicas o farmacéuticas, cuyo conocimiento y praxis corresponde a los médicos y, en consecuencia, es ahí donde el tema de imputación se enmarca en los estándares de la *lex artis*. En efecto, la *lex artis* incluye también el deber de informar (Monsalve y Navarro, 2014; Moure, 2014), como parte inescindible del servicio de salud, que se traduce en la garantía de recibir aquella información necesaria para que el consentimiento del paciente, respecto del tratamiento que recibirá, sea suficientemente informado y le permita contar con elementos de juicio para decidir si lo recibe y conocer los eventuales riesgos que conlleva. Este deber de información se ha acentuado incluso mucho más cuando se trata de medicina satisfactiva (no curativa) al llevar esta un componente de mayor voluntariedad que la medicina necesaria (curativa) (Hurtado, 2018), dado que en los actos de medicina voluntaria la actuación médica no viene acompañada de una patología previa por curar.

Así pues, esta hipótesis de *wrongful conception* ejemplifica la ampliación de los eventos tradicionales de responsabilidad reconocidos en este ámbito, impulsada por el reconocimiento de la libertad de elección y la autodeterminación de la persona en el campo de la sexualidad y de la procreación y que permite lo que hasta hace algunos años era irrelevante desde un punto de vista resarcitorio; es decir, considerar la concepción fallida como fuente de responsabilidad, gracias a una relectura constitucional que nos lleva a la dilatación del área del daño resarcible,

dentro de la constante búsqueda de tutelas tendientes a mejorar la dimensión existencial de la persona humana (Rossi, 2012).

La información y el consentimiento en la comprensión del fundamento de la responsabilidad por *wrongful conception*

En el marco general de la responsabilidad médica, el panorama actual ha dado gran significación tanto a la información como al consentimiento informado del paciente, ambos enmarcados dentro de una visión autonomista que aboga por el respeto de las decisiones personales. En efecto, la información, en tanto requisito del consentimiento en la práctica médica, es el resultado de la expansión de las ideas de libertad individual y autonomía de la persona. Así lo reconoció, hace ya varios lustros, la Corte Constitucional colombiana (CC, Sentencia T-401/94, Colom.), cuando recalcó la puesta en tela de juicio desde la última mitad del siglo XX de la visión clásica paternalista o asistencialista, como consecuencia de la trascendencia que adquirieron los valores como la autonomía personal, la autodeterminación y la dignidad. Fue a partir de esos cambios axiológicos que se planteó la posibilidad de modificar los términos tradicionales de la relación médico-paciente, de manera tal que el médico debía condicionar su asistencia al consentimiento del paciente.

Desde la década de los noventa, la Corte Constitucional manifestó que el consentimiento informado es un principio constitucional adscrito al principio de protección de la autonomía del paciente respecto de su cuerpo, razón por la cual se impone al médico el deber de informar y hacer comprender al paciente los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre, siendo consciente de los beneficios, riesgos, alternativas y demás implicaciones de los procedimientos (CC, Sentencia T-401/94, Colom.; CC, Sentencia SU-337/99, Colom.; CC, Sentencia T-597/01,

Colom.). De este modo, el consentimiento del paciente tiene por necesario presupuesto el derecho a la información del que es titular, un desarrollo de su propia autonomía, así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad. La información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente, y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; lo contrario, es decir, una información falsa, errónea o incompleta, se entiende como una vulneración de la libertad de decisión del paciente (CE, Sentencia 12706/1994-9875, Colom.; CC, Sentencia T-401/94, Colom.).

En lo atinente a las acciones *wrongful conception*, dentro de los supuestos de concepciones fallidas arriba esbozados, reconocidos en el ámbito internacional y que podrían ser replicados en Colombia, se puede observar que solo aquellos relacionados con intervenciones de esterilización y abortos fallidos hacen referencia a una falla en el deber de información. En efecto, podría caber responsabilidad en el caso de vasectomías o ligaduras de trompas practicadas de modo correcto cuando haya omisión de la debida información sobre su riesgo de fracaso y en el caso de abortos fallidos (con la aplicación excepcional para Colombia antes mencionada) que conllevan la creencia errónea para la mujer de no estar embarazada, descubriéndose posteriormente que no ha sido eliminado el feto, produciéndose en ambos casos el nacimiento de un hijo sano. Pero el caso fallado en Colombia, que estamos analizando y que comprometió la responsabilidad médica por la falta de información de los riesgos de embarazo ante el uso de un anticonceptivo inyectable, constituye en esa medida un nuevo supuesto de concepción fallida y, en consecuencia, una ampliación de los eventos de responsabilidad en este ámbito.

Además, este caso, en el trasfondo, toca con un tema de gran importancia, que no fue desarrollado de manera abierta en la decisión y que se relaciona

con los problemas derivados del uso de medicamentos y, en especial, de la información acerca de estos que, por supuesto, se encuadra dentro del tema más amplio del derecho a la información que ostenta el paciente.

La información relativa al medicamento en la relación medico-paciente

El medicamento de uso humano se define como:

Toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico.³

Con base en dicha definición, sea lo primero aclarar que en Colombia no existe un gran desarrollo alrededor del deber de información que le asiste al médico que prescribe un medicamento. Frente a esta obligación, el derecho español, por ejemplo, estima que la obligación de informar al paciente como un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, cuando es aplicada al campo del medicamento, significa que la prestación de la información tiene como objetivo facilitar el diálogo y la participación del paciente en el tratamiento farmacológico, con el fin de lograr el éxito terapéutico buscado (Abellán y Sánchez-Caro, 2007).

³ Se trae a colación esta definición contenida en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015 (Esp.) y se prefiere en la medida que resulta más amplia si se compara con la establecida en el artículo 2 del Decreto 677 de 1995 (Colom.) de suyo más restringida, cuando define al medicamento como "aquel preparado farmacéutico obtenido a partir de principios activos, con o sin sustancias auxiliares, presentado bajo forma farmacéutica, que se utiliza para la prevención, alivio, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de la enfermedad". Véase: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9751>.

