



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

**La vida como daño antijurídico  
reparable: La responsabilidad del  
Estado en los casos *wrongful  
conception / birth / life***

**Iván Hernando Rondón Echeverry**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho – Perfil de Profundización en Derecho Administrativo  
Tunja, Colombia  
2018



# La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado en los casos *wrongful conception / birth / life*

Iván Hernando Rondón Echeverry

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:  
**Magister en Derecho**

Director:

Dr. Ramiro Pazos Guerrero

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho – Perfil de Profundización en Derecho Administrativo  
Tunja, Colombia  
2018



*A Dios, fuente de toda sabiduría y conocimiento*

*A mis padres, cuyo esfuerzo abrió el camino para alcanzar  
este logro académico*

*A mi esposa Tatiana, la luz de mis ojos y mi compañera  
y apoyo en todos los proyectos de mi vida*



## Resumen

En el Estado Social de Derecho la vida constituye el presupuesto para la existencia de todas las garantías fundamentales; por esa razón, la idea de que ésta pueda convertirse en un daño antijurídico resulta aparentemente opuesta a las bases en las que se sustenta la organización estatal y sus finalidades. No obstante, existen en el derecho comparado los eventos denominados *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, donde se discute precisamente si estos sucesos pueden llegar a generar responsabilidad por la irrogación de perjuicios en la prestación del servicio de salud, cuando se afecten derechos o intereses como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de procreación o la interrupción voluntaria del embarazo.

A partir de lo anterior y a la luz de los conceptos básicos del derecho de daños y la jurisprudencia nacional relativa a la responsabilidad estatal por la actividad médico-sanitaria, el propósito del presente documento consiste en identificar si en los casos mencionados se configurarían los elementos estructurales del daño antijurídico y bajo qué criterios éste resultaría imputable al Estado colombiano.

**Palabras clave:** *wrongful conception*, *wrongful birth*, *wrongful life*, daño antijurídico, causalidad, imputación objetiva, responsabilidad médica

## **Abstract**

In the social state under the rule of law, life constitutes the presupposition for the existence of all fundamental guarantees; for that reason, the idea that life can become an unlawful harm is apparently opposite to the ground on which the state organization and its purposes are based. However, there are in the comparative law the events called wrongful conception, wrongful birth and wrongful life, where precisely it is discussed if these events can generate liability for the irrogation of damages in the provision of the health service, when rights or interests such as free development of personality, freedom of procreation or voluntary termination of pregnancy are affected.

Based on the foregoing and in light of the basic concepts of the tort law and national jurisprudence concerning the state liability for the medical-sanitary activity, the purpose of this document is to identify if in the aforementioned cases the structural elements of the unlawful harm are configured and under what criteria this would be attributable to the Colombian State.

**Keywords:** wrongful conception, wrongful birth, wrongful life, unlawful harm, causation, proximate causation, medical liability



# Contenido

	Pág.
<b>1. La vida y la responsabilidad .....</b>	<b>5</b>
1.1 La protección de la vida en el derecho colombiano y su relativización .....	5
1.1.1.1 La vida como valor y como derecho, susceptible de protección diferenciada .....	5
1.1.1.2 Tensiones entre la vida y otros derechos y garantías en Colombia .....	12
1.1.1.3 Alcance de la protección del <i>nasciturus</i> en el ordenamiento jurídico nacional.....	17
1.2 Las acciones wrongful conception / birth / life en el derecho comparado.....	20
1.2.1 Origen y delimitación de los eventos.....	20
1.2.1.1 Tratamiento de los eventos en el derecho comparado.....	24
□ Estados Unidos .....	24
□ Inglaterra .....	32
□ Francia .....	35
□ España .....	39
1.2.2 Tratamiento de los eventos en Colombia .....	44
1.3 Construcciones teóricas en torno a la responsabilidad estatal colombiana en el servicio médico-sanitario .....	47
1.3.1 Evolución del análisis del régimen de responsabilidad aplicable en materia médico- sanitaria en la jurisprudencia del Consejo de Estado .....	47
1.3.2 El alcance del consentimiento informado y sus características en la jurisprudencia del Consejo de Estado .....	56
1.3.3 El error de diagnóstico en la jurisprudencia colombiana.....	60
<b>2. Elementos del juicio de responsabilidad.....</b>	<b>63</b>
2.1 El daño como afectación a un interés jurídicamente protegido.....	63
2.1.1 Concepto y características del daño .....	63
2.1.2 Diferencia entre daño y perjuicio .....	66
2.1.3 La antijuridicidad como presupuesto para la reparabilidad .....	68
2.2 Causalidad e imputación .....	71
2.2.1 Teorías causalistas.....	71
2.2.2 Teoría de la causalidad adecuada .....	73
2.2.3 Teoría de imputación objetiva y sus instituciones .....	77
2.3 Contenido obligacional exigible en materia médica.....	91
2.3.1 La falla en el servicio como el incumplimiento de un contenido obligacional.....	91
2.3.2 Amplitud de las obligaciones en materia médica .....	93
2.3.3 Obligaciones de medios y de resultado en materia médica .....	96

<b>3. Viabilidad de los eventos en Colombia. Propuesta de análisis.....</b>	<b>99</b>
3.1 Tratamiento del evento <i>wrongful conception</i> .....	101
3.1.1 El daño antijurídico .....	101
3.1.2 La imputación .....	108
3.2 Tratamiento del evento <i>wrongful birth</i> .....	118
3.2.1 El daño antijurídico .....	118
3.2.2 La imputación .....	127
3.3 Tratamiento del evento <i>wrongful life</i> .....	138
3.3.1 El daño antijurídico .....	138
3.3.2 La imputación .....	146
<b>4. Conclusiones .....</b>	<b>151</b>

## Introducción

Los embarazos no deseados han llegado al punto de convertirse en una problemática de salud pública. En Colombia, de acuerdo con la más reciente Encuesta Nacional de Demografía y Salud que realiza quinquenalmente el Ministerio de Salud y de la Protección Social, en el periodo comprendido entre los años 2010 y 2015 el total de embarazos no deseados ascendió al 21,3%, esto es, 1 de cada 5; empero, sumada esta cifra con la de embarazos producidos antes de lo planeado la cifra llega al 50,5%.

Este porcentaje -que es más alto que el promedio mundial-, sumado a las divisiones en términos de aceptación cultural del aborto, han hecho que las acciones de responsabilidad relacionadas con las concepciones y/o nacimientos no deseados representen un reto no solo de comprensión jurídica sino también social. Las complejidades de estos reclamos se potencian cuando las demandas se relacionan con niños nacidos con discapacidades o cuando lo que se pretende, a través de ficciones jurídicas, es reclamar indemnizaciones económicas por el mero hecho del nacimiento con discapacidad.

A pesar de que en Colombia no se ha propiciado un debate amplio sobre el tema, el Consejo de Estado ha comenzado a delimitar los presupuestos para que se declare la responsabilidad del Estado bajo estas hipótesis, iniciando por el evento que, en general, menos vicisitudes ha suscitado en el derecho comparado, que es el reclamo *wrongful conception*. No obstante, lo reciente y reducido de las decisiones sobre este evento, así como la ausencia de precedente frente a los demás, propicia que se intente un estudio preliminar del tema con base en los conceptos básicos del derecho de daños.

El presente trabajo no busca plasmar la posición personal del autor respecto de las implicaciones sociales o familiares de los reclamos en mención, ni participar en la discusión acerca de la despenalización del aborto, su eliminación, restricción o ampliación. Se parte de un presupuesto

fundamental que consiste en describir, después de retratar el recorrido jurisprudencial respectivo, que existen tres escenarios en los que actualmente el aborto es legal en Colombia, de los cuales inicia el análisis tanto del daño como de su imputabilidad. Asimismo, tratan de dejarse de lado aspectos ajenos al juicio de responsabilidad de cara al fenómeno de las concepciones y nacimientos no deseados, para centrarse de forma rigurosa en las condiciones necesarias para que las interferencias a los intereses relacionados puedan considerarse reparables.

El primer capítulo de este trabajo reúne los aspectos esenciales del estado del arte sobre el tema. De un lado, expone la línea sobre el tratamiento de la vida en la jurisprudencia constitucional y las tensiones que ha generado esa construcción con otros valores y garantías. Asimismo, describe sucintamente la regulación vernácula que protege los derechos del *nasciturus*, para identificar la existencia de intereses jurídicos susceptibles de indemnización. Además, reconstruye el tratamiento de los eventos bajo estudio en EEUU, Inglaterra, Francia y España, aprovechando las particularidades propias de sus sistemas y la comprensión de los reclamos.

EEUU fue el primer país donde se registraron estas acciones y el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, ha sido prolífico y rico en argumentos de diferente tipo -incluyendo aquellos que son ajenos al aspecto eminentemente jurídico-, que han servido de referencia a otras jurisdicciones. Por su parte, si bien Inglaterra no cuenta con pronunciamientos tan abundantes, los casos *McKay* y *McFarlane* muestran el entendimiento y adopción jurisprudencial de la voluntad del legislador y un interesante análisis acerca de perjuicios a reconocer, respectivamente.

En Francia, contrario a lo ocurrido en Inglaterra, el legislador quiso expresamente restringir el criterio de la Corte de Casación que, dicho sea de paso, no era concordante con el del Consejo de Estado, llevando a un problema que tuvo que ser resuelto por un tribunal internacional. Además, tanto los análisis franceses como los españoles cobran gran relevancia debido a la evidente similitud e influencia en ciertas instituciones del derecho de daños colombiano. Precisamente, el tratamiento del evento *wrongful conception* al interior del Tribunal Supremo de España claramente fue un referente de la decisión proferida por nuestro Consejo de Estado el 5 de diciembre de 2016, que es pionera sobre este reclamo en el país pero que cuenta con

antecedentes que vale la pena resaltar. Finalmente, en este capítulo se traen a colación conceptualizaciones efectuadas por el Consejo de Estado colombiano alrededor de la responsabilidad estatal en el ámbito médico-sanitario, como el consentimiento informado, el error de diagnóstico y la evolución del título de imputación aplicable.

El segundo capítulo basa su estructura en el juicio de responsabilidad, trayendo a colación someramente conceptos que han merecido profundos análisis en la doctrina, como el daño y sus características, las teorías de imputación y, particularmente, la falla en el servicio como el incumplimiento de un contenido obligacional a cargo del Estado, siguiendo la lógica del tratamiento de la responsabilidad médica.

Finalmente, el tercer capítulo pretende no solo adelantar un ejercicio dialéctico de la viabilidad de los eventos bajo estudio con fundamento en las construcciones del derecho nacional y comparado, sino también generar aportes para su solución teniendo como sustento los conceptos básicos del derecho de daños, con especial énfasis en la aplicación práctica de la teoría de imputación objetiva, que aunque requiere mayores esfuerzos para su completa y coherente adopción fuera de los contornos del derecho penal, cuenta con herramientas de gran utilidad para efectos de delimitar la atribución del daño.

En suma, el objetivo de este documento es modesto y persigue que sus conclusiones puedan tener utilidad en la práctica legal y alimenten el debate sobre los elementos de estos eventos y sus vicisitudes, que cada vez llaman más la atención de la doctrina nacional.



# 1. La vida y la responsabilidad

## 1.1 La protección de la vida en el derecho colombiano y su relativización

### 1.1.1.1 La vida como valor y como derecho, susceptible de protección diferenciada

Son varios los artículos de la Constitución que se refieren a la vida y su relevancia en el sistema jurídico colombiano. Por ejemplo, el preámbulo menciona su protección como uno de los propósitos de la Carta, el artículo 2º la enlista como uno de los fines esenciales del Estado, el artículo 11 erige la vida como derecho fundamental, el artículo 44 especifica dicha connotación a favor de los niños y el artículo 95 estatuye como deber de los ciudadanos responder solidariamente frente a situaciones que la amenacen.

Por su parte, la Corte Constitucional desde sus inicios se pronunció frente a la vida resaltando su necesaria existencia para efectos del goce de los demás derechos. Así, en la sentencia T-452 de 1992 se expresó lo siguiente:

**El primero de los Derechos Fundamentales es el derecho a la vida.** Es un derecho inherente al individuo, lo que se pone de presente en el hecho de que **sólo hay que existir para ser titular del mismo.** De otra parte, se tiene que no se puede ser titular de derechos sin la vida presente, pasada o futura. Así, **resulta la vida un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos.**

Sin entrar en definiciones absolutas ni definitivas sobre el objeto del derecho comentado, la VIDA misma, cuyos contenidos esenciales resultan inalcanzables para la conciencia actual del hombre; en la lógica del derecho, que es una expresión de la conciencia media de la sociedad, la vida, es la no muerte. **Y el derecho a la vida es la garantía para el individuo de que nadie pueda causarle la muerte como un acto de expresión de la**

**voluntad.** Es el derecho a morir de muerte natural o por efecto de enfermedad propia, no inducida. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En ese mismo año, el Alto Tribunal en la sentencia T-525 deslindó el contenido del derecho a la vida de su concepción en materia penal, aclarando que mientras que el aparato de justicia sanciona -a modo de *ultima ratio*- las amenazas relevantes a la vida, en el campo constitucional se ampara el goce efectivo del derecho, sin importar el grado de afectación; cuestión que se reitera en la sentencia T-571 de 1992. Asimismo, en sentencias como la T-484 y la T-573 de 1992 se relaciona el derecho a la salud con el derecho a la vida -digna-, con lo que se vislumbraron los cimientos de la tesis de la conexidad para identificar la *iusfundamentalidad* de un derecho, en principio, de carácter asistencial; situación replicada frente a otras garantías como la salubridad pública, como sucede con la célebre sentencia T-406 de 1992.

Después del primer año de ejercicio jurisdiccional, puede concluirse que la Corte Constitucional definió la vida como el “*derecho a ser y a permanecer en el ser*” (Sentencia T-571/1992), cualificada con el componente de la dignidad humana y relievándola como presupuesto para la existencia de las demás garantías fundamentales. Adicionalmente, en sentencias subsiguientes como la T-102 y la T-374 de 1993 se enfatizó que la protección del derecho a la vida era un deber tanto del Estado como de los miembros de la sociedad, trayendo a colación el contexto político en el que fue promulgada la nueva Constitución.

Más adelante, en la sentencia C-013 de 1997 se hizo una sistematización de los criterios que definen la vida como concepto jurídico. El primero de ellos fue el carácter dual de la misma como valor y derecho (sin profundizar en la distinción), el cual fue seguido por su posición privilegiada en el ordenamiento, su trascendencia más allá de su positivización, su protección uniforme desde la concepción y la autonomía de la vida del *nasciturus* frente a la de la madre. Asimismo, en la providencia se enfatizó que la protección del concebido es igual de intensa e importante que la del nacido. Lo anterior significó un avance dogmático frente a la delimitación del concepto, pero paradójicamente no tuvo una consecuencia material concreta, ya que, según esta tesis, la vida se superponía a cualquier otra garantía en caso de un conflicto insalvable:

La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, **goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se**



**impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable.** En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional.

Como la ha enseñado la jurisprudencia, se trata de un derecho del cual se es titular por el sólo hecho de existir, mientras que los demás requieren de la vida del sujeto para tener existencia y viabilidad. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Cabe agregar que esta premisa surgió a partir no solamente de argumentos jurídicos sino también y de forma expresa del entendimiento católico de la vida y los límites que el hombre tiene en cuanto a su disposición de acuerdo con lo plasmado en encíclicas católicas:

La mujer -considera esta Corte- no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él.

Afirma el Papa Pablo VI en su Encíclica ‘**Humanae Vitae**’:

‘...si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones...’

Por ello, el amparo constitucional a la vida de las personas no se agota en la adopción de decisiones o en la consagración de medidas legislativas, administrativas o policivas que impidan o castiguen las agresiones mortales de parte de sus congéneres, o que prevengan, con miras a la conservación de la especie, las consecuencias desencadenadas por guerras, ruinas o catástrofes, sino que se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona. A nadie escapa que la muerte prematura del ser humano en gestación elimina de raíz y de manera violenta las posibilidades de su futura existencia, ante lo cual el Estado no puede permanecer indiferente.

(...)

Los tipos penales que se prevén en las normas demandadas son todavía más graves que el aborto. Son crímenes de lesa humanidad, si se tiene en cuenta la indefensión extrema del niño recién nacido y la sangre fría que se requiere, por encima de toda circunstancia, para inferirle muerte o para abandonarlo.

Que el legislador, en uso de sus facultades, haya contemplado una pena menor cuando la madre ha sido violada o inseminada artificialmente contra su voluntad, es algo que, si bien parece a la Corte excesivamente benigno dada la magnitud de los indicados hechos punibles, no da lugar a la declaración de inconstitucionalidad, con arreglo a lo dicho.

Pero, con miras a la futura consideración del legislador, cabe recordar lo señalado por el Papa Juan Pablo II en su reciente encíclica ‘**Evangelium Vitae**’:

‘Las opciones contra la vida proceden, a veces, de situaciones difíciles o incluso dramáticas de profundo sufrimiento, soledad, falta total de perspectivas económicas, de presión y angustia por el futuro. Estas circunstancias pueden atenuar incluso notablemente la responsabilidad subjetiva y la consiguiente culpabilidad de quienes hacen estas opciones, en sí mismas moralmente malas. Sin embargo hoy el problema va bastante más allá del obligado reconocimiento de estas situaciones personales. Está también en el plano cultural, social y político donde presenta su aspecto más subversivo e inquietante en la tendencia cada vez más frecuente a interpretar estos delitos contra la vida como legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos.

De este modo se produce un cambio de trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, que después de descubrir la idea de los ‘derechos humanos’ -como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados- incurre hoy en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte. (Subraya fuera del texto original)

Lo anterior no estuvo exento de críticas, incluso dentro de la misma Sala Plena de la Corporación, según se advierte en los salvamentos de voto que acompañaron la decisión. Así, el magistrado JORGE ARANGO MEJÍA al argumentar su posición disidente expuso:

En la sentencia se citan algunas encíclicas como fundamento de la decisión, en especial de la relativa a la exequibilidad del artículo 345. Por respetables que sean esos documentos, debo manifestar que no estoy de acuerdo en que se traigan como sustento de un fallo que tiene que ser exclusivamente jurídico. La moral, según el propio Diccionario de la Lengua Española, ‘no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano’. Por eso, es necesario distinguir entre la moral de una determinada religión (en este caso, la Católica) y el ordenamiento jurídico. Sólo éste puede servir de razón a las decisiones judiciales.