De este modo, en cuanto a la información específica del medicamento por utilizar, el derecho español establece que el médico debe informar las pautas de administración y las recomendaciones especiales sobre el régimen de vida para mejorar los efectos del medicamento, además de las alternativas farmacológicas más convenientes para el paciente, teniendo en cuenta el objetivo terapéutico, la explicación sobre las características, los efectos secundarios, adversos y previsibles, las incompatibilidades y contraindicaciones⁴.

Así, se entiende que cuando el médico prescribe un tratamiento con medicamentos, está obligado a informar al paciente sobre todos esos aspectos, al margen de la información que contenga el prospecto, pues en algunos casos se estima que la tarea del médico va inclusive más allá de la información que pueda contener el folleto informativo que acompaña al medicamento (Abellán y Sánchez-Caro, 2007).

Se advierte de este modo un régimen riguroso de responsabilidad en el que se establece, a cargo del profesional de la medicina, el deber de contar con la información correcta y suficiente sobre cada medicamento que prescribe, máxime cuando se trata de un medicamento de amplio uso y suficientemente conocido. No obstante, no se trata de exigirle al médico que conozca absolutamente todos los medicamentos del mercado, pero sí de aquellos propios de su especialidad o que sirven para las patologías o tratamientos que suele atender y, en consecuencia, que prescribe habitualmente.

Los anticonceptivos hormonales, así como los inyectables, son medicamentos que modifican el mecanismo de control del ciclo menstrual

⁴ Cabe resaltar que en el 2015 en España se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2015 del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través del cual se regularon, aclararon y armonizaron todos los aspectos concernientes a la prestación farmacéutica, en aras de asegurar una prestación universal de calidad y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

femenino; por lo tanto, la decisión tomada en este caso por el Consejo de Estado, que involucra el deber de información específica del medicamento anticonceptivo, permite inferir que además, por tratarse de un evento de medicina satisfactiva (no curativa), se acentúa la obligación de informar, pues se debió hacerlo en relación con las interacciones, precauciones, riesgos, apreciación de su efectividad, entre otros (Clavel, 2013). No obstante, se insiste que esta decisión no ahondó más con relación al deber de información sobre el medicamento en cuestión que le asistía al médico que lo prescribió, y en atención al grado de conocimiento que pudiera tener la paciente acerca de los efectos de ese medicamento anticonceptivo prescrito, en especial los resultados esperados y los posibles efectos adversos de este, pues en efecto, como lo considera Codina (citado por Clavel, 2013), cuando de información del medicamento se trata, es necesario que el paciente conozca la forma en que este actuará en su organismo, el efecto que tendrá sobre su salud, las precauciones que debe considerar o los efectos adversos que puedan presentarse.

La lesión del derecho a la información en las acciones *wrongful conception*

Tal como se anotó, el juez colombiano, al momento de identificar el daño cuya existencia no niega, esgrime como fundamento aquel que considera como daño la lesión del derecho a la información, combinado con aquél que lo identifica como un daño moral del que hablaremos posteriormente.

Por ahora, es preciso, como primera aclaración, recalcar que, en los eventos de *wrongful conception*, la lesión del derecho a la información no reside, como usualmente se entiende, en la privación de la información necesaria para emitir un consentimiento informado y legitimar la intervención médica sobre la integridad física del paciente, sino en la privación de la información necesaria para poder elegir libremente y

autodeterminar la propia conducta. Esta última lesión es, efectivamente, la que analiza el juez colombiano en el caso bajo estudio, cuando afirma que la falta de información suficiente sobre las ventajas, riesgos y eficacia de los distintos métodos anticonceptivos interfirió con la posibilidad de ejercer en forma plena la decisión libre e informada sobre el anticonceptivo por utilizar y, sobre todo, con la posibilidad de conocer los eventuales riesgos del método escogido, privándole de este modo a la demandante de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada. Al respecto, el juzgador puntualiza que, en este caso concreto, la falla en los servicios de salud sexual y reproductiva no se circunscribió a eventos de errores o falencias en el método utilizado, en su administración o en la praxis quirúrgica, sino que a la falta de información suficiente en los términos que han sido indicados.

Pero aún haciendo caso omiso a esta consideración, el asunto problemático que aquí surge es si la lesión de este derecho a la información puede constituir un daño en sí mismo. Con relación a este dilema, el derecho español afirma que, en estos casos, el daño sufrido no se agota en la lesión del derecho a la información *per se*, sino que el daño indemnizable reside en los efectos de esa lesión, es decir, en los efectos que la infracción del deber de información puede producir en el ámbito de la autonomía personal del paciente (Macía, 2005). En efecto, aplicado al caso, tendríamos que, cuando hay privación de la información sobre los riesgos, pero estos no se concretan, no podría considerarse que hay daño por la simple lesión del derecho a la información, en la medida en que no habría una afectación o menoscabo alguno; sin embargo, lo que se aprecia aquí es que el daño se identifica no con la mera privación del derecho a la información, sino con el efecto que esto conlleva, esto es, con la imposibilidad de decidir respecto de otras opciones en ejercicio de su capacidad de autodeterminación (Hurtado, 2018).

Así pues, para el caso aquí estudiado, al reconocerse que el daño lo constituyó el efecto de la lesión del derecho a la información, esto es, la privación de la facultad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada, este hecho constituye una ampliación de los supuestos de daño tradicionalmente reconocidos en las acciones *wrongful conception*, limitados a eventos distintos al ahora reconocido por el Consejo de Estado, que estimó, además, que dicha lesión se había cristalizado en la figura del daño moral como pasa a analizarse.

La configuración del daño en los eventos de *wrongful conception*

Las acciones *wrongful conception* han planteado a nivel internacional un intenso debate alrededor de cuál es el daño resarcible, en la medida en que en estos casos se da una estrecha relación entre el daño y el hecho de la vida de un nuevo ser. Sin embargo, podría afirmarse que hoy en día esta polémica ha sido resuelta, interpretando que el daño que se reclama en estos eventos no es la vida misma del niño no deseado, pues en el marco de las discusiones mundiales alrededor de este argumento se acepta unánimemente que considerar la existencia de un niño como una lesión efectivamente ofende los conceptos fundamentales de la vida humana (Rossi, 2012), dado que esta constituye un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, por lo que no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores (Hurtado, 2018).

Por lo tanto, se entiende que lo que se indemniza aquí no es el nacimiento, sino los perjuicios que de él se derivan desde el punto de vista patrimonial como extrapatrimonial, es decir, los perjuicios derivados de la concepción o el embarazo que la pareja de hecho ha tratado de evitar pero que, por negligencia médica, no se logra (Sullivan, 2000); es decir, el daño ocurre en el momento de la concepción real o el embarazo que la pareja trató de

evitar; se insiste que, siendo necesario para la validez de esta acción, la persona o la pareja haya tratado de evitar el embarazo, por lo cual la negligencia médica se constituye en la causa de este.

Del daño extrapatrimonial

Desde esta perspectiva, sin duda múltiples dificultades surgen en la valoración del contenido del daño que se produce como consecuencia del nacimiento de un hijo no programado, cuando se deben sopesar los sacrificios, gastos y responsabilidades frente a las satisfacciones y compensaciones que su existencia reporta; por ello, en el marco específico de la decisión objeto de análisis, el Consejo de Estado concluyó que la deficiencia en la información le había producido a la demandante un daño resarcible, representado en los cambios drásticos en el proyecto personal de familia, que previamente la mujer había proyectado al decidir limitar el número de sus hijos, daño que estimó derivado de la transgresión del derecho a la libertad reproductiva, en tanto que la omisión en la información habría limitado su pleno ejercicio. Es decir, según el criterio de la Corporación, se causó un daño moral en la demandante por la privación de una opción autónoma reproductiva plenamente informada que había generado en ella un desasosiego, congoja y aflicción personalísima susceptible de ser reparada a título de daño moral. Es decir, se apreció un daño moral en cabeza de la madre por la aflicción que le causó la vulneración de su derecho a la autodeterminación.

De entre las varias teorías que en otros sistemas se han desarrollado para hacer frente a la problemática de concretar cómo se resarce la infracción al deber de información, en esta decisión el Consejo de Estado aplica la tesis minoritaria del daño moral autónomo desarrollada, por ejemplo, en España. Esta teoría valora la ausencia o insuficiencia de la información como un daño moral *per se* por la lesión de la autodeterminación del

paciente (Cárdenas y Sánchez, 2018). Alrededor de esta teoría, por supuesto han surgido posiciones a favor y en contra: por un lado, hay quienes estiman que, al no haber ninguna repercusión objetivable, el interés del juez no sería otro que reprimir o castigar el hecho de que la información no se haya prestado en debida forma, lo cual es un riesgo pues no permite valorar, por ejemplo, qué probabilidad de no consentir existía o si el riesgo era previsible en el paciente, entre otros; por otro lado, está el sector que considera que esta solución hace evidente la función preventiva de la responsabilidad, haciendo que no quede indemne la conducta del médico que no respetó los derechos del paciente.

Además, se observa que, si bien el daño moral alegado no había sido probado, ello no impidió para que fuese admitido, como forma excepcional, mediante el reconocimiento de una presunción de la afectación inmaterial; es decir, se produjo para este caso en concreto el reconocimiento de un daño moral “presunto”, alterando de este modo el camino tradicional recorrido por la jurisprudencia colombiana alrededor del establecimiento de esta figura, reservada solamente en aquellos eventos de muerte de un pariente próximo (Tamayo, 2007; Velásquez, 2013). Por lo tanto, la decisión replantó el sistema tradicional, basado en la consideración de una presunción judicial para apreciar el daño moral por el hecho del parentesco.

Ahora bien, en las acciones de *wrongful conception* usualmente se habla de un daño moral desde otra perspectiva, un daño moral generado por la frustración, la angustia, la preocupación o la sorpresa ocasionada a los progenitores, esto es, por no haberse podido preparar psicológica o incluso económicamente para el nacimiento de un hijo no deseado, pues se afirma que, cuando los progenitores se enteran de este hecho, experimentan un impacto en la esfera anímica, representado por una serie de sentimientos de frustración, rechazo y malestar, que se identifican con un daño moral.

Se trata de lo que se conoce como *préjudice moral d'impréparation*⁵, también llamado *daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño*; empero, en este caso se apreció un daño moral en cabeza de la madre, no por el hecho de no haber podido prepararse psicológica (o incluso económicamente) para el nacimiento de su hijo no programado, sino por la aflicción que le causó la vulneración de su derecho a la autodeterminación, consecuencia de la vulneración del deber de información.

Si bien en la mayoría de los sistemas jurídicos estos eventos de lesión de la autodeterminación en materia de procreación se consideran como daño moral, revisando la decisión analizada y en atención a los recientes desarrollos alcanzados por la jurisprudencia colombiana en torno a la posibilidad de reconocer perjuicios en el caso de presentarse una afectación, vulneración, limitación, cercenamiento o restricción en el ejercicio y disfrute eficaz de los derechos, bienes e intereses convencional o constitucionalmente amparados (Santofimio, 2017; CE, Sentencia 1999-00669, Colom.) –es decir, un daño extrapatrimonial autónomo distinto del daño moral–, podría incluso pensarse en la posibilidad de que el evento aquí analizado pudiera ubicarse, más que en el tradicional daño moral, entendido como el sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertos hechos y conductas, en un perjuicio por la lesión a intereses de rango constitucional inherentes a la persona y que puede ser considerada como un atentado a la dignidad humana, entendida como el “principio básico y vertebrador de la protección que se le debe dar a las víctimas en función de la reparación integral” (Santofimio, 2017, p. 165).

⁵ En Francia se establece, aunque no de modo pacífico, que tratándose de defectos en la información es posible acumular el *préjudice d'impréparation* y la *perte de chance*, en la medida en que se trata de daños autónomos (Cristol, 2017; Jourdain, 2017).