Y en su salvamento de voto conjunto, los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO recalcaron:

10. La decisión mayoritaria difumina las fronteras entre Iglesia y Estado, adopta una determinada concepción religiosa del valor de la vida del no nacido y vulnera los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de religión. El esfuerzo por negar esta toma de posición, mediante la advertencia de que la Corte ‘hace abstracción de todo elemento o patrón de interpretación que no sea el estrictamente jurídico’, pese a admitir que ‘en el problema del aborto inciden con gran fuerza ideas, creencias y convicciones morales’, lejos de dirimir las dudas en torno a su neutralidad valorativa, contribuye a acentuarlas, lo

que es todavía más manifiesto cuando advierte que, a su juicio, no existe vulneración de los derechos fundamentales de libertad de conciencia y de religión, ya que la ‘moralidad pública’ forma parte del concepto de orden público, límite constitucional de los mencionados derechos.

Es indiscutible que el Estado puede exigir de sus ciudadanos que sean conscientes de la importancia moral de las decisiones sobre la vida y la muerte. Lo que no se puede es forzar a una persona a tomar una decisión determinada. La conexión entre la fe religiosa y las posiciones en torno al aborto no es accidental sino esencial. Estas se relacionan con concepciones más profundas como las relativas al origen y al sentido de la vida. Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales. De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad de conciencia y de religión consagradas en la Constitución.

(...)

La Corte no puede fundamentar un fallo de constitucionalidad en una creencia o en un credo religioso, por más adherentes que dicha creencia o credo pueda tener en el país. Su función única es la de confrontar, de manera objetiva e imparcial, la norma legal con la Constitución Política y velar por el efectivo respeto a los derechos fundamentales, entre los que se encuentran las libertades de conciencia y de cultos. Olvidar el respeto al principio del pluralismo político, religioso, cultural e ideológico, y convertir una sentencia en un acto de profesión de una determinada fe religiosa, no es exactamente lo que jurídica y democráticamente cabe esperar de la Corte Constitucional.

Si previamente se establece que la sanción es ‘bastante benigna’, ¿cómo puede la Corte luego de manera desprevenida proceder a analizar la proporcionalidad y la razonabilidad de someter la conducta de abortar en las condiciones dichas a una específica sanción penal?. **Era evidente que el pre-juicio de la mayoría definía el sentido del fallo.** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Posteriormente, teniendo como precedente la sentencia C-239 de 1997, en las sentencias T-645, T-732 y T-756 de 1998, así como la T-124 de 1999, la Corte Constitucional de forma similar ahondó en la distinción entre el valor de la vida, el cual debe ser asegurado por la organización política, y el derecho a la vida como presupuesto para el goce de las demás garantías fundamentales. La primera de las providencias mencionadas se desmarcó intencionalmente de la posición absolutista -y en cierto sentido, confesional- de la vida que la Alta Corporación había sostenido apenas meses atrás, como puede leerse enseguida:

Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos

posiciones: 1) **La que asume la vida como algo sagrado** y 2) **aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones**. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.

**En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.**  
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

El desarrollo teórico de las consecuencias de la distinción del valor y el derecho a la vida dieron lugar a una nueva comprensión del concepto jurídico, que fue fundamental para futuras discusiones de gran trascendencia política y social. Adicionalmente, en la sentencia T-881 de 2002 el Tribunal Constitucional consolida su posición acerca de la cualificación del derecho a la vida con el componente de la dignidad humana, sin que este último perdiera sus aspectos diferenciadores, que irradian la totalidad del ordenamiento:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

A mediados de la primera década del nuevo milenio, la Corte Constitucional profirió la sentencia hito a través de la cual se despenalizó el aborto en tres eventos específicos. Para lo que interesa a este capítulo, en la sentencia C-355 de 2006, tras reiterar la distinción entre la vida como valor

y como derecho, el Tribunal explicó cómo esa diferenciación irradiaba el ámbito de su protección en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esta situación en materia penal es la sanción que tienen los delitos de aborto, homicidio y genocidio, de lo que se extrae que las diferentes etapas y manifestaciones de la vida tienen una protección jurídica distinta. Además, concluyó que la Convención Americana de Derechos Humanos bajo ninguna opción interpretativa podía entenderse en el sentido de considerar el derecho a la vida de forma absoluta, sino que debía ser ponderada con otras garantías fundamentales en tensión.

Asimismo, la aludida providencia reiteró el carácter ponderable de la vida, bajo la máxima que señala que ningún derecho es absoluto:

Todos los derechos merecen protección del Estado pero **cuando se presenta un conflicto entre ellos, debe entenderse que ningún derecho es absoluto y por tanto puede ser ponderado frente a otros**. En el caso de las circunstancias en que se atenúa la pena de aborto, no se trata del desconocimiento del derecho a la vida sino de revisar en qué consiste tal protección y si ella resulta adecuada constitucionalmente, en la ponderación con otros derechos. Así, en la mayoría de los países llamados occidentales, se protege el derecho a la vida pero se han adoptado mecanismos de protección que no desconozcan o afecten en la menor medida posible otros derechos igualmente dignos de protección. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Esta conceptualización ha sido sostenida sin sobresaltos por el Alto Tribunal en adelante y fue ratificada en la sentencia C-327 de 2016, donde de nuevo se atacó el artículo 90 del CC<sup>1</sup>, esta vez por una supuesta violación al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>2</sup>. Allí se hizo alusión al caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica* (2012), donde la Corte IDH, a partir de una interpretación con base en métodos gramatical, sistemático e histórico explicó que la expresión “*en general*” que trae el artículo implica que la protección de la vida admite excepciones (en razón a las legislaciones que permitían la interrupción voluntaria

---

<sup>1</sup> “ARTICULO 90. <EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS>. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

<sup>2</sup> “Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general**, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” (Negrilla fuera del texto original)

del embarazo) y, por ende, debe ser ponderada si entra en colisión con otros derechos. Esta decisión elabora y resalta la línea jurisprudencial que distingue la vida como valor y como derecho, y reitera su constitucionalidad y convencionalidad.

De esta forma, con el transcurso del tiempo la jurisprudencia constitucional ha pasado de una concepción si se quiere monista y absolutista de la vida -como derecho fundamental prevalente en todos los casos- a una dualista moderada, referida a (i) la distinción de la vida como valor y como derecho, (ii) la protección diferenciada de la misma de acuerdo con su grado de formación y (iii) su ponderabilidad con otros derechos; todo lo anterior sobre la base del respeto y la independencia del ordenamiento frente a las diferentes visiones existenciales y metafísicas de las personas.

### **1.1.1.2 Tensiones entre la vida y otros derechos y garantías en Colombia**

En varios eventos la Corte Constitucional colombiana ha tenido la oportunidad de examinar la colisión del derecho o valor de la vida con otros derechos, de donde ha planteado y desarrollado en la práctica su relativización.

Uno de ellos es el de la **eutanasia**, en el que se enfrentan el derecho a la vida, de una parte, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, de otra. En la sentencia C-239 de 1997, que constituye el hito en el asunto, el Tribunal Guardián de la Constitución esgrimió que el derecho a la muerte digna hace parte del derecho fundamental a la vida digna, debido a que los sufrimientos y el dolor afectan la dignidad humana. Por esa razón, la voluntad y el consentimiento del paciente para fallecer asistidamente prevalecen sobre el deber del Estado de preservar la vida.

Más adelante, en la sentencia T-970 de 2014 se afirmó el carácter autónomo del derecho a la muerte digna (ya no derivado del derecho a la vida digna o a la autonomía), bajo la premisa consistente en que solo el titular de la vida puede decidir cuál será el futuro de la misma. Lo anterior se evidencia en el siguiente aparte:

En el caso de la muerte digna, la Sala de Revisión, al igual que la Sala Plena en la Sentencia C-239 de 1997, considera que **su principal propósito es permitir que la vida no consista en la subsistencia vital de una persona sino que vaya mucho más allá.** Esos aspectos adicionales son propios de un sujeto dotado de dignidad que como agente moral, puede llevar a cabo su proyecto de vida. Cuando ello no sucede, las personas no viven con dignidad. Mucho más si padece de una enfermedad que le provoca intenso sufrimiento al paciente. En estos casos, ¿quién si no es la propia persona la que debe decidir cuál debería ser el futuro de su vida? **¿Por qué obligar a alguien a vivir, en contra de su voluntad, si las personas como sujetos derechos pueden disponer ellos mismos de su propia vida?** (Negrilla fuera del texto original)

En la sentencia T-423 de 2017 el Tribunal Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre la prevalencia del derecho a la muerte digna sobre el deber del Estado de proteger y promover la vida, agregando que esta no podía entenderse simplemente como la existencia biológica sin tener en cuenta las condiciones de subsistencia del individuo. Además, la Corte expresamente indicó que este argumento era extensible *“a todos aquellos eventos que en razón de una enfermedad, se menoscaben la salud e integridad física o mental de la persona”*.

Finalmente, en la sentencia T-721 de 2017 se consolidó la normatividad y jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente y se resaltó que el mismo cobija incluso a los menores de edad. Además, se exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social para que adecuara la Resolución No. 1216 de 2015 en lo relativo al consentimiento sustituto para la eutanasia y el trámite y acompañamiento familiar en este tipo de solicitudes.

Otro evento de colisión es el que tiene que ver con la negativa de ciertos grupos religiosos (como los Testigos de Jehová) frente a **tratamientos médicos como las intervenciones quirúrgicas o las transfusiones de sangre**, que inciden en la vida del paciente. En estos escenarios, se enfrentan los derechos a la vida y a la salud, de un lado, y del otro, los derechos a la libertad de conciencia, culto y religión. Al respecto, los primeros pronunciamientos de la jurisprudencia se refirieron a casos de menores de edad, como por ejemplo la sentencia T-411 de 1994, donde la Corte Constitucional afirmó que era *obvio* que debía primar la protección de la vida de la infanta de 10 meses a pesar de contrariarse las creencias de su padre, quien aseguraba que su culto religioso le impedía someter a la menor a una revisión médica.

En la sentencia T-474 de 1996 se trató un caso de un menor de 16 años que se negó a recibir una transfusión de sangre debido a su credo religioso, que era diferente al que profesaban sus padres. Acá la Corte Constitucional, después de estudiar la capacidad relativa con que cuentan los menores adultos y los límites a la intervención de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad, sostuvo que la contradicción entre la opinión del menor y la de sus padres debía resolverse a favor de los segundos, que era la que pretendía preservar el derecho a la vida.

Posteriormente, en la sentencia T-659 de 2002, una mujer adulta rehusó una transfusión de sangre por motivos religiosos. El examen en este caso se inclinó a favor del criterio de la paciente, bajo el entendido que era plenamente capaz y consciente de su decisión, de modo que el juez de tutela no podía obligarla a someterse a un tratamiento en contra de sus creencias y voluntad.

En la sentencia T-823 de 2002 una mujer, negándose a la práctica de una cirugía que requería transfusión de sangre, pidió que le fuera realizada la intervención con líquidos no sanguíneos (a lo cual se negaron los médicos tratantes). Frente a estas circunstancias, la Corporación dio prevalencia al derecho a la vida al explicar que hacía parte de las obligaciones de los galenos seguir la *lex artis* e impedir que se pusiera en peligro la existencia de la paciente; empero, aclaró que, en todo caso, no podía obligarse a la actora a practicarse una intervención quirúrgica en condiciones contrarias a sus convicciones. De forma similar en la sentencia T-476 de 2016 la Corte Constitucional abordó el tema señalando que el conflicto surgido entre la autonomía del paciente y el deber del médico de preservar la vida debía resolverse a través de alternativas de tratamiento, incluso mediante la remisión del primero a otras IPS que tuvieran la capacidad de practicar la intervención en los términos aceptados por el enfermo.

Otro aspecto que merece mención, relacionado con el valor de la vida, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, es el estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-309 de 1997, alusiva a la **obligación de llevar el cinturón de seguridad en los vehículos**. En esta decisión se esgrimió que era un deber del Estado proteger la vida y la integridad física de los ciudadanos, lo cual incide en el bienestar colectivo, y por ello las medidas de protección no eran incompatibles con la Carta. Sin embargo, aclaró que una medida de protección invade



el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad *“cuando se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital, aun cuando ella sea riesgosa para intereses que la propia Constitución considera valiosos, como la vida o la salud”*. Con sustento en ello se declaró la exequibilidad de la disposición, debido a que se trataba de una medida proporcionada que, aunque protege la vida, no impone un modelo específico para vivirla y se corresponde con el principio de solidaridad.

Otro caso paradigmático es el del **aborto**. En la sentencia C-355 de 2006 se analizó la tensión en este evento entre la vida del *nasciturus* y la de la madre, y también los derechos de esta última al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y al goce pleno de sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva. Concluyó la Corte que penalizar el aborto en todos los eventos constituye una *“intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad y razonabilidad”* y que *“cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del nasciturus no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante entre los cuales se encuentran el derecho a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia así como a gozar de modo pleno de sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva”*.

Así las cosas, en los casos de (i) peligro para la vida o la salud de la mujer con la continuación del embarazo, certificada por un médico; (ii) grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, el valor de la vida que ampara al *nasciturus* debe ceder ante las garantías fundamentales que cobijan a su progenitora. En los demás casos, la Corte Constitucional no advirtió que el valor de la vida debiera quedar en segundo plano frente a la voluntad o deseo de la madre, por lo que en ese aspecto la penalización del aborto fue declarada exequible.

Relacionado a este debate surgió el de la viabilidad de la invocación de la **objección de conciencia** para efectos de no interrumpir el embarazo. En ese sentido, la misma sentencia C-355 de 2006 expuso que la objeción de conciencia era un derecho exclusivo de las personas naturales y que el médico que la alegara debía basarse en consideraciones de índole religioso (no opiniones personales) e inmediatamente debe remitir a la paciente a otro galeno para que

practique la intervención, sin perjuicio de que con posterioridad se examine la viabilidad y pertinencia de la manifestación. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia T-209 de 2008, donde se desarrolló el tema en el sentido de entender que *“la objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres”*.

Las reglas allí sistematizadas fueron reiteradas en las sentencias T-946 de 2008 y T-388 de 2009, esta última precisando varios aspectos. Así, se adujo que la objeción de conciencia está reservada únicamente para el personal médico que interviene directamente en la IVE, sin que pueda extenderse al personal administrativo, el que realice únicamente labores preparatorias o el que participe en la fase de recuperación de la paciente; y se amplió el sustento de la objeción para precisar que no solo puede fundarse en motivos religiosos sino también en convicciones morales o filosóficas.

Adicionalmente, vale la pena resaltar que, aun cuando la jurisprudencia inicialmente no definió la IVE como un derecho fundamental autónomo (Pulido-Ortiz, 2014, págs. 294-295), desde la sentencia T-585 de 2010, seguida por las sentencias T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-301 de 2016 y T-697 de 2016, sí se le dio esta categoría. Por otra parte, a pesar de dicha connotación, el Tribunal también ha aceptado que no se practique la IVE por causas diferentes a la objeción de conciencia, como el criterio médico a partir de la *lex artis*, teniendo en cuenta la ausencia de regulación en torno al límite de semanas para adelantar el procedimiento (Sentencia T-841/2011; Sentencia T-532/2014).

Bajo esta circunstancia, el derecho fundamental a la IVE, que se superpone al valor de la vida, se ve limitado por el criterio médico, con lo cual se morigera el criterio sentado en la sentencia C-355 de 2006, donde la única excepción a la práctica del aborto la constituía la objeción de conciencia.

En suma, la relativización del peso de la vida como derecho o valor para efectos de su ponderación con otros derechos ha implicado que existan casos variados en los que deba ceder frente a las demás garantías fundamentales en pugna, dependiendo de las circunstancias puntuales del sujeto.

### 1.1.1.3 Alcance de la protección del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico nacional

Para abordar el tema relativo a la protección legal del *nasciturus* resulta indispensable comenzar por mencionar la normatividad civil, especialmente los artículos 90, 91 y 93 del CC, que preceptúan:

**ARTÍCULO 90. <EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS>. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.**

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

**ARTÍCULO 91. <PROTECCIÓN AL QUE ESTA POR NACER>. La ley protege la vida del que está por nacer.**

El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

(...)

**ARTÍCULO 93. <DERECHOS DIFERIDOS AL QUE ESTA POR NACER>. Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.**

En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, **como si la criatura no hubiese jamás existido**. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

La primera decisión del Tribunal guardián de la Carta que procuró realizar una construcción de los derechos del *nasciturus* a partir de las anteriores disposiciones fue la sentencia T-179 de 1993. En ella la Corte Constitucional relacionó como sustento de los derechos del no nacido el preámbulo y los artículos 11, 43 (indirectamente) y 44 Superiores; el numeral 1º del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; y los artículos 4º y 5º del Decreto No. 2732 de 1989 (antiguo Código del Menor). A partir de la anterior normatividad, el Alto Tribunal concluyó que “*se tienen derechos desde la concepción*”.

Esta tesis fue consolidada con la sentencia C-133 de 1994, cuyo problema jurídico se refirió a la penalización del aborto. En ese momento se indicó:

**La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, desde el pronunciamiento citado se consideró que el derecho a la vida comenzaba desde la concepción, dado que en ese instante aparecía una tercera persona diferente a los progenitores cuyo nacimiento encarnaba un *“valor fundamental”*. Esta argumentación fue reiterada, por ejemplo, en las sentencias SU-491 de 1993, T-041 de 1996 y T-223 de 1998. La última decisión mencionada trata acerca del derecho de la hija de un miembro de la Policía Nacional -nacida después de la muerte de su padre- al reconocimiento del subsidio familiar, y sostiene que mientras los derechos de rango legal y carácter patrimonial se encuentran suspendidos para el concebido, *“los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento”*. Por lo tanto:

los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el *nasciturus*, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado.

Armonizando esta tesis con la argumentación expuesta en la sentencia C-591 de 1995 -donde se examinó la exequibilidad del artículo 90 del CC-, el criterio de la Corte Constitucional consiste en que la vida inicia desde la concepción, pero la personalidad jurídica solo surge a partir del nacimiento; esto sin perjuicio de que los derechos fundamentales del *nasciturus* existan y sean

amparables en su formación (especialmente los derechos fundamentales de los niños<sup>3</sup>), aun cuando los derechos patrimoniales únicamente se hagan exigibles desde el parto y con la corroboración de la subsistencia del infante siquiera un instante. El mismo artículo 90 del CC fue cuestionado en una nueva demanda de inconstitucionalidad, dando lugar a la sentencia C-327 de 2016. Con fundamento en un juicio de convencionalidad, la Corte Constitucional indicó que el *nasciturus* no podía ser entendido como persona debido a que el carácter de sujeto de derechos solo se adquiere con el nacimiento, lo que no obstaba para que la vida fuera protegida de manera gradual e incremental con anterioridad a ese momento.