En efecto, más que una aflicción o congoja, de lo que se trata aquí es de la vulneración del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, que incluye la libre autodeterminación con relación a la planificación familiar. Así parece haberlo percibido el juez cuando indemnizó el daño que llamó “moral” por la omisión del consentimiento informado y recordemos, además, que en estos casos que involucran la lesión de derechos fundamentales se entiende que el daño es de mayor intensidad que cualquier afectación a otra clase de derechos (Moure, 2014). No obstante, no debe perderse de vista que, para esta nueva categoría de daño extrapatrimonial, se estima como regla general de reparación, no la compensación, sino la determinación de medidas de reparación no pecuniarias que comprendan obligaciones de hacer o, si es del caso, de restablecimiento del ejercicio o del contenido del derecho, bien o interés lesionado (Santofimio, 2017), y solo excepcionalmente se puede proceder a la reparación pecuniaria de la víctima directa.

En este orden de ideas, consideramos que, dado que la decisión transita por el campo de la vulneración de derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos, en este evento era posible, atendiendo los últimos desarrollos en la materia, indemnizar no solo el daño moral, bajo la perspectiva de la falta de preparación psicológica para el nacimiento, sino además el daño por la vulneración de la autodeterminación, pues el valor que representan los derechos constitucionalmente protegidos implica de suyo un plus indemnizatorio sobre el tradicional daño moral. Además, teniendo en cuenta que se habrían expresado previamente los deseos por la paciente contrarios a la posibilidad de quedar embarazada, podría entenderse que, si se hubiese estimado la posibilidad de una compensación económica de manera excepcional, esta hubiera podido llegar a ser incluso mayor que la otorgada para el daño moral (Moure, 2014).

Del daño patrimonial

En lo que toca a la polémica relativa a la reparación del daño patrimonial frente a los eventos de *wrongful conception*, es preciso puntualizar cómo el derecho alemán construyó la denominada “teoría de la separación” a efecto de eludir la discusión. Con base en esta teoría, que parte de no aceptar el nacimiento como un daño en sí mismo, se “separa o distingue” entre la vida o el nacimiento del niño y los gastos que genera la manutención de este, para concluir que es por estos gastos, y no por el nacimiento, por los que se solicita la indemnización (Macía, 2005, 2009). Se trata, entonces, de una separación entre la vida del hijo y sus costos de mantenimiento.

En la decisión que estamos analizando, efectivamente el Consejo de Estado acoge esta corriente a favor de la existencia de un daño, pues no lo discute; sin embargo, tampoco lo indemniza, argumentando que no es posible trasladar el deber de manutención de los hijos al prestador del servicio de salud, mediante el pago de una indemnización, por tres razones esenciales: primero, porque desde el punto de vista científico no existe un método anticonceptivo con una efectividad plena del 100 %; segundo, porque el ejercicio de la sexualidad conlleva determinados “riesgos” que corresponde asumir a cada persona, entre los que se encuentra el de engendrar aunque no se desee y se hayan tomado medidas idóneas, mas no infalibles, para evitarlo; y, tercero, porque en su consideración, ordenar el pago de una indemnización en estas circunstancias podría significar que la existencia del hijo se entienda como una situación lesiva, cuando en realidad, en este caso, el daño corresponde a la afectación de la posibilidad de ejercer de manera informada la libertad reproductiva.

De esta manera, los daños materiales que fueron reclamados, esto es, los correspondientes a los presuntos gastos de manutención del hijo, actuales

y futuros, afiliaciones al sistema de seguridad social y costo de los estudios hasta la etapa universitaria, fueron negados por el juzgador, concluyendo que estos no estaban llamados a ser reconocidos porque la posibilidad de concebir, que es inherente al ser humano y es consecuencia del ejercicio de su sexualidad, no había logrado ser limitada de manera plenamente eficaz a partir de los métodos anticonceptivos creados por la ciencia, menos aún a partir de aquellos que, como en el presente caso, eran meramente transitorios o temporales. De modo que, aún en presencia de una información adecuada y suficiente sobre estos y de su utilización responsable, la concepción no podría descartarse de plano en ningún individuo sano y que ha alcanzado el grado de madurez biológica suficiente para ello.

Con relación a la negativa de resarcir el daño patrimonial en este tipo de acciones, resulta oportuno verificar con los desarrollos alcanzados en otros sistemas jurídicos cómo, por ejemplo, en Estados Unidos e Inglaterra, existen varias teorías que van desde su prohibición absoluta al considerarse que una indemnización en estos casos mercantilizaría la vida del hijo (Todd, 2005), ofendería el concepto fundamental de la vida humana, además de la inconveniencia de que un niño conozca, en algún momento de su vida, que su nacimiento fue un error y que no fue deseado, estimándose, tal como se consideró en el caso inglés *Udale vs. Bloomsbury Area Health Authority*, que un pronunciamiento en este sentido sería perjudicial para la unidad familiar (Reichman, 1985). Igualmente, en el caso estadounidense *Jackson vs. Bumgardner* de 1986 (Hom, 1987), la Corte Suprema de Carolina del Norte negó los costos de crianza de los hijos, en el entendido de que la vida nunca podría ser un perjuicio admisible y que incluso, si lo fuera, la naturaleza especulativa del daño impediría su reparación. No obstante esas consideraciones, los principales críticos de esta teoría consideran que la negativa absoluta del

resarcimiento puede dar lugar a que la negligencia médica, en eventos similares, no tenga ningún tipo de prevención, llevando injustamente a que sean los padres quienes tengan que soportar toda la carga de dicha negligencia (Mee, 1992).

Una segunda teoría, opuesta totalmente a la anterior, propende por la indemnización total del daño, incluidos los gastos de crianza del hijo, los cuales son reconocidos usualmente hasta la mayoría de edad⁶; sin embargo, este tipo de generosa compensación no es aceptada en la generalidad de Estados en los Estados Unidos (Etienne de Villiers, 2000; Hom, 1987).

Finalmente, se encuentra la teoría que implica una indemnización limitada de los daños (*limited-damage theory of recovery*), dentro de la cual la mayoría de jurisdicciones permite recuperar los gastos hospitalarios y médicos asociados al proceso de esterilización fallida, embarazo y parto, incluido el dolor y el sufrimiento (mental y físico), salarios perdidos y pérdida de la unión familiar; por otra parte, una significativa minoría de jurisdicciones sigue la regla del “beneficio” o “compensación”, que permite la recuperación no solo de esos gastos, sino también de los costos de crianza, compensados por los beneficios que el niño confiere a sus padres (Rossi, 2012; Hom, 1987; Cárdenas y Sánchez, 2018).