Esta postura concuerda con la de la mayoría de los ordenamientos del sistema continental europeo, que trasladan la capacidad del concebido al momento del nacimiento (Zappalá, 2007, pág. 267) y, además, da cuenta de la presencia en nuestro ordenamiento del principio “*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*” (el concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable)<sup>4</sup>, también conocido como la regla de ventaja para el concebido.

Sobre el sustrato esencial del concepto, la doctrina menciona varias teorías, siendo las más importantes la de la paridad -o de la personalidad- y la de la ficción (Henríquez Herrera, 2006, págs. 93-94; Polo Arévalo, 2007, págs. 728-730; Hung Gil, 2009, págs. 91-107). La primera equipara al *nasciturus* con el *natus* bajo el presupuesto de que la personalidad jurídica surge a partir de la concepción; mientras que la segunda, cuyo principal exponente es SAVIGNY, parte del presupuesto de que el concebido no es persona, pero lo entiende como tal para solucionar ciertos problemas de índole jurídico. Esto implica que para la teoría de la paridad la personalidad jurídica del concebido es la regla; empero, para la teoría de la ficción es una excepción aplicable a asuntos específicos determinados por el legislador, como los de índole hereditario.

---

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo: CConst, T-171/1999, A. Martínez, CConst, T-1502/2000, C. Gaviria y CConst, T-1634/2000, A. Martínez.

<sup>4</sup> Como lo explica HENRÍQUEZ HERRERA (2006, pág. 93), el aforismo tiene varias formulaciones, donde generalmente lo que cambia es la expresión del sujeto: *conceptus pro iam nato habetur; infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis ejus agitur; nasciturus pro iam nato habetur (quoties de commodo ejus agitur); nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodo agitur; nasciturus pro iam nato habitur; qui sunt in utero; pro jam natis habentur; o quoties de eorum commodis et utilitate agitur.*

En Colombia, la redacción de los artículos 90 y 93 del CC previamente transcritos da a entender la formulación de la regla de ventaja para el concebido a partir de la teoría de la ficción. En este orden de ideas, solo el nacimiento con vida y la separación de la madre -condición suspensiva- hacen efectiva la garantía a favor del *nasciturus* y, por el contrario, este se tendrá como si nunca se hubiera siquiera formado si no se cumple la condición. Esto se sintetiza en el siguiente aparte de la sentencia C-591 de 1995:

Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. **Y si antes de ese momento la ley, como lo hace el artículo 93, permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas, etc.** Razones, en fin, que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico. La norma del artículo 1019, por ejemplo, que permite al concebido cuando fallece la persona de cuya sucesión se trata, heredar si finalmente nace, obedece a un criterio de justicia. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así, es necesario precisar que para la doctrina la protección del nacido “*no supone una retrotracción de derechos sino una equiparación de su posición con el nacido -al menos en el plano meramente teórico- operando ésta asimilación en todos aquellos supuestos que resulte (sic) beneficioso (sic) para el concebido*”; lo anterior supeditado a su posterior existencia independiente, de lo que se colige que el aborto “*no ... produce la pérdida de los derechos sino la falta de adquisición de los mismos*” (Polo Arévalo, 2007, págs. 738-739).

## 1.2 Las acciones wrongful conception / birth / life en el derecho comparado

### 1.2.1 Origen y delimitación de los eventos

A pesar de que existen antecedentes más antiguos, la doctrina suele ubicar el origen de los eventos objeto de estudio en el caso *Zepeda v. Zepeda* (1963), en el cual el accionante reclamaba de su padre una indemnización por el daño que se le había causado por el hecho de haber nacido en circunstancias sociales y familiares desventajosas. A este tipo de eventos se les denominó

*disadvantage* o *dissatisfied life*, esto es, vida desventajosa o insatisfactoria (Macía Morillo, 2003, pág. 18).

Particularmente, el caso citado se trataba de una persona sana que alegaba que su progenitor había engañado a su madre con la promesa de casarse para tener relaciones sexuales con ella, a pesar de que tenía una unión marital vigente. Por esto, las pretensiones se encausaban hacia la reparación de los perjuicios que le había causado ser un hijo ilegítimo, con desventajas en materia familiar y sucesoral, y discriminado socialmente al cargar con el estigma de ser bastardo.

La Corte de Apelaciones del Estado de Illinois encontró configurado un daño y sostuvo que era atribuible al accionado, pero se abstuvo de ordenar una indemnización por el temor de que se generara una avalancha de demandas, más que del mismo tipo, relacionadas con cualquier otra particularidad nociva con la que se naciera:

*That the doors of litigation would be opened wider might make us proceed cautiously in approving a new action, but it would not deter us. The plaintiff's claim cannot be rejected because there may be others of equal merit. It is not the suits of illegitimates which give us concern, great in numbers as these may be. What does disturb us is the nature of the new action and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation. [Que las puertas del litigio se abrirían de forma más amplia podría hacernos proceder cautelosamente para aprobar una nueva acción, pero no nos desalentaría. El reclamo del demandante no puede ser rechazado porque puede haber otros de igual mérito. No son las demandas de [hijos] ilegítimos las que nos preocupan, por muy numerosas que puedan ser. Lo que nos perturba es la naturaleza de la nueva acción y las demandas relacionadas que serían estimuladas. El estímulo se extendería a todos los demás llegados al mundo en condiciones que podrían considerar adversas. Uno podría pedir perjuicios por haber nacido de un color determinado, otro debido a la raza; uno por haber nacido con una enfermedad hereditaria, otro por heredar características familiares infortunadas; uno por haber nacido en una familia numerosa y necesitada, otro porque un padre tiene una mala reputación.]*

En otras palabras, en el plano jurídico se admitió la existencia de responsabilidad civil extracontractual; no obstante, las pretensiones fueron denegadas a partir de consideraciones de conveniencia (Tomlinson, 1979, pág. 178).

A partir de este caso, el espectro de reclamaciones se amplió paulatinamente, pasando a demandarse a los médicos que no impedían los nacimientos que propiciaban una *vida desventajosa*, para luego ser los mismos padres quienes accionaban a los galenos por no interrumpir embarazos no deseados (Macía Morillo, 2007, págs. 8-9). De allí se dice que provienen las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life* aunque, como se verá más adelante, las primeras acciones de este tipo datan de décadas anteriores.

Cabe aclarar que la traducción de la denominación de los eventos no es un asunto uniforme, siendo denominadas como acciones por concepción (o embarazo), nacimiento y vida injusta o ilícita; nacimiento evitable y eugenesia fallida para los dos últimos, respectivamente (Fabra Zamora & Morante, 2012); para el primero, *unwanted pregnancy* o *birth of an unwanted child* (Martín Casals & Solé Feliu, 2001, pág. 2), niño no deseado o inesperado, anticoncepción fallida o contracepción impedida (Macía Morillo, 2003, págs. 25-26); o los tres como concepción, nacimiento y vida perjudicial (Montero, 2005). Por esa razón, un sector de la doctrina ha preferido emplear la terminología anglosajona, que es la original, aun cuando lo injusto o ilícito no sea la concepción, el nacimiento o la vida del niño, sino la negligencia del demandado.

De otro lado, la diferenciación teórica de los eventos tampoco ha sido un asunto pacífico. Mientras que en los casos *wrongful life* sin mayor discusión se alude a la demanda -a través de sus padres- de un niño con una enfermedad congénita o genética, quien reclama precisamente el hecho de haber nacido con afecciones que le impedirán llevar una vida normal (Coloma, 2010, pág. 2570), los eventos restantes han sido distinguidos a través de tres criterios diferentes.

Por una parte, se ha puesto como punto determinante la condición de salud del menor al momento de su nacimiento, de forma que si el niño nace sano se tratará de una acción *wrongful conception*, pero si nace con una discapacidad será una acción *wrongful birth* (Smith-Groff, 1996, págs. 137-138). El segundo criterio empleado corresponde a si el embarazo de la madre fue deseado o no, con la arista particular que presenta la discapacidad congénita o genética. En este sentido, se aduce que en los eventos *wrongful conception* desde un inicio los padres no desean tener hijos; empero, en los eventos *wrongful birth* el niño inicialmente es deseado pero, en virtud de su discapacidad, los padres habrían cambiado de parecer y hubieran impedido su nacimiento (Kancler, 2009, págs. 3-4; Braverman, 1978, págs. 418-419). La tercera tesis ha dependido del



momento en que se produce el daño, así que cuando el menoscabo se configura con el embarazo de la madre la acción será *wrongful conception*, en cambio, si la lesión surge con la imposibilidad de interrumpir dicho embarazo voluntariamente, lo que desemboca en el nacimiento del menor, la acción será *wrongful birth* (Mee, 1992, págs. 891-892; Stretton, 2005, pág. 320). Aunque la segunda postura es la más acogida en la doctrina, la última fue acuñada por vía jurisprudencial por la Suprema Corte del Estado de Minnesota (EEUU) en el reconocido caso *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1977), ya que con anterioridad todos los *torts* relacionados con el nacimiento se englobaban en el concepto de *wrongful birth* (*ibíd.*).

Estos criterios disímiles dificultan el análisis de los eventos debido a que para el encuadramiento de los casos concretos resulta insuficiente tanto la denominación que le dan los tribunales como la que ofrecen los doctrinantes. Esto adquiere un relieve especial en el caso estadounidense, donde un sector de la doctrina considera sinónimas las expresiones *wrongful birth* y *wrongful life* (Steininger, 2010, pág. 126; Murtaugh, 2007, págs. 242-243; Kelley, 1979, pág. 943), o incluso las entiende intrascendentes en razón a que, en todo caso, los eventos se enmarcan dentro de los *negligence torts*, cuyos elementos (*cause of action*) han sido decantados por las Cortes para la generalidad de los casos, sin que estos dos adquieran ingredientes especiales. A pesar de esto último, una gran crítica de los partidarios de la aceptación de este tipo de reclamos, especialmente de quienes abogan por la admisión de reparaciones en el evento *wrongful life*, consiste en que la resolución de los casos no se lleva a cabo a partir de los elementos comunes de los *negligence torts*, sino que se han antepuesto razones de política pública y de moralidad (eminentemente religiosa) para descartarlos o hasta prohibirlos.

Bajo este contexto, de forma general puede definirse que los eventos *wrongful conception* y *wrongful birth* se configuran cuando la concepción y el nacimiento del niño (sano o discapacitado) se produce en contra de la voluntad de los padres, ya sea porque la negligencia médica enerva la eficacia de los métodos de planificación empleados por ellos o porque se impide o practica deficientemente la interrupción voluntaria del embarazo. Por su parte, el evento *wrongful life* ya no es objeto de demanda por los padres sino por el menor mismo (a partir de la ficción de la representación), quien considera que el haber nacido con una discapacidad le causó un daño que lo afectará de por vida.

Son muy variados los supuestos de hecho que se encuadran en estos eventos, especialmente en lo atinente a los dos primeros, por lo que la doctrina a manera de ejemplo ha intentado enlistar las situaciones que pueden dar lugar a su aparición, así (Stretton, 2005, págs. 320-321):

- a) No advertir que la esterilización puede ser revertida naturalmente o que falló
- b) No diagnosticar o advertir la existencia de un embarazo cuando esto habría permitido su terminación
- c) No diagnosticar una condición en cualquiera de los padres o el feto que causará que el niño nazca discapacitado, cuando el diagnóstico habría permitido la esterilización o IVE
- d) No adelantar con el cuidado necesario la esterilización o IVE
- e) No tener un cuidado razonable al dar consejos o suministrar anticonceptivos<sup>5</sup>

Lo anterior significa que no cualquier embarazo indeseado puede dar lugar a una reclamación, y no cualquier circunstancia puede habilitar a la madre para demandar alegando que no le fue posible interrumpir el proceso de formación del *nasciturus*. Con todo, en los reclamos *wrongful birth* y *wrongful life* un presupuesto necesario para entrar a analizar la viabilidad de la pretensión es la despenalización del aborto -parcial o total- (Ruda, 2010, pág. 207), de modo que la amplitud de supuestos que pueden originar estos reclamos se encuentra íntimamente ligado a la amplitud de la decisión legislativa de despenalización.

### 1.2.1.1 Tratamiento de los eventos en el derecho comparado

#### ▪ Estados Unidos

Como se dijo, en EEUU fue el primer lugar donde aparecieron las reclamaciones por estos casos. Su sistema jurídico ubica este tipo de acciones tanto en el plano contractual como en el de los *torts*, que serían equivalentes a la responsabilidad extracontractual en el sistema continental europeo. Siendo un concepto genérico, más exactamente se trata de *negligence torts*,

---

<sup>5</sup> Dentro de este supuesto puede encuadrarse la insuficiente información en lo referente al grado de efectividad de los métodos anticonceptivos, aunque este escenario suscita mayores discusiones.

donde “la reclamación indemnizatoria germina cuando la conducta desplegada por el sujeto (positiva o negativa) no encaja en los estándares mínimos de cuidado que son exigibles según el deber que se ha de cumplir en un contexto específico” (Goyes, 2013, págs. 16-17). Adicionalmente, tratándose de un Estado federalista, los Estados que lo conforman se han pronunciado con independencia, así que el retrato de la resolución de los casos parte de esta aclaración.

El primer reclamo conocido de los denominados *birth torts* fue *Christensen v. Thornby* (1934), que fue decidido por la Suprema Corte de Minnesota, la cual negó las pretensiones aduciendo que, a pesar de que hubiera fallado el procedimiento de esterilización (vasectomía), el nacimiento de un niño sano era un evento de bendición<sup>6</sup> y, además, no se había probado un engaño o acto fraudulento por parte del médico; aspecto en el que se había fundado la demanda (Alvarez, 2000, págs. 5-6). Posteriormente<sup>7</sup>, en el caso *Ball v. Mudge* (1964), fallado por la Suprema Corte de Washington, el punto central de la discusión fue la negligencia del médico que practicó una vasectomía -que había conllevado al nacimiento de un niño sano- en razón a que omitió efectuar exámenes postoperatorios que permitieran determinar el éxito de la intervención. Este caso tenía dos ingredientes adicionales; por una parte, a la esposa del paciente le había sido advertido por su obstetra que otro parto podría ser peligroso para su salud, ya que le habían sido practicadas tres cesáreas anteriores, y por otra, la pareja era incapaz de sustentar otro hijo dadas sus condiciones económicas. La Corte en la sentencia decidió negar el reclamo alegando que la actuación del galeno no había sido la *causa próxima* del embarazo porque era médicamente posible que el demandante siguiera siendo fértil después de la vasectomía, de modo que no era procedente afirmar que la omisión del médico hubiera dado origen a la concepción (*ibid.*, 590-591).

---

<sup>6</sup> La providencia dice: “*the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child*” [el demandante ha sido bendecido con la paternidad de otro hijo]

<sup>7</sup> El Tribunal de Causas Comunes del Condado de Lycoming (Pensilvania) falló el caso *Shabeen v. Knight* (1957), que no era un reclamo extracontractual sino de incumplimiento de contrato por una vasectomía que no impidió un embarazo posterior. El Tribunal desestimó las pretensiones indicando que la procreación era el principal propósito del matrimonio - “*Many consider the sole purpose of marriage a union for having children*” [Muchos consideran que el único propósito del matrimonio es una unión para tener hijos]- y que una indemnización iría en contra de la política pública (Murtaugh, 2007, pág. 243).

La Corte de Apelaciones de California decidió el caso *Custodio v. Bauer* (1967) dando un giro a la *ratio* con la que se sentenciaba este tipo de casos. Hasta ese momento, prevalecían las consideraciones de política pública que esgrimían que el nacimiento de un niño era una bendición o las que ponían en duda la relación de causalidad entre el nacimiento y la actividad del médico. El caso *Custodio*, la esposa fue sometida a una remoción parcial de las trompas de Falopio en razón a que un nuevo embarazo, después de haber dado a luz nueve hijos, podía acrecentar sus problemas de vejiga y riñón. Empero, un año después de la intervención la Sra. Custodio quedó embarazada aun cuando los médicos habían afirmado que aquella había sido exitosa. Al fallar el asunto, la Corte encontró que las actuaciones de los galenos habían sido la causa próxima del embarazo, esgrimiendo que “*it is difficult to conceive how the very act the consequences of which the operation was designed to forestall, can be considered unforeseeable*” [es difícil de concebir cómo el acto mismo cuyas consecuencias la operación fue diseñada para prevenir, puede ser considerado imprevisible] (Alvarez, 2000, pág. 591). Adicionalmente, en la decisión se indicó que los demandantes tenían derecho a recuperar todos los perjuicios causados por la negligencia (Murtaugh, 2007, pág. 253).

Este cambio diametral puede explicarse por la expedición de un importante precedente por parte la Suprema Corte de Justicia de EEUU, contenido en el caso *Griswold v. Connecticut* (1965). En el caso *Griswold*, la Suprema Corte dejó sin efectos un estatuto del Estado de Connecticut que prohibía el uso de dispositivos o medicamentos anticonceptivos, sosteniendo que invadía el derecho fundamental a la privacidad marital y, de contera, era contrario a la 14<sup>a</sup> enmienda de la Constitución (Mee, 1992, pág. 895).

Este precedente fue seguido por dos decisiones claves, una de ellas considerada histórica. Siete años después, la Suprema Corte de Justicia de EEUU decidió el caso *Eisenstadt v. Baird* (1972), cuyos supuestos fácticos fueron los siguientes: William Baird, en una de sus conferencias sobre anticoncepción en la Universidad de Boston en 1967 invitó a sus estudiantes a tomar material anticonceptivo de una caja y también le entregó espermicida vaginal a una joven soltera. Por este hecho, Baird fue encarcelado por infringir una ley del Estado de Massachusetts que prohibía a cualquier persona que no fuera médico o farmacéutico distribuir material anticonceptivo. Después de un proceso complejo el caso llegó a la Suprema Corte, la cual aplicó el precedente *Griswold* entendiendo que el asunto relativo al uso de anticonceptivos por parte de personas

solteras recaía sobre el derecho a la privacidad e intimidad, por lo que no estaba limitado a las parejas casadas so pena de incurrir en una discriminación sin sustento.

Al año siguiente fue expedida la sentencia del caso *Roe v. Wade* (1973). En esta famosa y controversial decisión, Norma McCorvey, bajo el pseudónimo *Jane Roe* e impulsada por las abogadas recién graduadas de la Universidad de Texas Sarah Weddington y Linda Coffee, entabló una demanda debido a que no se le habían permitido abortar porque las leyes vigentes en ese momento para el Estado de Texas únicamente contemplaban esa posibilidad cuando estaba en peligro la vida de la madre (inicialmente McCorvey aseveró que había sido violada, pero luego reveló que eso no era cierto). La Suprema Corte de Justicia consideró que era inconstitucional prohibir el aborto, ya que esta decisión se ubicaba dentro de la órbita del derecho a la intimidad de la mujer<sup>8</sup>. Sin embargo, la despenalización del aborto que esta decisión supuso solo fue permitida en el primer trimestre del proceso de gestación (Greenhouse & Siegel, 2012, págs. 224-226).

Con estas tres decisiones, en suma, se sostuvo que el derecho fundamental a la privacidad, implícito en la 14<sup>a</sup> enmienda, comprende (i) la posibilidad de que una pareja casada emplee métodos anticonceptivos, (ii) la posibilidad de que una persona soltera emplee métodos anticonceptivos, y (iii) la posibilidad de que una mujer decida terminar su embarazo voluntariamente dentro del primer trimestre de gestación.

---

<sup>8</sup> El mismo día en que fue decidido el caso *Roe v. Wade* se profirió sentencia en el caso *Doe v. Bolton* (1973), en la cual la Suprema Corte de Justicia de EEUU anuló una ley del Estado de Georgia que permitía el aborto cuando (i) el embarazo lesionara la salud de la madre seria y permanentemente, (ii) fuera producto de una violación, o (iii) derivara en el nacimiento de un niño grave, permanente e irremediamente discapacitado física o mentalmente. En este caso, además de darle un contenido amplio al primer escenario, la Corte consideró violatorias del derecho a la privacidad las restricciones contempladas en la norma, que incluían tres exámenes médicos independientes, elevar solicitud a un comité hospitalario, acreditar la residencia en el Estado y, para el aborto originado en una violación, demostrar que dicho acto delictivo se había producido. Adicionalmente, otro procedimiento censurado fue la autorización que contemplaba la ley para que cualquier familiar acudiera a un juez con el fin de revocar la autorización para interrumpir el embarazo (Greenhouse & Siegel, 2012, págs. 225-226). Esta decisión, aunque igual de relevante que la del caso *Roe* y con similares controversias (la demandante Sandra Bensing -*Mary Doe*- años después del fallo manifestó que sus abogados la habían engañado para interponer el reclamo y acudir hasta la Suprema Corte), no goza de tanta notoriedad como aquella.

En este contexto histórico, los reclamos *wrongful conception* y *wrongful birth* comenzaron a ganar aceptación, como se vio con el caso *Custodio*, aunque con enfoques diferentes de reparación. Por ejemplo, en el caso *Troppi v. Scarf* (1971), decidido por la Corte de Apelaciones de Michigan, se accedió al reclamo adelantado en contra de un farmacéutico que por error suministró tranquilizantes en lugar de píldoras anticonceptivas que habían sido prescritas por un médico, lo cual resultó en el octavo hijo de la pareja. En el fallo, aun cuando la Corte rechazó sin ambigüedades los argumentos de política pública que antes se empleaban para negar pretensiones<sup>9</sup>, no acogió la regla de indemnización plena (*full recovery rule*). En su lugar, introdujo la regla de compensación de beneficios (*offset benefits rule*), según la cual los perjuicios reconocidos debían sopesarse con el valor y los beneficios futuros de la paternidad. Además, la Corte sostuvo que, en razón a que existían diversidad de propósitos por los cuales las mujeres acudían a métodos anticonceptivos, las consecuencias de la negligencia debían ser analizados caso por caso (Murtaugh, 2007, pág. 256; Mullen, 1980, págs. 408-409).

En el caso *Rieck v. Medical Protective Co.* (1974), la Suprema Corte de Wisconsin accedió a un reclamo donde una mujer había recibido tardíamente el diagnóstico de su embarazo, lo cual le impidió interrumpirlo legalmente. En este asunto, el tribunal denegó la pretensión de reconocimiento de gastos de crianza esgrimiendo que esa era una responsabilidad natural de los padres, de modo que no era procedente crear una sustitución parental<sup>10</sup>. En ese sentido, consideró que dichos perjuicios se traducirían en una carga desproporcionada para el demandado, que superaba la culpa con la que había actuado y podría dar lugar a reclamos fraudulentos (Burgman, 1978, págs. 140-142; Tomlinson, 1979, pág. 175).

---

<sup>9</sup> La providencia señala: “*In theory at least, the imposition of civil liability encourages potential tortfeasors to exercise more care in the performance of their duties, and, hence, to avoid liability-producing negligent acts. Applying this theory to the case before us, public policy favors a tort scheme which encourages pharmacists to exercise great care in filling prescriptions. To absolve defendant of all liability here would be to remove one deterrent against the negligent dispensing of drugs. Given the great numbers of women who currently use oral contraceptives, such absolution cannot be defended on public policy grounds.*” [Al menos en teoría, la imposición de la responsabilidad civil alienta a los potenciales infractores a ejercer más cuidado en el desempeño de sus funciones y, por lo tanto, a evitar actos negligentes que generen responsabilidad. Aplicando esta teoría al caso que nos ocupa, la política pública favorece un esquema de responsabilidad extracontractual que alienta a los farmacéuticos a ejercer gran cuidado en el llenado de prescripciones. Absolver al demandado de toda responsabilidad aquí sería eliminar un elemento disuasivo contra la dispensación negligente de drogas. Dado el gran número de mujeres quienes actualmente usan anticonceptivos orales, tal absolución no puede ser defendida por razones de política pública.]

<sup>10</sup> La Corte se refirió así: “*the parents keeping their child, and seeking to transfer only the financial costs of its upbringing to the doctor*” [los padres que mantienen a su hijo, y que buscan transferir solo los costos financieros de su educación al médico].

Con influencia de los fallos anteriores, en el caso *Coleman v. Garrison* (1975), la Suprema Corte de Delaware accedió al reclamo de una madre que con posterioridad a la práctica de una ligadura de trompas bilateral quedó embarazada de su sexto hijo; no obstante, solo reconoció los gastos del embarazo y parto, así como el dolor y sufrimiento causado, excluyendo los gastos de crianza del menor, los cuales entendió compensados con los beneficios de la paternidad. La novedad en esta providencia provino de las razones que dieron lugar a la regla de compensación de beneficios, que fueron (i) el carácter especulativo de los gastos de crianza, (ii) el hecho de que los padres no dieran en adopción al menor, que hacía necesario valorar los beneficios de la paternidad, y (iii) que la compensación era necesaria por razones de moralidad pública (Kelley, 1979, pág. 949).

Más adelante, en el caso *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1977), la Suprema Corte de Minnesota accedió al reclamo derivado de una esterilización fallida (vasectomía) que provocó que los demandantes tuvieran su octavo hijo, a pesar de que el médico había informado el éxito de la intervención. En el texto del fallo se estudian aspectos de gran importancia; por ejemplo, aunque con poca explicación, se señala que el aborto o la adopción no pueden considerarse como obligaciones de los padres para mitigar el daño. De otro lado, aplicó la regla de compensación de beneficios, aunque determinando que solo era procedente frente a los gastos de crianza, los cuales consideró que llegaban a anularse por completo (Gille, 1979, págs. 494-502; Murtaugh, 2007, págs. 255-256).

Más adelante, la Corte de Apelaciones de Illinois falló el caso *Wilczynski v. Goodman* (1979), donde el médico practicó negligentemente un aborto y, por ello, efectivamente se produjo el nacimiento de un niño sano. La acción se llevó tanto por negligencia como por incumplimiento de contrato, pero lo segundo fue finalmente denegado. No obstante, no fueron reconocidos gastos de crianza debido a que excedían la culpa del médico y, además, se esgrimió que existía una decidida política estatal a favor de la vida, sobre todo tratándose de un niño saludable (Murtaugh, 2007, pág. 254; Mullen, 1980, págs. 410-412).

Como puede verse, la década de los 70's fue especialmente prolífica frente a los eventos examinados, principalmente debido a las decisiones relacionadas con la anticoncepción y el

aborto emanadas de la Suprema Corte de Justicia de EEUU. Ya en los años 80's y en adelante las decisiones judiciales fueron ampliamente influenciadas por las anteriores posturas. Así, de una tesis negativa guiada por razones de política pública, se pasó a una positiva amplia (regla de indemnización plena) para luego llegar a una positiva moderada, que en unos casos fue flexible y en otras rígida y estática, especialmente severa respecto de la desestimación de la pretensión de reconocimiento de los gastos de crianza. Sin embargo, la doctrina ha estimado que los tribunales muestran más disposición al reconocimiento de perjuicios materiales cuando el niño nace con una discapacidad, en razón a que el argumento referente a los beneficios de la paternidad en esos eventos es difícil de sostener (Murtaugh, 2007, pág. 248; Jackson, 1995, pág. 589). En todo caso, se reitera que no existe uniformidad en los enfoques en razón a los desarrollos particulares de las Cortes estatales.

Por otra parte, la historia de los reclamos *wrongful life* ha sido totalmente diferente. El primer y más emblemático caso es *Gleitman v. Cosgrove* (1967), decidido por la Suprema Corte de Nueva Jersey. La Sra. Gleitman acudió a su médico cuando tenía 2 meses de embarazo, el cual le diagnosticó rubeola contraída durante el proceso de gestación; empero, el galeno le indicó que dicha patología no había afectado en absoluto al feto. Cuando nació Jeffrey Gleitman fue diagnosticado con ceguera y sordera. Su progenitora afirmó que, de haber sido debidamente informada de la condición del menor, habría interrumpido el embarazo. Al analizar el asunto, la Corte negó el reclamo con fundamento en dos argumentos principales; por un lado, adujo que no era posible comparar la nada con el nacimiento con una discapacidad (*non-existence paradox*), de modo que los eventuales perjuicios no podían ser tasados<sup>11</sup>, y por otro, que no existía ningún precedente que considerara que un niño tiene el derecho fundamental a nacer como un ser humano completo (Jackson, 1995, págs. 539-540; Burns, 2003, págs. 813-814). No obstante, la doctrina expresa que el fundamento subyacente de la decisión radicó en impedir la expansión de escenarios legales de aborto -para ese momento no había sido dictado el fallo *Roe-* (Tomlinson, 1979, pág. 171).

---

<sup>11</sup> Aun cuando no se accedió a las pretensiones en el caso *Berman v. Allan* (1979) bajo el argumento relativo a la santidad de la vida, reconsideró este razonamiento y adujo que no era relevante para denegar el reclamo (Burns, 2003, págs. 816-817).



En adelante, las Cortes estatales siguieron el precedente *Gleitman* de forma abrumadoramente mayoritaria e incluso por vía normativa en varios Estados se prohibieron las acciones *wrongful life* o los reconocimientos económicos derivados de ellas (Hanson, 1996, pág. 6; Perry, 2008, págs. 336-337); sin embargo, en unos pocos casos se accedió a los reclamos.

En el caso *Park v. Chessin* (1977) la División de Apelación de la Suprema Corte de Nueva York accedió a un reclamo *wrongful life* y expresamente reconoció que el niño nacido con una discapacidad tenía el derecho fundamental a nacer como un ser humano completo y funcional (*fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being*). Este asunto llegó a la Corte de Apelaciones de Nueva York, la cual lo acumuló al caso *Becker v. Schwartz* (1978) y desestimó las demandas recalando que la vida no puede ser considerado un daño y que los perjuicios alegados eran imposibles de calcular. No obstante, con base en la jurisprudencia del caso *Roe* indemnizó a los padres en su reclamo *wrongful birth* solo en lo relativo a los gastos extraordinarios y aplicó la regla de compensación de beneficios respecto del daño psíquico y emocional (Burns, 2003, págs. 815-816).

La Corte de Apelaciones de California fue la primera en acceder a un reclamo de este tipo en el caso *Curlender v. Bio-Science Lab* (1980), donde una niña nació con la enfermedad de Tay-Sachs gracias a un test que arrojó un falso negativo. En este asunto, acudiendo al precedente *Roe* se aceptó que los casos *wrongful life* podían ser exitosos y se cuestionó la supuesta imposibilidad de estimar el valor de los perjuicios. Por ende, reconoció los perjuicios derivados del dolor y sufrimiento padecido por el menor, las pérdidas económicas extraordinarias derivadas de la discapacidad y daños punitivos contra el laboratorio. La Suprema Corte de California moderó esta posición dos años más tarde en el caso *Turpin v. Sortini* (1982), donde un especialista en diagnóstico y tratamiento de enfermedades de la audición y el lenguaje falló en diagnosticar una sordera congénita que derivó en el nacimiento de una niña discapacitada. Para llegar a la decisión, la Corte rechazó el razonamiento referido a que la vida con discapacidad era preferible a la no vida en todos los casos; sin embargo, no reconoció daños generales por la imposibilidad para determinar si con el solo hecho del nacimiento los habría sufrido, aunque sí accedió a los gastos médicos especiales (Jackson, 1995, págs. 541-543; Burns, 2003, págs. 818-819).

La Suprema Corte de Washington siguió el anterior precedente en el caso *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.* (1983), así como lo hizo la Suprema Corte de Nueva Jersey en el caso *Procanik v. Cillo* (1984) fallado al año siguiente, que finalmente rectificó su postura en el caso *Gleitman* después de haberla cuestionado parcialmente en el caso *Berman*.

Así las cosas, mientras que la mayoría de los Estados a partir del fallo *Roe* están a favor de los reclamos *wrongful conception* y *wrongful birth*, únicamente tres estados admiten reparaciones el evento *wrongful life* (California, Nueva Jersey y Washington).

### ▪ Inglaterra

En Inglaterra, la historia de los eventos *wrongful conception* y *wrongful birth* se divide en dos, antes y después del caso *McFarlane*, decidido en el año 2000. El primer caso registrado es *Sciuriaga v. Powell* (1980), donde se analizó el incumplimiento del contrato de un médico que realizó negligentemente un aborto<sup>12</sup>, dando lugar al nacimiento de un niño sano. La acción prosperó bajo los principios generales de la negligencia médica, pero no fue propuesta la pretensión de reconocimiento de gastos de crianza ni se esgrimieron razonamientos de política pública (Jackson, 1995, pág. 584).

En el caso *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority* (1983), relativo a una ligadura de trompas fallida que derivó en el nacimiento de un niño sano, se accedió al reconocimiento de los perjuicios derivados del dolor y sufrimiento, pérdida de ingresos durante el periodo de gestación y alteración de los gastos familiares, pero se denegó la pretensión atinente a los gastos de mantenimiento del niño en razón a que consideró indeseable que el menor aprendiera que su vida había sido un error, además de que la alegría de tener un hijo compensaba los gastos necesarios para su mantenimiento y del riesgo que significaba que los médicos comenzaran a practicar abortos sin estar seguros de los diagnósticos, con el fin de evitar posteriores demandas (Thomas, 2003, págs. 132-133).

---

<sup>12</sup> La interrupción voluntaria del embarazo está regulada en la Ley de Aborto de 1967.

En el caso *Emeb v. Kensington, Chelsea and Westminster Health Authority* (1984), la realización negligente de una vasectomía resultó en un embarazo. Después de rehusarse a un aborto, la demandante dio a luz a un niño discapacitado. En este asunto fue considerado inaplicable el argumento relativo a la *santidad de la vida* y, por consiguiente, fue otorgada una indemnización plena.

Posteriormente, en el caso *Thake v. Maurice* (1985), alusivo a una vasectomía fallida que provocó el nacimiento de un niño sano, el Tribunal de primera instancia se alejó del precedente *Udale* y consideró que no había razones para negar el reconocimiento de los gastos de crianza del menor hasta los 17 años, así como la pérdida de ingresos de su progenitora durante el embarazo; empero, negó los perjuicios por dolor y sufrimiento arguyendo que se compensaban con la alegría que produce el nacimiento de un hijo. La Corte de Apelaciones, por su parte, sostuvo que la alegría de tener un niño puede contrarrestarse con el tiempo, los problemas y el cuidado en su crianza, pero no con el dolor y la angustia prenatal, los cuales debían ser resarcidos. Decisiones emitidas más adelante fueron similares, como *Allen v. Bloomsbury Health Authority* (1993) y *Allan v. Greater Glasgow Health Board* (1993) (Thomas, 2003, pág. 134; Jackson, 1995, págs. 586-587).

Así las cosas, la tendencia de las Cortes inglesas hasta ese momento fue la de reconocer indemnizaciones plenas (*full recovery rule*) en los eventos *wrongful conception* y *wrongful birth*, con especial énfasis en el segundo debido a la inviabilidad del argumento referente a la *santidad de la vida*. Con el caso *McFarlane v. Tayside Health Board* (1999), la Cámara de los Lores evaluó el precedente de las Cortes inferiores y varió ese panorama. El supuesto fáctico de este reclamo era el siguiente: Los señores McFarlane tenían cuatro hijos y, debido al tamaño de la familia, compraron una casa más grande, por lo que necesitaron una hipoteca más amplia y la Sra. McFarlane volvió a trabajar. En este escenario, el Sr. McFarlane decidió practicarse una vasectomía en un hospital operado por Tayside Health Board. La intervención fue aparentemente exitosa y los médicos indicaron que el conteo de esperma era negativo. Sin embargo, en septiembre de 1991 la Sra. McFarlane quedó embarazada y el 6 de mayo de 1992 dio a luz a una niña saludable, a la que llamaron Catherine.

La Cámara de los Lores aceptó las pretensiones por dolor y sufrimiento derivado del embarazo y los gastos médicos conectados con el mismo, pero claramente dejó establecido que no era procedente conceder compensaciones por gastos de crianza de niños sanos, ya que ellos eran una bendición y no una lesión. Sin embargo, la sentencia específicamente declinó considerar si la decisión sería diferente si el niño fuera discapacitado, dejando abierta la posibilidad de compensación en ese caso (Bíla, 2003, pág. 3; Soomrová, 2012, págs. 16-17).

Con posterioridad a esta sentencia hito, los nacimientos no deseados de niños sanos fueron juzgados bajo este precedente, de modo que no fueron reconocidos gastos ordinarios de crianza, como en el caso *Greenfield v. Irwin* (2001). Por su parte, la indemnización cuando el niño nace con una discapacidad fue estudiada en el caso *Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* (2001), donde después de la práctica negligente de una esterilización por laparoscopia nació un niño discapacitado. La Corte se guió por el precedente *McFarlane* pero, acudiendo a la jurisprudencia estadounidense, consideró que a pesar de que no eran reparables los gastos ordinarios de crianza, sí podían indemnizarse los gastos extraordinarios que se derivaran de la discapacidad del menor con base en principios de justicia distributiva (Thomas, 2003, pág. 138; Soomrová, 2012, pág. 17).