Así pues, observamos que este tipo de indemnización limitada de daños se aprecia de manera positiva en los Estados Unidos, en el entendido de que dicho enfoque reconoce que algo bueno puede provenir de un hijo no planificado, pues los padres generalmente llegan a amarlo y no están agobiados por su existencia, por lo que se estima que con este tipo de decisiones judiciales se otorga a los padres una ayuda justa en razón a que

⁶ Por esta misma línea, se dirigen algunas pocas decisiones de los jueces italianos (Scalzini, 2011; Christandl, 2010).

equilibra la negligencia del médico con la carga de los padres y, además, es razonable frente al nacimiento de su hijo, ya que reconoce los beneficios que puede traer un hijo, deseado o no, tanto para los padres como para la sociedad en general (Rossi, 2012). En consecuencia, dentro de los daños que usualmente han sido indemnizados en Estados Unidos, con ocasión de la *wrongful conception*, están los gastos médicos relacionados con el embarazo no planificado, la pérdida de ingresos de la madre durante el embarazo, el dolor y sufrimiento padecidos como resultado del embarazo, la pérdida de la pareja, la angustia mental y el estrés emocional de los padres, y el más controvertido, relacionado con los costos de crianza del hijo, razonables y previsibles, hasta la mayoría de edad o hasta la vida del padre (Carey, 1979; Etienne de Villiers, 2000; Cárdenas y Sánchez, 2018).

Así, respecto al reconocimiento de los gastos de crianza, en razón de la ardua polémica que suscitan, se ha estimado entonces que sería importante reconocer la necesidad de analizar cada evento en concreto pues, por ejemplo, como sucedió en Estados Unidos en el caso *Doerr vs. Villate* (Braverman, 1978), donde el marido de la demandante se había sometido a una vasectomía porque sus dos primeros hijos habían nacido con retraso mental, luego el tercer hijo, concebido debido igualmente a negligencia médica, también había nacido con el mismo retraso y físicamente deformado. Todas estas circunstancias concretas deberían, en consecuencia, permitir una reparación sustancial de los costos de la crianza de un nuevo hijo para un demandante que ya tiene dos niños en situación de discapacidad.

Desde otra perspectiva, encontramos las posiciones propias del derecho anglosajón, como la teoría de las consecuencias evitables (*avoidable consequence doctrine*), cuya aplicación en concreto a las acciones de *wrongful conception* tiene como objetivo limitar los daños, en la medida en que se alega que el demandante no puede reclamar aquellos que

podrían haberse evitado mediante el uso de un esfuerzo razonable. Bajo esta tesis, la carga de la prueba recae sobre el demandado, quien debe demostrar, mediante una preponderancia de pruebas, que una persona razonable en las mismas circunstancias habría tomado medidas para evitar o limitar las consecuencias adversas del evento causante del daño; en consecuencia, la reclamación se limita al momento en el que, por ejemplo, el feto pudo haber sido abortado o el hijo pudo haber sido dado en adopción. De esta manera, un demandante en *wrongful conception* tendría proporcionalmente derecho a una compensación más amplia en el caso de dar al niño en adopción, de lo que sería el caso de un aborto, aunque se estima que los niveles de angustia emocional varían en cada caso en concreto (Etienne de Villiers, 2000).

Empero, como se puede observar, esta última solución resulta bastante peculiar, ya que la fuente de la lesión puede eliminarse siempre que el demandante así lo decida; sin embargo, requerir decisiones tan drásticas podría ser discordante con respecto a lo que se puede esperar en términos de minimizar o mitigar el daño, pues la medida exigida resultaría poco razonable al entrañar un sacrificio desproporcionado (Casals y Solé i Feliu, 2001); en efecto, la mujer no tiene la obligación de mitigar su pérdida realizando un aborto (Petersen, 1996), pues además esta exigencia podría resultar vulneratoria de la dignidad humana o, incluso para el caso de la posibilidad de abortar, constituiría un trato inhumano y degradante para la mujer el tener que acudir al procedimiento de aborto por el hecho de haber fallado el método anticonceptivo dispuesto por su médico tratante, sin contar con la posibilidad de que el recurso a la interrupción del embarazo se convierta erróneamente en un instrumento de planificación familiar. Esto, desde la perspectiva de la ética latina, es a todas luces censurable, pues se entiende que aún con la despenalización parcial del

aborto se niega la posibilidad de que este procedimiento pueda aceptarse como instrumento de control de la natalidad.

En este orden de ideas, en el evento bajo análisis, se observa cierta incoherencia en la solución del conflicto, en la medida en que el juez otorga la indemnización de un daño moral, pero niega la indemnización del daño patrimonial por unas razones que curiosamente le hubieran servido para negar también el primero; en consecuencia, se considera que, si la intención del Consejo de Estado era, como se ha indicado, ampliar el campo de la responsabilidad médica hacia el reconocimiento de una nueva hipótesis de *wrongful conception*, lejana de las concepciones tradicionales, la Corporación se habría quedado finalmente corta al no otorgarle una indemnización por daño patrimonial a esta madre que, sorprendida por el embarazo que estaba tratando de evitar, seguramente aceptará a su hijo no deseado. Seguramente la impresión de haber concebido al niño no planificado desaparezca incluso antes de su nacimiento (Fordham, 2015), pero debe considerarse que ese afecto no le proporcionará el dinero para alimentarlo ni el tiempo para que, si es el caso, retome su vida laboral. Además, se estima que los beneficios que reporta el nacimiento de un hijo no esperado no son suficiente razón para neutralizar la vulneración de los intereses y la voluntad de la mujer de evitar un embarazo (Cárdenas y Sánchez, 2018).