Otro caso relevante es *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003), donde negligentemente se practicó una esterilización a una mujer discapacitada (padecía retinitis pigmentosa), que conllevó al nacimiento de un niño saludable. En este asunto, la Cámara de los Lores, en una providencia no unánime -la decisión fue 4 contra 3-, sostuvo que no eran susceptibles de reparación los gastos extraordinarios de crianza asociados con la discapacidad de la madre, pero agregó que los demandantes tenían derecho a una indemnización por la violación a su autonomía, tipología inédita hasta ese momento, además de los conceptos reconocidos en los fallos anteriores (Soomrová, 2012, pág. 17; Stretton, 2005, pág. 323; Scott, 2003, pág. 145; Todd, 2005, pág. 529).

En cuanto al evento *wrongful life*, en el famoso caso *McKay v. Essex Area Health Authority* (1982) se ventiló la falla en el diagnóstico de laboratorio que favoreció el nacimiento de una niña discapacitada en razón a la rubeola que sufrió su progenitora durante el embarazo. La Corte de Apelaciones aceptó el reclamo *wrongful birth* pero rechazó el *wrongful life* con un ingrediente

especial, relativo a la interpretación de la Ley de Discapacidades Congénitas de 1976, que expresaba que un niño nacido con una discapacidad atribuible a la culpa de otra persona podía reclamar los daños del responsable. Aunque esa norma no era aplicable al caso debido a la fecha de nacimiento de la menor (anterior a la promulgación de la ley), la Corte determinó que, siguiendo su propósito, las acciones *wrongful life* no tenían cabida en el ordenamiento teniendo en cuenta que en estos escenarios no es la conducta del profesional de la salud la que origina la discapacidad. Esta interpretación influyó poderosamente el mundo jurídico inglés, motivo por el cual este se considera el único caso *wrongful life* de dicha nación<sup>13</sup> (Perry, 2008, págs. 338-339). Adicionalmente, en el fallo se estableció que no podía obligarse al galeno a practicar un aborto en razón de la *santidad de la vida* y que no había derecho a nacer como un ser humano completo, lo que hacía imposible valorar algún daño porque supondría ponderarlo con la inexistencia (Scott, 2003, pág. 126).

En este orden de ideas, hasta la actualidad los criterios esbozados en *McFarlane, Parkinson* y *Rees* predominan -no sin objeciones- para la resolución de los casos *wrongful conception* y *wrongful birth*, mientras que los eventos *wrongful life* han sido desestimados bajo la interpretación de la Ley de Discapacidades Congénitas de 1976 que fue ofrecida originalmente en *McKay*.

## ▪ Francia

En Francia no han sido tan abundantes los *birth torts*, pero definitivamente se han visto opacados por el polémico *affaire Perruche*. En un inicio, tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado rechazaron estos reclamos argumentando que el nacimiento de un niño sano, por sí mismo, no constituye un daño para la madre, incluso si se produjo después de un aborto fallido, como se ve en las sentencias del 25 de junio de 1991 en materia civil (No. de apelación: 89-18.617) y del 2 de julio de 1982 en materia administrativa<sup>14</sup> (Radicado 23141). La única posible

---

<sup>13</sup> “So a person born by that date cannot bring a *wrongful life* claim under *McKay*, and a person born after that date cannot bring such a suit according to the Act” [Por lo tanto, una persona nacida antes de esa fecha [22/07/1976] no puede presentar una demanda *wrongful life* bajo *McKay*, y una persona nacida después de esa fecha no puede presentar una demanda de este tipo de acuerdo con la ley] (Perry, 2008, pág. 339).

<sup>14</sup> En sentencia del 27 de septiembre de 1989, el Consejo de Estado Francés conoció el caso de una intervención de interrupción del embarazo que falló, resultando en el nacimiento de un niño que padecía una enfermedad; empero, esta se produjo por un traumatismo sufrido durante el procedimiento (Radicado 76105).

excepción a esta regla estaba referida a un sufrimiento moral especial, entendido por la doctrina como una situación en la que la concepción resultara de una violación o que el menor naciera con una seria discapacidad (Macía Morillo, 2003, págs. 96-99; Karosaite, 2017, pág. 26; Priaulx, 2002, pág. 348).

A partir de esta excepción, la doctrina francesa consideró que las Altas Cortes estaban admitiendo implícitamente el evento *wrongful birth* (Macía Morillo, 2007, pág. 31). Precisamente, en una decisión del 16 de julio de 1991, la Corte de Casación conoció un caso donde, por omitirse la realización de una serología obligatoria y aspectos relacionados con otras pruebas médicas posteriores, a una mujer no le fue detectada rubeola durante el embarazo, que afectó a su hija según se evidenció una vez fue dada a luz (la niña presentó cataratas bilaterales, sordera y malformación cardíaca). La Corte confirmó la condena al médico que no realizó la serología y liberó de responsabilidad a los demás, alegando que esa actuación había configurado una pérdida de oportunidad de “*prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique*” [tomar una decisión informada sobre la posibilidad de interrupción terapéutica del embarazo] (No. de apelación: 90-14.645).

No obstante, en sentencia del 26 de marzo de 1996 (No. de apelación: 94-13.145) la Corte de Casación accedió al reclamo de un niño discapacitado y sus padres contra un médico bajo el artículo 1382 del Código Civil francés<sup>15</sup>. En este caso, los padres querían averiguar si su descendencia podría padecer algún trastorno neurológico hereditario, motivo por el cual acudieron a una consulta médica donde les fue explicado que no existía riesgo alguno; empero, con la tranquilidad que les produjo el anterior concepto, la pareja tuvo un hijo que nació afectado por un desorden neurológico.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 1997 (Radicado 133238) dentro del caso *Quarez* tomó la dirección opuesta. En este, los demandados practicaron negligentemente una amniocentesis y fallaron en diagnosticar el Síndrome de Down que padecía el feto. El Consejo de Estado negó el reclamo *wrongful life* aduciendo ausencia de causalidad

---

<sup>15</sup> “Artículo 1382. *Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.*”

entre la culpa médica y la discapacidad, pero accedió al reclamo *wrongful birth* reconociendo perjuicios morales y una renta anual durante toda la vida del menor (Priaulx, 2002, pág. 348; Perry, 2008, pág. 342; Macía Morillo, 2003, pág. 97).

Estas providencias fueron la antesala del fallo *Perruche*, cuyos supuestos fácticos son los siguientes: La Sra. Perruche quedó en embarazo teniendo ya una hija de 4 años, la cual contrajo rubeola, razón por la cual la madre fue contagiada a los 4 meses de gestación. La progenitora se practicó dos exámenes de sangre en dos semanas diferentes, pero un error de laboratorio entregó resultados contradictorios. El médico tratante, en lugar de profundizar en los resultados, indicó que podía seguirse seguramente con el embarazo. Poco tiempo después de su nacimiento, se evidenció la discapacidad del niño: no podía oír ni hablar y era casi ciego, su corazón estaba débil y solo podía moverse con una silla de ruedas. La madre sufrió una crisis mental cuando el niño cumplió dos años, requiriendo tratamiento psicológico y, subsecuentemente, la pareja se divorció. El niño (Nicolás) pasó a vivir en una institución del gobierno y alternaba sus fines de semana con su padre y su madre, pero estos últimos fueron enterados de que probablemente cuando el menor cumpliera 20 años tendría que dejar la institución, por lo que los padres tendrían que contratar cuidados permanentes de forma particular.

Los padres primero acudieron a la justicia en 1984 demandando al médico y al laboratorio por el sufrimiento causado a la familia y fueron indemnizados con aproximadamente U\$13.000 (Lysaught, 2002; Manaouil, Gignon, & Jarde, 2012, págs. 662-663).

En fallo del 17 de noviembre de 2000 (No. de apelación: N° 99-13.701), la Corte de Casación sostuvo que no solo los padres de Nicolás sino también él mismo debía ser reparado por los daños derivados por su propia existencia. Adicionalmente, esta decisión fue seguida por tres sentencias similares, una del 13 de julio de 2001 y dos del 28 de noviembre de 2001 (No. de apelación: 97-17.359; No. de apelación: 00-11.197; No. de apelación: 00-14.248), que involucraban el nacimiento de niños con Síndrome de Down (Bilá, 2003, pág. 10). Esta posición suscitó una ola de críticas, ya que se consideró que los jueces habían sesgado seriamente su opinión por lástima y por ello, con sustento en una argumentación débil, habían accedido al reclamo (Feuillet, 2011, págs. 143-144). Incluso, de un lado se produjo una huelga apoyada por

técnicos de diagnóstico prenatal y ginecólogos, y de otro, las asociaciones de familiares de discapacitados protestaron por el efecto social que podría generar esa tesis (Macía Morillo, 2003, págs. 96-99). Además, el *Comité Consultatif National d'Ethique* emitió una opinión en el año 2001 poniendo de presente que no había un derecho subjetivo a nacer sin discapacidad, que la ficción de la representación judicial impedía conocer si el niño en verdad consideraba que había sufrido un daño, y que esta decisión generaría presión sobre los profesionales de la salud e incrementaría el precio de los seguros, resaltando el valor de las personas en condición de discapacidad y el rol del sistema de solidaridad nacional (Opinión No. 68, 29 de mayo de 2001).

Como resultado de lo anterior, el legislador introdujo una prohibición expresa en lo atinente al reconocimiento de perjuicios por el mismo hecho de la vida, la cual se recogió en la Ley 2002-303 y remite a las víctimas al sistema de *solidarité nationale*.

Esta norma (*Loi Kouchner* o *Loi Anti-Perruche*) contiene las siguientes reglas: (i) nadie puede reclamar una indemnización por el solo hecho de su nacimiento; (ii) una persona nacida con discapacidad puede ser reparada por la actuación culposa que directamente causó o agravó una discapacidad, o no tomó medidas para mitigarla; (iii) los padres están legitimados para pedir una indemnización por el nacimiento de un niño con discapacidad no detectada por una culpa o falla grave, excluyéndose las cargas particulares que surgen a lo largo de la vida del niño de esa discapacidad, las cuales deben ser cubiertas por el sistema de solidaridad nacional; y (iv) estas reglas son aplicables a todos los casos que no tengan una decisión definitiva. Posteriormente, la disposición fue derogada por la Ley 2005-102, pero quedó consagrada de forma prácticamente idéntica en el artículo L114-5 del *Code de l'action sociale et des familles*, por lo que se concluye que lo eventos *wrongful life* están legalmente prohibidos en Francia desde el 14 de marzo de 2002 (Raposo, 2017, págs. 423-424; Manaouil, Gignon, & Jarde, 2012, págs. 665-666).

Sin embargo, el efecto retroactivo de la ley implicó la desestimación de los reclamos que estaban pendientes de sentencia definitiva para el momento de su expedición, lo que generó una nueva disputa judicial, esta vez, ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). En este contexto, el 6 de octubre de 2005 (*Maurice v. Francia*; *Draon v. Francia*) la Corte condenó a Francia por violar el derecho a la propiedad privada, alegando que el artículo 1° de la *Loi Kouchner* privaba a los accionantes de la reparación que legítimamente podían esperar y que dicha



expectativa constituía un interés crediticio que se había menoscabado. Acatando lo anterior, tanto la Corte de Casación (con tres fallos en enero de 2006) como el Consejo de Estado (con un fallo en febrero de 2006) hicieron eco de la decisión del tribunal internacional respecto de demandas radicadas antes de la entrada en vigencia de la norma. Además, la Corte de Casación en una decisión del 8 de julio de 2008 (No. de apelación: 07-12.159) accedió a otro reclamo *wrongful life* aun cuando la demanda fue radicada después del 14 de marzo de 2002, aduciendo que el nacimiento del menor se produjo con anterioridad a esa fecha.

Finalmente, el Consejo Constitucional francés con sentencia del 11 de junio de 2010 (Decisión No. 2010-2 QPC) revisó la constitucionalidad de la *Loi Kouchner* y la encontró ajustada a la Carta, a excepción de las expresiones que contrariaban el criterio de la CEDH, con lo que se consolidó como criterio determinante de la restricción legislativa la fecha de nacimiento del menor discapacitado (Manaouil, Gignon, & Jarde, 2012, págs. 666-669; Feuillet, 2011, págs. 147-148).

## ▪ España

En España los reclamos por estos eventos no han sido numerosos. La mayor parte de las demandas ha sido por reclamos *wrongful conception* y *wrongful birth*, que a manera de primer pronunciamiento judicial suscitaron por parte del Tribunal Supremo el fallo del 25 de abril de 1994 (STS 2851/1994). En este caso, se demandaba a tres médicos por la negligente realización de una vasectomía que no impidió el posterior embarazo de la cónyuge del actor -no se informaron los riesgos de una recanalización espontánea- (*wrongful conception*). En segunda instancia se accedió a las pretensiones en contra de uno de los galenos, motivo por el cual llegó al Tribunal en sede de casación; no obstante, la Alta Corte no casó el fallo y, en consecuencia, compartió el criterio que dio lugar a una condena por daños morales y perjuicios materiales, para ayudar a solventar los gastos de alimentación y crianza del menor, y compensar el abatimiento del estado de ánimo de los esposos al enterarse del aumento de su familia (M'Causland Sánchez, 2008, pág. 129; Martín Casals & Solé Feliu, 2001, pág. 4).

Sin embargo, en decisiones posteriores los reclamos *wrongful conception* han tenido resultados diversos. Por una parte, han sido expedidas sentencias relativas a vasectomías que no han impedido embarazos, pero las pretensiones se han negado por la configuración de

recanalizaciones espontáneas o por el incumplimiento de las recomendaciones médicas postoperatorias. Este es el caso de las sentencias del 31 de enero de 1996, 11 de febrero de 1997, 3 de octubre de 2000, 2 de noviembre de 2000 y 11 de mayo de 2001 (STS 559/1996; STS 7782/1996; STS 877/1997; STS 7033/2000, 2000).

En casos de ligaduras de trompas, en sentencia del 27 de junio de 1997 (STS 4569/1997) el Tribunal Supremo negó el reclamo por considerar que la intervención había sido correctamente adelantada y se había informado el riesgo de fracaso de la misma. Sin embargo, en fallo del 5 de junio de 1998 (STS 3675/1998), donde el médico únicamente ligó la trompa derecha bajo la convicción errada de que el izquierdo había sido extirpado previamente, lo que dio lugar al nacimiento de gemelas, el Tribunal condenó al galeno al pago de los perjuicios generados por los mayores gastos familiares y el periodo en que la madre dejó de obtener ingresos por el embarazo (Martín Casals & Solé Feliu, 2001, págs. 4-5). Adicionalmente, vale agregar que en sentencia del 24 de septiembre de 1999 (STS 5762/1999) el Tribunal Supremo no casó un fallo de la Audiencia Provincial de Valencia en la que se condenó a la empresa fabricante de un DIU y a la Diputación Provincial (de la que dependía el Centro de Planificación Familiar) por la implantación de un dispositivo defectuoso que fue ineficaz a la hora de impedir un nuevo embarazo.

Por otra parte, en la sentencia del 6 de junio de 1997 (STS 3999/1997) el Tribunal Supremo decidió el primer caso *wrongful birth*. Se trató de un embarazo de alto riesgo tanto para la madre como para el feto ante el cual la gestante, por recomendación médica, se practicó una amniocentesis. Dicha prueba fracasó, pero esto no se le dio a conocer a la madre dentro del periodo en que era legal el aborto (en ese entonces, hasta la semana 12). Como consecuencia de lo anterior, se produjo el nacimiento de un niño con Síndrome de Down. El Tribunal indicó erróneamente que se trataba de un caso *wrongful life* (“desde luego, aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de ‘Wrongful life’ -el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido-”) y accedió a las pretensiones -no sin polémica-, indemnizando los daños morales y materiales ocasionados (Pacheco Jiménez, 2013, págs. 290-291; Medina, 2008, págs. 94-95).

Las decisiones subsiguientes fueron opuestas a esta. En sentencia del 4 de febrero de 1999 (STS 679/1999), fue fallado un caso de una pareja que había tenido cercanía residencial y laboral a una central nuclear, cuestión que no había sido comunicada a la ginecóloga tratante. El embarazo se calificó de bajo riesgo y fueron realizados los exámenes habituales en dos hospitales diferentes. Al momento del nacimiento se advirtió que la hija de los accionantes carecía de las extremidades superior e inferior izquierda, tenía dedos fusionados e imperforación anal. El Tribunal Supremo estimó que no se había acreditado negligencia médica alguna y que no había sido demostrada la intención de los padres de abortar en caso de que el feto padeciera alguna enfermedad. Por otro lado, en sentencia del 7 de junio de 2002 (STS 4137/2002) se decidió un caso de una mujer de 40 años que quedó embarazada y, en razón de su edad, consultó a su médico para averiguar si había riesgo de que el feto tuviera alguna enfermedad. El galeno la tranquilizó, pero no le informó de la existencia de exámenes que permitían determinar el estado de salud del *nasciturus* por lo que, en consecuencia, nació un niño con Síndrome de Down. El Tribunal negó las pretensiones al no encontrar configurada una relación de causalidad (i) entre la actuación médica y la enfermedad del menor, y (ii) entre la falta de información y la posibilidad de abortar, esto último debido a que no fue demostrada la intención de interrumpir el embarazo en caso de enfermedad del feto (Medina, 2008, págs. 95-96).

Más adelante, en la sentencia del 18 de diciembre de 2003 (STS 8215/2003) el Tribunal Supremo analizó un caso donde un niño nació con graves malformaciones congénitas, a pesar de que a la madre se le habían efectuado cuatro ecografías que habían arrojado indicios de la existencia de patologías, que finalmente no fueron descartados. El Tribunal accedió a las pretensiones después de encontrar una grave negligencia médica, así que emitió condena por la frustración de las expectativas de los actores y la repercusión de este hecho en sus vidas, además del daño moral causado<sup>16</sup>.

En sentencias del 21 de diciembre de 2005 y 6 de julio de 2007 (STS 7433/2005; STS 4806/2007), en casos de nacimientos de niños con Síndrome de Down, se retomó el precedente

---

<sup>16</sup> Aunque la demanda fue presentada por los padres en nombre propio y en representación del menor, en la sentencia no se hace mayor precisión frente a la viabilidad de un reclamo *wrongful life*.

fijado en el fallo del 6 de junio de 1997 y se condenó a los demandados por la pérdida de la posibilidad de abortar derivado de la falta o exigua información, además de reconocer perjuicios materiales y morales. Aclarando la postura, en sentencia del 19 de junio de 2007 (STS 4827/2007) el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto contra una decisión que había negado el reclamo de una mujer que había tomado antidepresivos durante el periodo de gestación y había dado a luz un niño con Síndrome de Down. En este asunto, el Tribunal indicó que el deber de información sobre la posibilidad de practicar exámenes para comprobar si el feto sufre Síndrome de Down, con el fin de posibilitar el aborto eugenésico, únicamente existía cuando se presentaran circunstancias que evidenciaran o permitieran sospechar el padecimiento, cuestión que, de acuerdo a la *lex artis* del momento del embarazo, no se concretaba (Medina, 2008, págs. 96-101).

Esta línea, donde el daño está constituido por la pérdida de la posibilidad de abortar y la lesión a la dignidad y autodeterminación de la mujer fue seguida posteriormente, como en la sentencia del 24 de octubre de 2008 (STS 5536/2008), y aunque con variaciones en la sentencia de 23 de noviembre de 2007 (STS 7945/2007), donde solo se reconocieron perjuicios morales por la debilidad del nexo causal entre la realización del examen médico y la detección de la enfermedad, por el bajo porcentaje de claridad de las pruebas (Elizari Urtasun, 2009, págs. 145-146).

Por su parte la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo comenzó a decidir reclamos *wrongful birth* mucho más tarde, siendo la primera sentencia sobre el tema la de 4 de noviembre de 2005 (STS 8169/2005), seguida por otras sentencias como las de 26 de enero y 30 de junio de 2006, y 10 de mayo, 16 de octubre y 5 de diciembre de 2007 (STS 987/2006; STS 5418/2006; STS 3216/2007; STS 6490/2007, 2007). En ellas, aun cuando se siguió en términos generales el precedente civil, se marcó una diferencia en lo que respecta a la eventual decisión de la madre relativa a abortar que se ve privada por la falta de información médica. Mientras que en materia civil este aspecto carece de relevancia causal, en el precedente administrativo existe una presunción a favor de la madre que puede ser desvirtuada por la Administración, con lo que se invierte la carga de la prueba, sin perjuicio de que ciertas circunstancias, como la negativa a exámenes que puedan afectar al feto, desvirtúen la voluntad de interrumpir el embarazo. Además, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha negado la legitimación del padre para demandar en solitario, alegando que la IVE es un derecho intransferible de la madre.

En cuanto a los perjuicios, la Sala de lo Contencioso Administrativo se ha inclinado a reconocer mayormente perjuicios morales, en sentencia del 4 de noviembre de 2008 (STS 5899/2008) se concluyó que era procedente indemnizar los gastos extraordinarios derivados de la discapacidad del niño, sin que los gastos ordinarios constituyan daño al ser cargas propias de la paternidad (*“los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”*).

Finalmente, frente al evento *wrongful life* no se ha suscitado un pronunciamiento concreto del Tribunal Supremo, empero, de manera relevante es necesario traer a colación el dictamen emitido por el Consejo de Estado español (Dictamen No. 3385/2000) a propósito de un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ministerio de Sanidad y Consumo. Los supuestos fácticos del dictamen fueron los siguientes: se determinó médicamente que una mujer tenía un 50% de probabilidades de ser portadora de una enfermedad hereditaria identificada como Síndrome del X-frágil, por lo que sus futuros hijos contaban con un 25% de padecer dicha patología. Debido a lo anterior, la mujer se sometió a una ligadura de trompas. A pesar de la intervención, la mujer quedó embarazada, pero sufrió un aborto natural. Con posterioridad, en el año 1991 quedó nuevamente embarazada y dio a luz una hija sana, y luego en el año 1992 tuvo otro embarazo, que fue diagnosticado como negativo para la enfermedad genética. Sin embargo, el 9 de enero de 1993 dio a luz un hijo aparentemente sano, que poco a poco fue exteriorizando el padecimiento del Síndrome del X-frágil, hasta que fue diagnosticado en octubre de 1996.

Los padres del menor reclamaron ante el Ministerio de Sanidad y Consumo (del que dependían los centros médicos donde fue atendida la progenitora) y, ante la consulta, el Consejo de Estado coligió que los daños no eran imputables a la Administración Sanitaria por no acreditarse la relación de causalidad, porque se había actuado de acuerdo a la *lex artis* y los medios de diagnóstico disponibles para ese momento ante una enfermedad rara y de difícil detección (Pérez-Tenessa, 2001, págs. 47-49).

## 1.2.2 Tratamiento de los eventos en Colombia

El primer antecedente a propósito de la posibilidad de obtener una reparación a partir del nacimiento de un hijo no deseado se encuentra en el salvamento de voto efectuado por el Magistrado MONTEALEGRE LYNNET en la sentencia SU-1167 de 2001, donde afirma que el precepto legal -declarado constitucional para ese momento- referido a la penalización del aborto generaba una ruptura del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas (daño especial) atribuible al legislador y susceptible de reparación:

Debe recalcar que se está en presencia de efectos de una norma que resultan inadmisibles en una democracia constitucional. La solución normativa al conflicto entre el derecho a la vida y la autonomía de la mujer, se ha traducido en un sacrificio enorme para la mujer; se podría sostener que, en la práctica, se desconoce su autonomía. Este efecto (sacrificio exorbitante o desconocimiento del derecho) no puede ser coonestado por el sistema. **Ante la decisión normativa, avalada por el sistema de control constitucional, no queda otro remedio que endilgar responsabilidad al Estado por los efectos mencionados. En resumen, ante la carga desigual, producto de la restricción total a la autonomía de la mujer, el Estado tiene que responder.**

(...)

Cabe señalar que, dado que la fuente primaria de la desigualdad de las cargas -que se manifiesta en la restricción (casi anulación) de la autonomía en ámbitos no necesarios para resolver la tensión entre la autonomía de la mujer y el derecho a la vida del nasciturus (sic) - es normativa, **la obligación de reparar existe ipso jure mientras la restricción normativa subsista -hecho del legislador-, supeditándose su exigibilidad a la verificación fáctica aludida** [embarazos producto de acceso carnal violento o abusivo]. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Curiosamente, con el fin de superar interrogantes nacidos de esta tesis, el Magistrado disidente planteó dos aspectos exóticos relacionados con el juicio de responsabilidad. Por una parte, ya que el Estado era responsable de la imposición de la carga pública desproporcionada, se ocupó de dilucidar qué entidad debía ser la llamada a responder en concreto, llegando a la conclusión de que se trataba del ICBF *“como entidad responsable de la protección de la familia, sin que ello quiera decir que, en abstracto, la Nación deje de ser responsable”*. Por otra parte, consideró que la reparación del daño se traducía en *“el costo derivado de afiliar a la menor, en calidad de cotizante, al sistema general de seguridad social en salud, hasta que adquiera la mayoría de edad”*, precisando que dichos valores no podían sufragarse con cargo al Fosyga. No obstante el anterior esfuerzo argumentativo, por

tratarse de una opinión disidente, no tuvo mayor eco en la Corte Constitucional ni en el Consejo de Estado.

Ya en sede de tutela, el Tribunal Constitucional ha sido vacilante al momento de ordenar indemnizaciones a favor de las mujeres a quienes no se les garantiza la posibilidad (o el derecho) de practicar una IVE en los eventos permitidos por la jurisprudencia. Por ejemplo, en las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-841 de 2011 y T-301 de 2016, el Alto Tribunal dispuso, con base en lo preceptuado en el artículo 25 del Decreto No. 2591 de 1991, el pago de indemnizaciones en abstracto, las cuales debían ser tasadas por Jueces Administrativos como parte de los remedios judiciales para estos casos (Guzmán & Chaparro González, 2015, págs. 21-24). Dicho reconocimiento se efectuó bajo la aseveración de la existencia de un *daño consumado*<sup>17</sup>, pero evidentemente sin efectuar un verdadero juicio de responsabilidad (principalmente de imputación). Además, la responsabilidad fue atribuida la mayor parte de los casos a las EPS.

En materia contenciosa administrativa, el Consejo de Estado ha tenido pocos pronunciamientos específicos al respecto. En una primera ocasión, en un evento de *wrongful conception* la Corporación se centró simplemente en el consentimiento brindado por el paciente para, después de concluir que habían sido suficientemente explicadas las probabilidades de éxito de la intervención -ligadura de trompas-, negar las pretensiones de la demanda (Radicación 25000-23-26-000-1997-15222-01(21157), 2011). Más recientemente, en una providencia sumamente relevante, la Sección Tercera llevó a cabo un análisis de un caso de anticoncepción fallida y sentó el criterio de interpretación de ese evento, además de los primeros esbozos de los casos *wrongful birth* (Radicación 81001-23-31-000-2009-00051-01(41262), 2016).

El primer análisis llevado a cabo en la providencia fue el del daño. A partir de un estudio de derecho comparado, distinguió tres tesis (restrictiva, moderada o de la separación y amplia) a propósito de la existencia de una lesión en el caso de la concepción y ulterior nacimiento de un niño sano, posterior a lo cual coligió que *“una solución plausible, desde el punto de vista del derecho de*

---

<sup>17</sup> En la sentencia T-532 de 2014 se hace el esfuerzo por delimitar el daño a partir de la teoría de la separación.

daños para la determinación de la existencia de una verdadera lesión a una situación jurídica protegida, tiene que ver con la existencia de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida”, aclarando más adelante que “no basta, se insiste, con afirmar que se había adoptado una determinada decisión respecto del número de hijos, sino que se debe acreditar con cualquier medio probatorio que, en efecto, la concepción vulneró la libertad reproductiva y, por ende, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida”. Esta posición, resalta el proveído, difiere de la teoría de la separación -de origen alemán- ya que no se trata de distinguir el nacimiento del menor de los gastos económicos que conlleva, sino que se centra en el menoscabo a la libertad de procreación.

En cuanto a la imputación, adujo que no era posible imponer al prestador de servicios de salud una obligación de resultado consistente en la efectividad absoluta de los métodos anticonceptivos; sin embargo, esto no excluye la posibilidad de atribuirles los efectos de un defectuoso servicio médico, traducido en una vaga información que repercuta en un consentimiento imperfecto.

Más recientemente, en sentencia del 6 de julio de 2017 (Radicación 76001-23-31-000-2005-04752-01(40051)), el Consejo de Estado se pronunció sobre un caso de una mujer a la que se le había practicado una histerectomía y después quedó embarazada. Siguiendo la línea de la anterior providencia, el Alto Tribunal consideró que se trataba de un evento *wrongful conception* y, por ende, para que existiera un daño debía acreditarse una lesión al derecho a la libertad de procreación. En el caso concreto, se consideró que la histerectomía no era un método anticonceptivo y que la accionante no había exteriorizado ni adelantado actuaciones tendientes a evitar tener nuevos hijos, motivo por el cual las pretensiones fueron denegadas.

Por otra parte, se conoce un caso de *esterilización fallida* decidido por un Juez Administrativo antes de la expedición de la providencia que se acaba de referenciar, donde una mujer se practicó un procedimiento tipo Pomeroy con el fin de no tener más hijos debido a su difícil situación económica, pero años más tarde quedó en embarazo nuevamente (*wrongful conception*). En esta providencia se indica que el daño consiste en “la pérdida de la oportunidad de decidir libremente en la posibilidad de complementar la anticoncepción con métodos adicionales al POMEROY, o no” ya que la falla de la institución hospitalaria se concretó en la falta de idoneidad del consentimiento informado y no en la operación quirúrgica en sí misma. Por ende, consideró que el nacimiento de un niño sano no era un daño en sí mismo y, por lo tanto, no daba lugar al reconocimiento de lucro



cesante; en cambio, afirmó la viabilidad de otorgar perjuicios morales a los padres y hermanos del menor (Arias García & López Martínez, 2014). Infortunadamente el fallo solo fue apelado por los demandantes solicitando el incremento del monto de los perjuicios, así que el Tribunal Administrativo no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Aparte de esos pronunciamientos, se desconocen fallos donde se analice la responsabilidad del Estado en estos eventos.

### 1.3 Construcciones teóricas en torno a la responsabilidad estatal colombiana en el servicio médico-sanitario

#### 1.3.1 Evolución del análisis del régimen de responsabilidad aplicable en materia médico-sanitaria en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Desde que asumió el conocimiento de los asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual de la Administración, el Consejo de Estado colombiano acudió a la falla en el servicio para justificar la imputación de los daños causados a los ciudadanos. En materia médico-asistencial, la carga de la prueba de la falla en el servicio ha sido un asunto de constante análisis, al punto de que ha atravesado por varias líneas a través del tiempo, justificadas tanto en los bienes protegidos con la atención médica, como la dificultad y trascendencia del servicio de salud. Siguiendo a SERRANO ESCOBAR (2012, págs. 152-159) y BEJARANO GUZMÁN (2015, págs. 239-263), las construcciones efectuadas en esas líneas jurisprudenciales pueden resumirse como sigue:

En un primer momento, influenciada por la concepción civilista de la responsabilidad que predicaba la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal se inclinó por la **falla probada en el servicio**. De esta forma, al demandante le correspondía probar que el servicio no funcionó, funcionó mal o funcionó tardíamente y la Administración, para liberarse, debía acreditar su diligencia o la configuración de un eximente de responsabilidad.

Posteriormente, a partir de la sentencia del 24 de octubre de 1990 (Radicado interno 5902), el Consejo de Estado cambió su postura para aplicar la **presunción de falla**, en la que bastaba probar el daño y el nexo de causalidad con el servicio para serle atribuido aquel al Estado. Esta postura se fundamentó en la aplicación del inciso 3° del artículo 1604 del Código Civil<sup>18</sup>, considerado aplicable tanto en materia contractual como extracontractual. De esta forma, se partió de la base de que el prestador del servicio médico era el que realmente conocía lo ocurrido, así que tenía mayor facilidad para acreditar su diligencia, lo que a su vez favorecía a la víctima.

A pesar de este importante pronunciamiento, en el seno del Consejo de Estado siguieron dictándose sentencias bajo la tesis de la falla probada en las que se diferenciaban las obligaciones de medio de las de resultado. No fue sino con la sentencia calendada del 30 de julio de 1992 (Radicado interno 6897) que fue adoptada definitivamente la tesis de la falla presunta, que fue reforzada por la providencia del 24 de agosto del mismo año (Radicado interno 6754), en la que se diferenció la presunción de falla del título de riesgo excepcional, bajo el entendido que la activación de la presunción implicaba la demostración de que el servicio médico había sido prestado y que se había sufrido un menoscabo.

Más adelante, en sentencia del 22 de mayo de 1996 (Radicado interno 11301) se dieron los primeros esbozos de la aceptación de la tesis de la dinamización de la carga de la prueba. En esta decisión, que afirma que la presunción de falla deviene de la anterior teoría, explica que *“dependiendo de las circunstancias es posible que excepcionalmente se invierta la carga de la prueba de la culpa por lo cual no se eliminó este concepto como fundamento de la responsabilidad sino que se removió el obstáculo del fardo probatorio tradicionalmente a cargo del actor para reemplazarlo por el deber de probar radicado en quien es conocedor y mejor situado fáctica y científicamente para explicar su conducta”*.

---

<sup>18</sup> “ARTÍCULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>. (...) (...)

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.”*

Al año siguiente, en sentencia del 8 de mayo de 1997 (Radicado interno 11220), la Sección Tercera, además de reafirmar la aplicación de la falla presunta, estableció que esta no cobijaba la relación causal, así que ante una pluralidad de causas -no todas atribuibles al Estado-, el juez estaba en la obligación de ponderar todas las circunstancias para determinar hasta qué punto la falla se causó y fue determinante en la irrogación del daño. Esto constituyó una aclaración necesaria que morigeró la aplicación casi mecánica de la presunción en comento.

En el año 2000 (Radicado interno 11878), el Consejo de Estado acogió la teoría de la **carga dinámica de la prueba**, partiendo de un punto clave relativo a las actividades técnicas y científicas en el servicio médico. Frente a este, la Alta Corte sostuvo que la presunción de falla se justificaba, pero en lo demás no necesariamente el prestador del servicio se encontraba en mejor posición de probar. Esa fue la razón por la que se justificó la dinamización de la carga de la prueba, con el propósito de dotar de mayor racionalidad el juicio de imputación en estos eventos.

Con posterioridad a esta decisión se expidieron sentencias vacilantes respecto de la evolución de la materia. Por ejemplo, en sentencia del 3 de mayo de 2001 (Radicación 05001-23-31-000-1992-1670-01(12338)) se indicó que la presunción de falla no podía asimilarse a la carga dinámica de la prueba, mientras que en sentencia del 15 de agosto de 2002 (Radicación 25000-23-26-000-1991-07349-01(11605)) implícitamente se estableció que la presunción se derivaba de la necesidad de dinamizar la carga probatoria. Asimismo, en sentencia del 10 de junio de 2004 (Radicación 76001-23-31-000-1999-1690-01(25416)A) se insinuó que los mecanismos contruidos para morigerar la rigidez de la carga de la prueba comprendían también la relación de causalidad; en cambio, en sentencia del 1º de julio del mismo año (Radicación 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696)) se sostuvo expresamente que *“tratándose de la relación de causalidad, no se plantea inversión -ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante”*. Además, el Alto Tribunal agregó que, en cuanto al nexo causal, *“no se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas”*, sin perjuicio de acudir para tal fin a la prueba indiciaria. Adicionalmente, en esta última decisión se expresó que la inversión del deber probatorio procedía previa inaplicación del artículo 177 del CPC con fundamento en el principio de equidad.

El Consejo de Estado continuó procurando delimitar conceptualmente y en la práctica el principio de la carga probatoria dinámica, no obstante, en el año 2006 se produjo un cambio trascendental de la línea jurisprudencial. En sentencia del 31 de agosto de esa anualidad (Radicación 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772)) se cuestionó la dinamización de la carga de la prueba debido a los problemas que generaba en cuanto a (i) la oportunidad en la que se establecía qué hechos le correspondía acreditar a cada parte, que habitualmente era en la sentencia, esto es, sin el previo conocimiento de las partes, (ii) la marginación o minimización de elementos clave del análisis, como los aspectos concretos en los que la Administración falló, y (iii) las dificultades que tienen los médicos para indagar en la prestación del servicio después del paso de años por la impersonalidad del tratamiento; esto en respaldo implícito de la crítica subyacente relacionada con la rigurosidad con la que se juzgaba una actividad eminentemente benéfica. Por lo tanto, se volvió a la tesis de la **falla probada en el servicio**, donde al demandante le corresponde probar todos los elementos del juicio de responsabilidad.

No obstante, la Sección Tercera aclaró que esto no debía entenderse esto como una regresión jurisprudencial, ya que la prueba de la relación de causalidad no tenía que llegar al punto de la certeza absoluta, sino que el juez podía contentarse con un grado suficiente de probabilidad e incluso podía acudir a indicios (por ejemplo, nacidos del diligenciamiento deficiente de la historia clínica) o a mecanismos de alteración probatoria, como las reglas *res ipsa loquitur* o el daño desproporcionado; lo anterior sin dejar de lado la teoría de la pérdida de oportunidad.