No hay duda de que el nacimiento de un hijo trae consigo una perturbación de las finanzas familiares; además, si es cierto que se produce un cambio en el estado de la familia, en este caso, por el nacimiento de un quinto hijo y si este cambio puede medirse económicamente, debería ser indemnizable. Es más, dentro de esta reflexión, hay incluso quienes afirman que, en los eventos de anticoncepción errónea, podría pensarse que los daños patrimoniales casi que fluyen naturalmente del reclamo por

el dolor, la angustia y el sufrimiento que esta situación le genera a la madre (Tan, 2015).

Por supuesto, esta indemnización tendría que hacerse atendiendo a la doctrina de la *compensatio lucri cum damno* que exige que, del monto del daño resarcible, se haga una disminución proporcional por la concurrencia del lucro o ventaja. En este sentido, dado que la responsabilidad que asume el culpable es proporcional a la medida en que se contrastan y compensan las consecuencias favorables y desfavorables de la acción u omisión, y si las ventajas no se compensan con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados (De Cupis, 1975); para este caso en concreto, habrían que tenerse en cuenta entonces las ventajas representadas por el advenimiento no esperado de un hijo, pues aunque son ciertos los gastos y sacrificios que este hecho conlleva, también se producen satisfacciones y compensaciones derivadas de su propia existencia.

Igualmente, cabe considerar que está dentro del poder del juez otorgar una indemnización del daño patrimonial que pueda estar, por ejemplo, determinada con referencia al costo promedio de alimentación, asistencia médica y educación para un niño en Colombia hasta la mayoría de edad y, para ello, se podrían ensayar varias fórmulas como garantizar un cupo para la educación pública hasta el nivel universitario, u ordenar el pago de una renta o sumas periódicas para atender los gastos del hijo, entre otras. En suma, dado que en los eventos de *wrongful conception* la compensación buscada no es por la existencia misma del hijo sino por el costo de criarlo, se considera que cada caso en concreto debería poder ser analizado, teniendo en cuenta la situación económica de la familia; así, sería importante considerar, por ejemplo, si se trata o no de una familia en condiciones de pobreza o de bajos recursos económicos como en este caso.

La determinación del nexo causal en las acciones de *wrongful conception*

Tal vez uno de los principales problemas a los que se puede enfrentar la definición de la responsabilidad en estos eventos tiene que ver con la determinación del nexo de causalidad. En efecto, al igual que sucede con las otras acciones que tienen que ver con el nacimiento (*wrongful birth* y *wrongful life*), en las acciones de *wrongful conception* también se plantean problemas causales pues se entendería que en su estimación debe existir una relación de causalidad directa entre la infracción a la *lex artis* en sentido técnico y el resultado indeseado: la procreación (Hurtado, 2018). En tal entendido, encontramos a quienes consideran que, debido a que la causa de la concepción no está en el comportamiento del médico, este no debe responder; igualmente, están quienes estiman que en estos casos no existe relación de causalidad, pues no se puede saber realmente si, de estar bien informados, los progenitores hubieran decidido no procrear, dado que se trata de una situación *a posteriori* distinta y de una mera hipótesis (Macía, 2005). Al lado de estas posiciones que destacan la dificultad en la determinación de la relación de causalidad, podría sumarse la apreciación, aplicable al caso bajo análisis, de que aún bien informados y, en consecuencia, eligiendo libremente usar otro método anticonceptivo, dado que ninguno garantiza una eficacia del 100 %, la concepción hubiese podido de todos modos tener lugar; es decir, aún si el médico hubiera actuado diligentemente, informando el riesgo de quedar en embarazo, la concepción no deseada que se reclama se habría producido igualmente. Además, no debe perderse de vista que, en este caso en concreto, estamos frente al uso de un método anticonceptivo transitorio, como lo son los inyectables, con lo cual se demarca que el interés de la demandante no era el de suprimir de manera efectiva toda posibilidad de embarazo ulterior

(Martínez, 1995), pues de serlo hubiese recurrido a uno de los métodos que se aprecian definitivos, como son los procedimientos de esterilización (ligadura de trompas o vasectomía). Así pues, aún bien informada, la madre habría tenido tres posibilidades: o bien recurrir a la abstinencia, lo cual parece dudoso, ya que en ese evento el recurso a un método de anticoncepción (inyectable en este caso) habría sido inútil; o bien habría podido recurrir a otro mecanismo temporal, o incluso a un procedimiento de esterilización. Pero estas últimas dos opciones plantean problemas de incerteza, en la medida en que ningún método anticonceptivo, llámese temporal o definitivo, ofrece o garantiza una eficacia total⁷.

Pero si atendiendo a estas consideraciones se favoreciera la inaplicación de la figura de la responsabilidad civil para este caso en concreto, se podría recibir también la crítica de quienes estiman que, a través de ese camino, se podría permitir que el médico llegara a beneficiarse del incumplimiento del deber de información, deber que ha sido establecido precisamente para salvaguardar la autodeterminación del paciente y de quienes consideran que la asunción del riesgo por la víctima solo se extiende a los riesgos normales y no al riesgo de un comportamiento negligente.

Es más, desde la mirada del Estado Social de Derecho, cuya concepción material se sustenta en la idea de la consolidación de una sociedad justa y equitativa con sujeción al ordenamiento jurídico, que implica, entre otros, la ruptura del individualismo tradicional y la afirmación del principio *pro homine* que busca proteger a la víctima no solo en la esfera patrimonial y extrapatrimonial, sino también frente al ejercicio de sus derechos

⁷ Es bien conocido que en caso de ligadura de trompas es posible que se presente la recanalización y, en consecuencia, la mujer pueda volver a quedar embarazada. En el caso de la vasectomía, se estima que la eyaculación del paciente aún puede contener espermatozoides durante un tiempo considerable después del procedimiento. En aproximadamente 1/80 000 casos, un hombre puede incluso engendrar un hijo a pesar de la aparente ausencia de espermatozoides en su eyaculación (Coetzee, 2017).

(Santofimio, 2017), este principio *pro persona*, según la Corte Constitucional, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental” (CC, Sentencia C-438/13, Colom.), es decir, lo más favorable a la persona y sus derechos, esto es, la prevalencia del respeto de la dignidad humana y, en consecuencia, la garantía de la efectividad de los derechos humanos y de los derechos fundamentales (Patarroyo y Benavides, 2014; Aldana y Guarín, 2016; Palomares, 2015).