Esta es la línea que se mantiene hasta la actualidad, con especial énfasis en las pruebas indiciaria y pericial, sin que a la fecha se haya efectuado pronunciamiento alguno respecto de la repercusión del artículo 167 del CGP<sup>19</sup> sobre este tema, que positiviza la carga dinámica de la

---

<sup>19</sup> “ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”*

prueba. En el contexto acabado de narrar, vale la pena hacer un énfasis especial dos aspectos importantes dentro de esta evolución.

El primero es el relacionado con el tratamiento de la responsabilidad en el campo obstétrico. A partir de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, la jurisprudencia en el año 2000 (Radicado interno 12123) indicó que la responsabilidad en estos eventos *“tiende a ser objetiva”* cuando la gestación es normal, en razón a que el mismo no es una patología sino un proceso natural; empero, pronto el Consejo de Estado rectificó su posición y en el año 2004 (Radicado interno 14767) manifestó que *“los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla”*. En el año 2008, el Consejo de Estado aclaró que el empleo de la prueba indiciaria no generaba una inversión automática de la carga de la prueba, así:

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica. (Radicación 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085))

Esta es la tesis que ha prevalecido hasta la actualidad, que excluye la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad en materia obstétrica, pero favorece la apreciación del indicio que nace de la normalidad del proceso de gestación.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dado visos acerca de la aplicación del régimen objetivo en materia médica en ciertos eventos específicos,

no sin críticas doctrinales. En sentencia del 22 de julio de 2009 (Radicación 13001-23-31-000-1994-09911-01(18069)), el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sostuvo que aun cuando el título de imputación por excelencia en materia de responsabilidad médico-asistencial era el de falla en el servicio, podían existir casos en los que el daño fuera producto de un aparato, instrumento o elemento empleado por la ciencia médica y catalogado como riesgoso o peligroso (como las herramientas de radiología, algunas placas de acero con polos a tierra, medios de contrastes, desfibriladores, etc.), los cuales debían juzgarse bajo la óptica de la teoría del riesgo excepcional. Esta posición fue reiterada en providencia del 19 de agosto del mismo año (Radicación 76001-23-24-000-1995-00079-01(17733)), donde después de reafirmar lo anterior, se expusieron como ejemplos de eventos donde era aplicable el régimen objetivo (i) las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, (ii) la aplicación de vacunas, (iii) el suministro de medicamentos, y (iv) el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía.

En fallo del 24 de marzo de 2011, la jurisprudencia pretendió ir más allá y se atrevió a exponer ejemplos concretos donde la responsabilidad del Estado era objetiva, complementando la enumeración anterior:

En consecuencia, no pretende esta postura desconocer que la responsabilidad médico - hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista en el que mal haría la jurisprudencia administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa; no obstante, se insiste, existen varios escenarios en los que es posible predicar la existencia de un régimen objetivo. A modo ilustrativo se pueden destacar los siguientes supuestos: i) en virtud de la **peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado**, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa, ii) cuando respecto de un **medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso**, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo, iii) cuando en el acto médico se emplean **químicos o sustancias peligrosas** (v.gr. eventos de medicina nuclear), iv) en supuestos de **vacunas** porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos, v) cuando el daño es producto de una **infección nosocomial o intrahospitalaria**, vi) cuando **el daño se irroga por la cosa misma** sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva (sic). -Negrilla fuera del texto original- (Radicación 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836))

En la misma sentencia se indica que en los casos en los que el daño consiste en el olvido de un cuerpo extraño de uso médico dentro de un paciente después de una cirugía, la responsabilidad se declarará a título de falla en el servicio, pero si el daño se traduce en las afectaciones derivadas de la cosa misma (como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc.), la responsabilidad debe analizarse desde el plano objetivo.

Adicionalmente, en sentencia del 12 de diciembre de 2013 (Radicación 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493)) se explicó que la concreción de los riesgos no advertidos al paciente y, por ende, no consentidos hacen responsables a los médicos bajo el régimen objetivo de responsabilidad, lo cual parece ser reafirmado -aunque no expresamente- en sentencia del 26 de junio de 2015:

No le corresponde al paciente, por el contrario, soportar una atención por debajo de los estándares éticos o científicos médicos, terapéuticos y asistenciales, en sí misma indemnizable, tampoco las consecuencias derivadas de los errores, por lo mismo previsibles y evitables. Tampoco debe asumir las consecuencias naturales de la progresión patológica, evitable por la ciencia médica. Por otra parte, no está obligado el paciente a asumir el riesgo propio del acto médico, si este no le ha sido efectivamente expuesto y, por ende, no ha sido consentido. Finalmente, existen circunstancias en que el paciente no está obligado a asumir el riesgo previsible y consentido, en razón de la desproporción objetiva del daño, como ocurre en aquellos casos en que la alteración sufrida es concreción de un riesgo socialmente necesario (v.gr. vacunación obligatoria o infecciones nosocomiales). (Radicación 25000-23-26-000-2001-00535-01(29602))

Al respecto, la profesora M<sup>C</sup>AUSLAND SÁNCHEZ (2015, págs. 219-230) ha lanzado fuertes cuestionamientos acerca del verdadero carácter objetivo de esos eventos. En ese sentido, ha señalado que cuando se trata de riesgos previsible (ya sea que surjan de cosas, medicamentos o tratamientos), el asunto no podrá recaer en la órbita de la responsabilidad objetiva sino en la de la falla en el servicio, ya que la no advertencia de dichos riesgos o la omisión en la evitación de la concreción de los mismos se constituye en el incumplimiento de un contenido obligacional.

En cuanto a los daños causados por la utilización de cosas peligrosas, se critica que el fundamento de la aplicación de la teoría del riesgo excepcional consiste en corregir el desequilibrio que resulta en el desarrollo de una actividad peligrosa que es lícita y reporta

beneficios a su guardián, empero, la utilización de herramientas o sustancias de esa naturaleza en el ámbito médico debe entenderse en beneficio del paciente. A pesar de estos razonamientos, en sentencia del 25 de enero de 2017 (Radicación 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816)A), después de reiterar -con variaciones- el listado de eventos donde es aplicable el régimen objetivo en materia de responsabilidad médica, el Consejo de Estado condenó a una institución hospitalaria bajo el título de riesgo excepcional por las quemaduras sufridas con un electrobisturí en una ginecomastia.

En lo atinente a los tratamientos experimentales, M<sup>c</sup>CAUSLAND SÁNCHEZ insiste en que la responsabilidad radica en la existencia o no de autorización del paciente, complementada con las bases del consentimiento informado, así que tampoco es aplicable el régimen objetivo. Un razonamiento similar es el aplicado en el caso de las vacunas, lo cual parece coincidir con la posición de la Corte Constitucional en la sentencia T-365 de 2017, relativa a la obligatoriedad de la vacuna contra el virus de papiloma humano. No obstante, en sentencia del 28 de septiembre de 2012 se condenó a una institución hospitalaria por la muerte de una menor después de que le fuera suministrada la vacuna obligatoria conocida como DPT (Difteria, Tosferina, Tétanos), llegando a esta conclusión por vía indiciaria:

En suma la Sala no puede sostener de manera contundente que la vacunación aplicada a la menor ocasionó su muerte, pero tampoco se podría descartar la posibilidad, de que ello fuera así, dadas las condiciones de presenidad de la infante, la inmediatez de la vacuna a su fallecimiento, la ausencia de una causa diferente a la aplicación de las vacunas que explique su deceso y particularmente como los médicos interrogados lo afirman, existe riesgo neurológico por la aplicación de la vacuna conocida como DPT. Cabe considerar además, que luego de aplicada la vacuna, el 29 de julio a las 18 y 30 horas, los padres llevaron a la menor al servicio de urgencias del hospital, donde presentaba síntomas de fiebre, decaimiento, inapetencia y mirada fija, la menor no fue sometida a una valoración rigurosa, que existe el riesgo que aunque bajo con la inmunización con DPT, tanto que el informe de 11 de octubre de 1995, dentro de la investigación disciplinaria, concluyó que ‘existían indicios de que la estudiante ADRIANA ZULUAGA LÓPEZ cometió error en la evaluación de un posible cuadro neurológico que pudiera tener la niña en el momento de la consulta, en tanto la niña ni siquiera fue desvestida si se considera el antecedente sobre la vacunación con Pertusis, contenida en la D.P.T., que las auxiliares de enfermería observaron que la niña estaba muy quieta’, lo cual aunado a que las auxiliares de enfermería EUDINA SOTO ARIAS y SOCORRO QUINTERO PATIÑO manifestaron en sus respectivas declaraciones que la niña presentaba fiebre -aunque no alta-, no jugaba, no parpadeaba y tenía la mirada fija y que la madre informó a la médica de turno que, después de la vacuna LINA VANESSA permaneció en su lecho sin recibir alimento. (Radicación 19001-23-31-000-2001-01778-01(29566))



Recientemente esa tesis fue reiterada en sentencia del 26 de abril de 2018, así:

Reitera y resalta la Sala que, aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal que almacenó, transportó y aplicó la vacuna a la menor Moreno Robledo, lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a las entidades demandadas de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la aplicación de vacunas potencialmente peligrosas-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo de riesgo excepcional, habida cuenta de que -se reitera- fue la aplicación de la vacuna anti poliomielitis, en el centro de salud perteneciente al hospital demandado, en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la que le produjo el contagio con ese mismo virus a la menor, razón por la cual ese desenlace no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de las entidades demandadas. (Radicación 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390))

Con respecto a las infecciones nosocomiales, la crítica se enfiló a la noción de riesgo interno, que, según considera, no puede ser aplicada a estos casos porque el citado riesgo no redundaría en un beneficio lícito para su guardián. Empero, en sentencia del 29 de agosto de 2013 (Radicación 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283)) se consolidó la posición del Consejo de Estado de aplicar la teoría del riesgo excepcional en estos eventos; cuestión que venía esgrimiéndose de forma más o menos directa desde el año 2009, después de también resolverse casos bajo la óptica de la falla presunta. Incluso, para reforzar esta tesis, la Sección Tercera en sentencias del 30 de abril de 2014 y 29 de septiembre de 2015 (Radicación 25000-23-26-000-2001-01960-01(28214); Radicación 25000-23-26-000-1995-00964-01(21774)) dispuso exhortar tanto al Ministerio de Salud como a la Sala de Consulta de la misma Corporación para que presentaran un proyecto de ley al Congreso *“estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe estudiarse la posibilidad de creación de un fondo estatal especial o seguro contra esta clase de riesgo”*.

Finalmente, la profesora sostuvo que en los casos de oblitio quirúrgico no puede aceptarse que los elementos olvidados dentro del cuerpo del paciente posean riesgo en su estructura o su comportamiento, así que la distinción efectuada por el Consejo de Estado entre el daño que se produce por el oblitio mismo y el que se deriva de sus efectos es en realidad artificiosa.

### 1.3.2 El alcance del consentimiento informado y sus características en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El consentimiento informado es un reflejo de la autonomía de la voluntad del paciente y el ejercicio de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la libertad de conciencia y de culto, y al libre desarrollo de la personalidad. A través suyo se reconoce que la actividad médica siempre estará rodeada de riesgos, pero que el paciente debe conocer y asentir aquellos que son propios del tratamiento médico. Por ello, es una obligación del médico contar con el consentimiento del paciente para aplicar el tratamiento, como lo establece el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica):

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

Por vía reglamentaria, el Ministerio de Salud y de la Protección Social a su vez definió el consentimiento informado en la Resolución No. 2003 de 2014, *“por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud”*, como sigue:

Consentimiento informado: Es la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar un acto asistencial. Para efectos del estándar de historia clínica es el documento que se produce luego de la aceptación en las condiciones descritas. En caso que el paciente no cuente con sus facultades plenas, la aceptación del acto médico la hará el familiar, allegado o representante que sea responsable del paciente.

Para el correcto entendimiento de las anteriores disposiciones, debe distinguirse entre los riesgos inherentes (iatrogénicos) y los previstos, como lo menciona DUQUE OSORIO:

El riesgo propio o inherente es un riesgo previsible e irresistible, que cuando se presenta con ocasión del procedimiento, debe ser asumido por el paciente y no por el médico, quien de paso debe calcularlo previamente al procedimiento con precisión.

Mientras que el riesgo previsto es un riesgo resistible que debe anticiparse como posible antes del procedimiento.

Lo que hace la diferencia entre lo propio o inherente y lo previsto es la inmediatez del riesgo...

Ante la indicación de un procedimiento, el paciente asume el riesgo inherente cuando: a) hay dificultad para lograr el resultado querido; b) no hay alternativa de otra conducta; c) existe justificación del hecho; d) prima un fin noble perseguido por el médico.

El médico no asume el riesgo inherente cuando: a) Existe indicación del procedimiento; b) existe justificación del riesgo; c) existe información del mismo al paciente; d) existe consentimiento del procedimiento y e) no existe culpa del tratante. (Duque Osorio, 2014, págs. 180-181)

Así las cosas, con el otorgamiento del consentimiento el riesgo de la intervención se desplaza del médico al paciente, quien los asume de buena fe, siempre que se cumplan una serie de requisitos (Radicación 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), 2015).

En primer lugar, el consentimiento debe ser previo y puede ser acreditado por cualquier medio probatorio, aunque lo sea por excelencia a través de documentos (como también lo determina el reglamento antes citado). Se exceptúan de este requisito las intervenciones de urgencia en las que no sea posible pedir su asentimiento al paciente o sus familiares (Radicación 25000-23-26-000-2003-01146-01(30622), 2014).

Asimismo, debe ser expreso, de modo que no basta la enunciación genérica de riesgos o la advertencia de que el médico puede errar en la operación, como frecuentemente se ve en los formatos elaborados por las instituciones hospitalarias. No obstante, la jurisprudencia ha aceptado casos excepcionales de consentimiento tácito, como cuando es el paciente quien programa una intervención voluntariamente (Radicación 25000-23-26-000-2003-01146-01(30622), 2014). Igualmente, el consentimiento debe ser libre y por ello depende de la capacidad y autonomía del paciente, de modo que si falta uno de los dos se considerará no otorgado (Duque Osorio, 2014, págs. 177-179).

De otro lado, el consentimiento ha sido identificado como un principio (mandato de optimización), por lo que debe adecuarse al caso concreto y admite gradaciones. Por ello, entre

menos información se dé al paciente acerca de la intervención, mayores serán los riesgos asumidos por el médico (presunción de desconocimiento del paciente). Adicionalmente, cuando la información no es inteligible para alguien no experto en la materia como, por ejemplo, cuando se ofrece en términos técnicos o científicos avanzados, se considera que el consentimiento es imperfecto. Por ende, la asunción del riesgo únicamente opera cuando la información es transmitida en el nivel de comprensibilidad requerido por el paciente y, naturalmente, en el momento anterior a la aplicación del tratamiento consentido (Huayama, 2016, págs. 9, 10 y 14).

De la misma forma, la perfección del consentimiento se relativiza a partir de la necesidad del paciente y los bienes jurídicos en juego (Radicación 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493), 2013). Por esta razón, la Corte Constitucional en la sentencia T-365 de 2017 recordó los factores para tener en cuenta con el fin de identificar el nivel de información necesario para entender debidamente otorgado el consentimiento:

En cuanto a la dimensión del tipo de información que se debe brindar al paciente, esta Corporación ha profundizado que, ‘el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el **carácter más o menos invasivo del tratamiento**, (ii) el **grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental**, (iii) la **dificultad en su realización y las probabilidades de éxito**, (iv) la **urgencia**, (v) el **grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto**, (vi) la **afectación de derechos de terceros** de no realizarse la intervención médica, (vii) la **existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos** y, (viii) la **capacidad de comprensión del sujeto** acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona’. (Negrilla fuera del texto original)

También existen situaciones especiales que matizan el carácter personal y libre del consentimiento informado, pudiéndose entonces acudir al consentimiento sustituto de un familiar o del representante legal del paciente, o excepcionalmente, puede el galeno aplicar directamente el tratamiento amparado en el principio de beneficencia. Estos eventos han sido sistematizados por la jurisprudencia constitucional, así:

las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es **menos estricta o se prescinde de ella totalmente** son: (i) cuando se presenta una **emergencia**, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener **efectos negativos no sólo sobre el paciente**

**sino también frente a terceros;** (iii) cuando el paciente es **menor de edad**, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna **situación de discapacidad mental** que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Sentencia C-182/2016)

Sobre los últimos dos casos, la Corte Constitucional ha establecido reglas específicas que cualifican el consentimiento informado. Frente a los menores de edad, partiendo de la base de las complejidades que generan los diferentes niveles cognitivos del menor y sus derechos, además de la responsabilidad parental que recae sobre sus progenitores, la Alta Corporación ha estatuidos las siguientes reglas:

En suma, **el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, las niñas y los adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto.** Las limitaciones en ambos espectros se encuentran mediadas por las capacidades evolutivas de los menores de edad, así como por el tipo de intervención que se va a realizar con el objetivo de maximizar siempre el ejercicio de su autonomía presente y futura, con las excepciones advertidas. Así, **para sopesar el valor de la opinión del niño y la niña acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura; y (iii) su edad. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto.** Así, el consentimiento sustituto no se construye únicamente como la decisión del padre o del representante legal, sino que depende de diferentes factores, que incluyen la madurez del menor de edad para otorgar un mayor o menor peso a su posición en la determinación. No obstante, los niños, niñas y adolescentes siempre deben ser escuchados y deben poder participar en estas decisiones. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Empero, como lo enuncia el aparte transcrito, la jurisprudencia ha contemplado dos excepciones que relevan del análisis de la tensión que fue planteada en precedencia. La primera consiste en la autonomía plena de los menores de edad *“para decidir de manera libre y voluntaria sobre la interrupción de un embarazo en los casos permitido (sic) en el ordenamiento”*, que solo requiere de una suficiente información acerca de los riesgos de la intervención y los servicios que al respecto presta el Estado (Sentencia T-697/2016). La segunda, por el contrario, se refiere a la prohibición general de someter a menores de edad a esterilizaciones quirúrgicas, salvo que, previa autorización judicial, se permita la aludida esterilización tras verificar (i) el consentimiento informado del paciente y (ii) *“cuando un grupo de médicos interdisciplinario confirme que el embarazo o el*

*parto constituyen un riesgo de muerte para el menor sin que se pueda acudir a otros mecanismos anticonceptivos”* (Sentencia C-131/2014).