Así pues, sea cual fuere la posición, lo cierto es que la determinación del nexo causal en las acciones de *wrongful conception* es difícil de establecer, en la medida en que el daño reclamado por la demandante se apoya sobre un presupuesto jurídico, como el de la libertad reproductiva, que implica que para el *iter causal* no se pueda partir de una valoración material pura, es decir, verificar si efectivamente entre el comportamiento negligente del médico, en este caso la omisión en el deber de información, existe un nexo con el daño experimentado por la reclamante por consecuencia del nacimiento o la concepción de su hijo.

Por ello, para hacer frente a esta problemática, en los eventos de *wrongful conception* se estima que la actuación negligente priva a los progenitores del correcto ejercicio de su libertad de decisión y es a partir de allí que se aprecian los daños. Se parte, entonces, de plantear el daño en términos de privación de la libertad de decisión sobre la procreación, enlazando así la omisión con la privación de información y esta a su vez con la imposibilidad de disponer de dicha información, privando así a la víctima de la libertad de decisión sobre la procreación. En consecuencia, es a través de esta ruta que se permite superar el obstáculo frente a la determinación de la relación de causalidad, pues insistir en una relación directa entre la omisión en la información y el daño conduciría

probablemente a la conclusión de que nunca habría daño en los supuestos de ausencia de información y consentimiento (Monsalve y Navarro, 2014). Es así, entonces, mediante esta vía de origen anglosajón, que el Consejo de Estado permitió una relajación en la determinación del nexo causal, no obstante su infrecuente utilización cuando se trata de aplicarla en acciones paralelas (*wrongful birth* y *wrongful life*) (Macía, 2005), dado que no aporta muchas ventajas, distintas a la facilitación en su determinación.

Conclusiones

Con la decisión aquí analizada, se evidencia la voluntad de ampliar el ámbito de la responsabilidad médica frente a los eventos de *wrongful conception* que, tradicionalmente, se ha centrado en reclamaciones por los daños derivados de procesos de esterilización fallida por actuación negligente del profesional médico (Moncada et ál., 2015), por ejemplo: por haber procedido a ligar únicamente la trompa derecha de la paciente, creyendo que el ovario izquierdo le había sido extirpado en una operación anterior cuando en realidad solo se le había extirpado parcialmente; por haber realizado el procedimiento de esterilización de forma incompleta sobre la trompa derecha dejando intacta la izquierda; por no haber informado sobre la necesidad de adoptar, tras la cirugía de esterilización, las medidas de precaución necesarias para evitar el embarazo; por no haber informado sobre la necesidad de someterse a determinados análisis posteriores a las cirugías de esterilización para confirmar la esterilidad; por la falla en hacer las pruebas necesarias para establecer la esterilidad o, incluso, una tergiversación de que el paciente es realmente incapaz de procrear; o bien por la implantación de un óvulo fertilizado con el espermatozoides de un donante distinto al esposo de la paciente y perteneciente a un grupo étnico diferente (Casals y Solé i Feliu, 2001; Coetzee, 2017; Fordham, 2015).

Esta decisión constituye la evidencia del valor que se le da a la información y al consentimiento, como manifestaciones del derecho a la autonomía o autodeterminación del paciente, al entender que el daño existe por no haber informado a la madre del riesgo de embarazo, no obstante el uso de un anticonceptivo inyectable, concepción que finalmente tuvo lugar y finalizó con el nacimiento de un niño sano. En consecuencia, el juez consideró que en este caso la indemnización estaba justificada al tratarse de un defecto o falta de información, entendiendo que con ello se lesionó un interés de rango constitucional, como lo es la autodeterminación en materia de salud.

El daño a indemnizar pudo también reconocerse bajo la categoría de “afectación relevante a bienes o derechos constitucionalmente protegidos”, además del daño moral que se concedió, pues lo que finalmente se reconoce es una vulneración del derecho a la libre determinación y, aunque no se sepa qué habría decidido la madre si hubiera sido informada sobre el riesgo de embarazo con el uso de anticonceptivo inyectable, lo que resulta cierto es que no pudo decidir por no tener información.

Un demandante en una acción de *wrongful conception* cuenta con el respaldo de una política pública que favorece la elección individual en materia de control de la natalidad, una política que fomenta la planificación familiar y el control de natalidad, incluso hasta el punto de subsidiar anticonceptivos. Por ello, frente a los eventos de nacimiento de niños sanos pero no deseados, resulta necesario analizar el alcance de la responsabilidad médica en cada caso en concreto, y establecer unas pautas apropiadas para su reconocimiento, pues parece obvio que, a medida que la importancia de la planificación familiar responsable aumenta, el número de casos de *wrongful conception* inevitablemente crecerá.

Por otra parte, cabe resaltar que la omisión del deber de información constituye además una falta a la ética, a la buena costumbre médica, a la moral que debe presidir el obrar del médico (Mosset, 2011), por lo cual, además de su sanción en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, debe recibir otra en el contexto de la responsabilidad disciplinaria, aunque no falta quien estime que en este caso, si lo que se pretende es castigar la conducta irregular del médico, más adecuado sería dar lugar únicamente a esta responsabilidad deontológica, que realizar un uso indebido de la institución de la responsabilidad civil, cuyo fin principal es resarcir el daño causado y no sancionar conductas (Cárdenas y Sánchez, 2018).

Así las cosas, podemos concluir que en este aspecto específico no hay una posición consolidada, no se trata de una discusión acabada. Pero este primer evento de concepción fallida decidido por el Consejo de Estado colombiano permite observar su propósito de indemnizar la ausente o defectuosa información, permitiendo de este modo dar mayor relevancia a la información y al consentimiento informado en la relación médico-paciente.

Referencias

- Abellán, F. y Sánchez-Caro, J. (2007). *La responsabilidad médica por la información del medicamento*. Comares.
- Aldana, J. y Guarín, E. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 59-82.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.01>
- Braverman, P. (1978). Wrongful Conception: Who Pays for Bringing up Baby? *Fordham Law Review*, 47(3), 418-436.
- Cárdenas, H. y Sánchez, J. (2018). Acciones de wrongful conception en Chile: Una propuesta de fundamentación. *Acta bioethica*, 24(2), 237-244.
<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2018000200237>

- Carey, L. (1979). Wrongful conception as a cause of action and damages recoverable. *Sherlock v. Stillwater Clinic. Missouri Law Review*, 44(3), 589-599.
<http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol44/iss3/11>.
- Casals, M. y Solé i Feliu, J. (2001). Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos. *InDred*, 4, 1-6. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80675/105011>
- Christandl, G. (2010). Loss of Enjoyment of life e pregiudizi alla realizzazione personale negli Stati Uniti. *Rivista Responsabilità Civile e Previdenza*, 75(5), 1181-1208.
- Clavel, A. (2013). *Conocimiento del paciente acerca de la medicación prescrita: Influencia de las fuentes de información y legibilidad de los prospectos* [Tesis de doctorado, Universidad de Murcia]. Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia.
<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/35466/1/TESIS%20COMPLETA.pdf>
- Coetzee, L. C. (2017). Legal liability for failure to prevent pregnancy (wrongful pregnancy). *Medicine and The Law*, 107(5), 394-398.
<http://dx.doi.org/10.7196/samj.2017.v107i5.12073>
- Colombia. Decreto 677 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitaria de Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico y se dictan otras disposiciones sobre la materia. Abril 26 de 1995.
- Consejo de Estado [CE], noviembre 2, 2011, CP: D. Rojas Betancourth, Sentencia 21157, [Colom].
- Consejo de Estado [CE], enero 24, 2002, CP: J. M. Carrillo Ballesteros, Sentencia 12706/1994-9875, [Colom].
- Consejo de Estado [CE], febrero 13, 2013, CP: J. Santofimio Gamboa, [Colom.].
- Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, diciembre 5, 2016. CP: R. Pazos Guerrero, Sentencia 2005-00996/38806, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 12, 1994, MP: E. Cifuentes Muñoz, Sentencia T-401/94, [Colom.].

- Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 12, 1999, MP: A. Martínez Caballero, Sentencia SU-337/99, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 7, 2001, M P: R. Escobar Gil, Sentencia T-597/01, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 10, 2006, MP: J. Araújo Rentería y C. I. Vargas, Sentencia C-355/16, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 10, 2013, MP: A. Rojas Ríos, Sentencia C-438/13 [Colom.].
- Cristol, D. (2017). Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel. *Reveu de Droit Sanitaire et Social*, 4, 716-722.
<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=RDSS/CHRON/2017/0290>
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2015. Por el cual se aprobó el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Julio 24 de 2015.
- Etienne de Villiers, H. (2000). *Wrongful Conception Actions*. Universidad de Pretoria.
- Fernández, M. (2017). El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, 30(2), 317-337.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200014>
- Fordham, M. (2015). An IVF baby a catastrophic error – Actions for wrongful conception and wrongful birth revisited in Singapore. *Singapore Journal of Legal Studies*, 232-240.
- García, J. (2012). Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: Las acciones por *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta). *Derecho y Cambio Social*, 9(29), 1-19.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493232.pdf>
- Hom, R. (1987). Wrongful Conception: North Carolina's Newest Prenatal Tort Claim-Jackson v. Bumgardner. *North Carolina Law Review*, 65(6), 1077-1099.
- Hurtado, I. (2018). *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*. Tirant Lo Blanch.

- Jourdain, P. (2017). Défaut d'information médicale: cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation. *Reveu Trimestrielle de Droit Civil*, 2, 403-405.
- Macía, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. Tirant Lo Blanch.
- Macía, A. (2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista Chilena de Derecho privado*, 12, 167-206.
- Martínez, J. (1995). Echec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public. Mme M. c/ Hospices civils de Colmar. *Revue Française de Droit Administratif*, 11(6), 1222-1234.
- Mee, J. (1992). Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule. *Washington University Law Review*, 70(3), 887-914.
http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss3/7
- Moncada, A., Aedo, C. y Coleman, L. (2015). Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), 19-56. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100002>
- Monsalve, V. y Navarro, D. (2014). *El consentimiento informado en la praxis médica*. Universidad Javeriana; Temis.
- Mosset, J. (2011). *Derechos del paciente*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Moure, E. (2014). *Repensando la responsabilidad sanitaria. Soluciones jurídicas a los conflictos en sanidad*. Atelier.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2004). *Formulario Modelo sobre el Uso de Medicamentos Esenciales*.
<https://apps.who.int/medicinedocs/es/d/Js5422s/22.3.html#Js5422s.22.3.1>
- Palomares, J. (2015). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 10(2), 29-56.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2015.0002.06>

- Patarroyo, S. y Benavides, P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 7-31.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0001.01>
- Petersen, K. (1996). Wrongful Conception and Birth: The loss of reproductive freedom and medical irresponsibility. *Sydney Law Review*, 18(4), 503-522.
<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1996/29.pdf>
- Reichman, A. (1985). Damages in tort for wrongful conception -Who bears the cost of raising the child? *Sydney Law Review*, 10(3), 568-590.
- Rossi, S. (2012). *La Cassazione e la nascita indesiderata*.
http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/giurisdizioni_ordinarie/0015_rossi.pdf
- Santofimio, J. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. Tomo V*. Universidad Externado de Colombia.
- Scalzini, S. (2011). Quinta gravidanza a seguito di un inadeguato intervento di sterilizzazione: quali sono i danni risarcibili? *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 6, 1705-1718.
- Sullivan, M. (2000). Wrongful birth and wrongful conception: A parent's need for a cause of action. *Journal of Law Health*, 15(1), 105-20.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11930501>
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (2.^a ed.). Legis.
- Tan, S. (2015). The right approach to wrongful conception. *The Oxford University Undergraduate Law Journal*, 4, 28-36.
https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/4th_edition_ouulj.pdf
- Todd, S. (2005). *Wrongful conception, wrongful birth and wrongful life*. *Sydney Law Review*, 27(3), 525-542.
<https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200510248;res=IELAPA>
- Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual* (2.^a ed.). Temis; Universidad de la Sabana.