En cuanto a las personas en situación de discapacidad mental o cognitiva, la Corte indicó que no era posible establecer una regla estricta y absoluta acerca de la posibilidad de otorgamiento directo del consentimiento por parte del paciente o de la necesidad de un consentimiento sustituto, ya que dependía de la capacidad del sujeto, no entendida en términos civiles (capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales), sino como la aptitud para comprender las características y alcances del procedimiento. En síntesis, el carácter personal o no del consentimiento depende del *“grado de autonomía requerido para consentir”* (Sentencia C-182/2016). Sin embargo, tratándose de menores de edad en situación de discapacidad mental o cognitiva severa, en la sentencia C-131 de 2014 -previamente citada- se aclaró que las operaciones de esterilización eran permitidas con el consentimiento sustituto de su representante legal cuando existiera un peligro inminente de muerte, previa autorización judicial y consentimiento libre del menor de edad. Esta posición fue reiterada recientemente en la sentencia T-665 de 2017, donde se hizo especial en la reglamentación establecida al respecto en la Resolución No. 1904 de 2017, expedida por el Ministerio de Salud.

En todo caso, la prestación de consentimiento no cobija las actuaciones contrarias a la *lex artis* ni el incremento de riesgos que se produzca con la culpa del galeno (Radicación 05001-23-31-000-1993-00356-01(25715), 2013).

### **1.3.3 El error de diagnóstico en la jurisprudencia colombiana**

El diagnóstico es una faceta fundamental en el servicio médico y con él se pretende identificar el estado de salud del paciente (corporal, psicológico y social) para reconocer una enfermedad a partir de sus signos y síntomas (Duque Osorio, 2014, págs. 157-170). Con el primer contacto personal con el paciente se realiza la primera hipótesis diagnóstica (diagnóstico de sospecha), luego, con la exploración física, la sospecha adquiere algo más de fundamento (diagnóstico de

presunción o provisional) y más adelante, con las exploraciones complementarias se descartan los diagnósticos provisionales para obtener el definitivo.

Para ayudar al médico a determinar qué exploraciones o exámenes son adecuados, la ciencia ha desarrollado los protocolos de diagnóstico, que son un conjunto de métodos clínicos y paraclínicos que se realizan en secuencias lógicas, cuyos resultados pueden llegar a un diagnóstico final. No obstante, dadas las complejidades de las patologías y del cuerpo humano, puede ocurrir que los signos y síntomas encuadra en dos o más hipótesis, a lo cual se denomina diagnóstico diferencial. Este tipo de valoración es tentativa o hipotética y necesariamente requiere de un ejercicio prudente de descarte para llegar a un juicio más preciso.

Esta estructura lógica del proceso diagnóstico es compartida por el Consejo de Estado de manera constante:

Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento.

(...).

El diagnóstico, por su parte, puede descomponerse en dos tipos de actuaciones, distinción que tiene vital importancia al momento de analizar la culpa del profesional.

En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos obtenidos en el proceso anterior, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación, 'coordinándolos y relacionándolos entre sí, siendo también precisa su comparación y contraste con los diversos cuadros patológicos y conocidos por la ciencia médica; es decir, se trata en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio'.

Esta operación valorativa de todos los antecedentes es la que presenta los mayores inconvenientes al momento de juzgar la conducta médica, pues como en definitiva se

trata de un juicio incierto, la culpa profesional debe valorarse con sumo cuidado, y siempre teniendo en cuenta que no estamos frente a una operación matemática. (Radicación 66001-23-31-000-2005-00026-01(36517), 2016)

Sobre esto último, debido a la naturaleza de los deberes de los médicos, éstos no están en la obligación de acertar matemáticamente la patología sufrida por el paciente, no obstante, sí lo están con respecto a la utilización de todos los medios que permite la ciencia para tal fin. En ese sentido, al galeno no le es reprochable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo ya sea al momento de identificar la enfermedad o de interpretar sus síntomas. A título enunciativo, la jurisprudencia ha enlistado un conjunto de eventos en los que puede predicarse que el error de diagnóstico es constitutivo de responsabilidad:

- i) El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.
- ii) El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.
- iii) El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.
- iv) El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad.
- v) El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente.
- vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. (Radicación 63001-23-31-000-2000-00519-01(39952), 2018)

En consonancia con lo anterior, el error inexcusable, que da paso a la responsabilidad, es aquel que resulta objetivamente injustificado para un médico con el nivel de especialidad del galeno cuya actuación se enjuicia. En cambio, los errores de apreciación y, por ello, discutibles u opinables, se consideran excusables, porque los profesionales de la salud no están exentos de interpretar equivocadamente datos complejos que conllevan la generación de dudas razonables (Duque Osorio, 2014, págs. 168-169).



## 2. Elementos del juicio de responsabilidad

### 2.1 El daño como afectación a un interés jurídicamente protegido

#### 2.1.1 Concepto y características del daño

El daño es el primer y más importante elemento del juicio de responsabilidad, ya que su inexistencia inhibe cualquier otra consideración. No hay consenso en torno al concepto de daño, empero, la doctrina clásica de la responsabilidad lo define como nocimiento, menoscabo o lesión de un interés legítimo (Henaó, 2007, pág. 84; Pinzón Muñoz, 2015, pág. 7). El profesor HENAO, por su parte, en un inicio plasmó una definición sencilla y de sentido común: daño es “*la alteración negativa de un estado de cosas preexistente*” o, en palabras más técnicas, “*daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima*” (*ibíd.*). No obstante, años después propuso una definición más completa, que es la siguiente:

daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios y no pecuniarios, de derechos individuales y colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos. (2015, pág. 35)

Así las cosas, el concepto de daño gira en torno al de *interés lícito*, que proviene de la tradición romana, donde el daño se derivaba de un conjunto de bienes que podían verse afectados por el *ilícito* (Pinzón Muñoz, 2016, págs. 46-47), sin embargo, no se encuentra restringido por un listado de intereses reparables. En este sentido, la sistematización adoptada en Colombia deviene del código civil napoleónico, que es el mismo tratamiento que ofrece el sistema francés,

donde “no se encuentra en [la] legislación axioma alguno que justifique la exclusión a priori de determinados perjuicios reparables” (Koteich Khatib, 2012, págs. 108-109). En otras palabras, al anclarse el concepto de daño al de interés lícito (protegido por el ordenamiento) y no a un catálogo de bienes susceptibles de resarcimiento, el sistema reparatorio nacional es amplio, lo que ha favorecido la delimitación por vía pretoriana de los eventos donde el Estado debe responder.

El carácter lícito del interés responde a la característica formal del daño, que en todo caso debe tener un sustrato material u ontológico, que no es otra cosa que el fenómeno físico o natural que constituye un menoscabo. Es decir que una persona puede sufrir materialmente un daño, pero eso no significa que necesariamente que el mismo deba ser resarcido (Rueda Prada, 2015). De esta distinción es de donde surge el concepto de antijuridicidad, que será analizado más adelante. Adicionalmente, de la definición ofrecida por el profesor HENAO puede extraerse que el daño puede configurarse aunque no se haya consolidado, sino que la mera alteración del goce del mentado interés, esto es, una amenaza, tiene la virtualidad de activar los mecanismos reparatorios.

Como es bien sabido, en la Constitución de 1886 no existía ninguna norma que expresamente estableciera el deber del Estado de responder por los daños que irrogara por su actividad, lo que no implicó la negación del principio de responsabilidad, pero sí obligó primero a la Corte Suprema de Justicia y luego al Consejo de Estado a explorar el fundamento normativo del deber de reparar. Con la Constitución de 1991 ese inconveniente fue solventado con el precepto contenido en el inciso 1º del artículo 90, de clara influencia española, que reza:

ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

A partir de esta disposición y de los conceptos analizados en precedencia, la jurisprudencia, en concordancia con la doctrina tradicional, ha afirmado que para que el daño se configure se requiere de la reunión de tres requisitos, esto es, que el menoscabo sea (i) personal, (ii) cierto y (iii) directo. Siguiendo a HENAO (2007, págs. 105-128), que es la autoridad por excelencia en el tema, puede sintetizarse que carácter personal del daño hace alusión a que el demandante acredite que fue lesionado un interés del que es titular, lo cual admite varios matices. En primer lugar, la pretensión reparatoria puede elevarla quien haya sido directamente afectado o por

quienes lo hayan sido indirectamente o por rebote (*par ricochet*). En el primer caso, el título jurídico está en cabeza de la persona que ha sufrido el menoscabo, mientras que en el segundo, aunque no concorra lo anterior en la persona, “*el hecho perjudicial afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien en su esfera patrimonial o moral*”; de ahí que el Consejo de Estado sea enfático en que, frente a las víctimas por rebote, no deben confundirse las calidades de heredero y damnificado, ya que para efectos indemnizatorios importa solamente este último, sin perjuicio de que el parentesco sea un hecho indicativo del padecimiento indirecto de la lesión.

A esta clasificación, que HENAO denomina “*petición en iure proprio*”, se contrapone la reclamación en calidad de heredero, donde quien eleva la pretensión ha recibido el título jurídico a través del modo de adquirir el dominio de la sucesión por causa de muerte, dada la calidad de continuador del patrimonio del causante. En este caso, para efectos de claridad conceptual, lo que se transmite es el crédito con que contaba el *de cuius* y la acción para perseguir su satisfacción, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 2341 del CC y 95 del Código Penal, así como la ausencia de norma que lo prohíba (Koteich Khatib, 2012, págs. 298-300).

En segundo lugar, como la definición de daño comprende la alteración negativa de derechos tanto individuales como colectivos, en el segundo escenario se trata de una “*petición para otro*”, ya que aun cuando el derecho afectado no sea subjetivo, sí está en cabeza de quien reclama y hace parte de su patrimonio, solo que lo comparte con un grupo o colectividad.

Por otra parte, el carácter cierto del daño se refiere a que las repercusiones del menoscabo existan o razonablemente pueda determinarse que existirán. Habitualmente la definición de este requisito es dicotómica: el daño cierto es aquel que no es eventual ni hipotético; no obstante, un acercamiento más acertado se refiere a que, ya sean pasados, actuales o futuros, pueda determinarse que los efectos de la lesión efectivamente se materializaron o materializarán (Rueda Prada, 2015, págs. 37-40). Dentro de esta categoría HENAO agrupa el perjuicio consolidado, que ocurre cuando los efectos del daño ya se produjeron y agotaron en la realidad; y el perjuicio no consolidado, que a su vez se divide en (i) perjuicio no consolidado a partir de una situación existente, que ocurre cuando los efectos del daño existen y lo único que se requiere es indagar en su prolongación en el tiempo, o no se han materializado pero hay certeza de que

lo harán; (ii) perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente, donde se incluye la pérdida de oportunidad por tratarse de eventos en los que un beneficio se habría producido (no se materializó ni materializará) por la ocurrencia del hecho dañoso.

El asunto de la pérdida de oportunidad ha suscitado importantes disertaciones doctrinales y jurisprudenciales, respecto de las cuales solo se referirá -por no ser motivo específico de estudio- que el Consejo de Estado en sentencia del 5 de abril de 2017, después de adelantar un minucioso estudio de derecho comparado y evolución en la jurisprudencia nacional, determinó que se trata de un daño autónomo que se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima. (Radicación 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706))

Con ello la jurisprudencia vernácula se alejó de las posturas que catalogaban la pérdida de oportunidad como un asunto encuadrado en el ámbito de la causalidad (principalmente de probabilidad causal o cursos causales interrumpidos) y aclaró que, como daño autónomo, una vez acreditado debe adelantarse el juicio de imputación a partir de las instituciones conocidas, es decir, sin ninguna diferenciación.

Finalmente, el último requisito para que se encuentre configurado el daño es que sea directo; sin embargo, la doctrina moderna considera que este elemento en realidad hace alusión a la imputación, esto es, que la lesión pueda atribuirse a un sujeto, de modo que pertenece a instituciones distintas.

## **2.1.2 Diferencia entre daño y perjuicio**

A pesar de que en otros ordenamientos, como el francés, los términos daño y perjuicio son sinónimos, en Colombia se ha considerado útil su diferenciación. Así, continuando con la tendencia europea, en Colombia se ha entendido el daño es el fenómeno físico negativo,

mientras que el perjuicio representa las consecuencias patrimoniales de dicha lesión (Koteich Khatib, 2012, págs. 112-115; Henao, 2007, págs. 76-79). La misma diferenciación es la planteada en Italia con los conceptos de *daño-evento* y *daño-consecuencia*, que tiene una repercusión comúnmente aplicada en el daño a la salud, debido a que éste tiene connotaciones mayores que el hecho que le da origen y, por ello, merece una mayor indemnización (Pinzón Muñoz, 2015, pág. 50).

Esta distinción tiene una utilidad práctica referida a la reparación, ya que solo serán resarcibles los perjuicios que se deriven del daño irrogado, de forma que los que lo excedan no serán responsabilidad del autor de la lesión; no obstante, su acogida no es uniforme en la doctrina. Así, como lo retrata RUEDA PRADA (2015, págs. 23-25) varios tratadistas, incluyendo juristas de la talla de TAMAYO JARAMILLO, consideran inocua la diferenciación, mientras que otros como el ya referenciado HENAO o GIL BOTERO la consideran necesaria en tanto que permiten delimitar el aminoramiento patrimonial que presupone el daño.

Vale la pena resaltar también que un sector doctrinal moderno ha enfilado sus argumentos hacia una nueva concepción del daño y, de contera, del perjuicio. Para esta corriente, el daño no es un fenómeno físico avalorado, sino la afectación de un bien jurídico tutelado en un contexto relacional (Domínguez Angulo, 2016, pág. 633). Para llegar a esta conclusión, se parte del hecho de que el concepto de daño es íntegramente valorativo y, por consiguiente, solo existe jurídicamente. Este entendimiento también afecta el de la antijuridicidad, ya que si la valoración del menoscabo da lugar a inferir que perjudica lícitamente un bien jurídico, no se tratará en estricto sentido de la existencia de un daño sino, por ejemplo, de una carga pública.

Lo anterior implica que la construcción del concepto de daño depende de los intereses cuya protección es promovida necesariamente por la sociedad, y se traduce en una obligación cuyo acreedor es la víctima y el deudor quien lo irroga. Según esta tesis, no se configurará un daño si no existe una obligación que deba ser respetada por terceros y, por ende, el concepto de perjuicio se confunde con la lesión misma. En consecuencia, el grado de afectación del bien jurídico tutelado será el que determine las formas y el monto de la reparación.

El avance que genera esta concepción, aunque no se acompase con las definiciones tradicionales, radica en que se traduce en un esfuerzo por alcanzar un juicio de responsabilidad completamente normativo. En este sentido, a partir de la “*guillotina de Hume*” y un fuerte sustento filosófico, se trata de desligar el *ser* del *deber ser*, de manera que lo ontológico o material del daño pasa solo a ser un referente para verificar la afectación del bien jurídico, que se complementa con el juicio de imputación con instituciones eminentemente jurídicas.

Dejando de lado esa discusión, lo cierto es que es “*el daño la medida del resarcimiento*” (Henaó, 2007, pág. 45), de manera que en el sistema jurídico colombiano los perjuicios que se reconocen a favor de la víctima tienen la única finalidad de dejarla indemne y no de enriquecerla por encima de su sufrimiento, lo que correspondería al concepto de daño punitivo.

### **2.1.3 La antijuridicidad como presupuesto para la reparabilidad**

Con la Constitución de 1991 se introdujo un concepto novedoso -por lo menos terminológicamente- en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, que es el de antijuridicidad. Ésta consiste en que la víctima del daño no está en el deber de soportarlo o, dicho de otra forma, que el Estado no tiene derecho a causarlo (Tamayo Jaramillo, 2014, págs. 55-57 y 72-73). Como se expuso en párrafos precedentes, este concepto nace de la licitud que debe revestir el interés lesionado, de modo que la alteración negativa de la situación preexistente para ser reparable debe contrariar la prescripción contenida en el artículo 90 Superior.

La consecuencia lógica de esta afirmación consiste en que hay daños jurídicos y antijurídicos, y que la víctima debe soportar los primeros y los segundos deben ser reparados por el Estado. El problema radica en distinguir qué significa este concepto jurídico, que es parcialmente indeterminado y, por la vaguedad de su delimitación, ha dado lugar a múltiples interpretaciones (Saavedra Becerra, 2018, págs. 1852-1854). Esta situación se vio reflejada en la jurisprudencia del Consejo de Estado a principios de los años noventa, donde inicialmente se consideró que al pasarse de la antijuridicidad subjetiva (de la conducta) a la objetiva (del daño), lo que pretendió

el constituyente fue desterrar el concepto de falla en el servicio para que el Estado respondiera siempre con prescindencia de la *culpabilidad*. No obstante, esa concepción errada y, por demás, insostenible en términos presupuestales, fue corregida para llegar a un entendimiento integral del afamado artículo 90 Constitucional, que complementa el concepto de daño con el de imputación por la acción u omisión de las autoridades públicas (Tamayo Jaramillo, 2014, págs. 61-63).

Ahora bien, como el daño es el centro de la responsabilidad, la antijuridicidad debe predicarse de aquel, independientemente de la conducta que lo produzca. En otros términos, si el daño es antijurídico se traduce en resarcible sin importar que la actuación estatal sea lícita o no. Esa es la razón de la existencia de la responsabilidad objetiva, que parte de la juridicidad de una conducta estatal que, de todas formas, es dañina y no soportable. Por otra parte, si la actuación de la Administración es ilícita e irroga un daño, el título de imputación aplicable será subjetivo. Esta distinción fue explícitamente desarrollada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado al realizar un balance jurisprudencial del tratamiento de los daños causados por actos violentos de terceros, como se lee enseguida:

i) si la conducta estatal -acción u omisión- de la cual se deriva el daño antijurídico es ilícita, es decir, contraria a los deberes jurídicos impuestos al Estado, y el daño ocasionado es atribuido a este, el régimen de responsabilidad por el cual se le imputará el resultado dañoso será el subjetivo por falla del servicio; ii) si la conducta estatal generadora del daño es, por el contrario, lícita, pero riesgosa, y el daño es producto de la materialización de dicho riesgo de carácter excepcional, el cual es creado conscientemente por el Estado en cumplimiento de sus deberes constitucional y legalmente asignados, el régimen de responsabilidad aplicable será el objetivo por riesgo excepcional; y iii) si la conducta estatal es también lícita, no riesgosa y se ha desarrollado en beneficio del interés general, pero produce al mismo tiempo un daño de naturaleza grave o anormal que impone un sacrificio mayor a un individuo o grupo de individuos determinado con lo que se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, el fundamento de la responsabilidad será también objetivo bajo la modalidad de daño especial. (Radicación 250002326000199500595-01 (18860), 2017)

Bajo este entendido, por antonomasia puede aseverarse que si el daño no es antijurídico deberá ser soportado por la víctima. La antijuridicidad hace referencia a la ausencia de justificación de la lesión en el derecho, que necesariamente debe recaer, se reitera, en un interés lícito o protegido por el ordenamiento. Este último punto es de gran relevancia, ya que los intereses

ilícitos, al igual que los inexistentes, no tienen protección jurídica y, por lo tanto, no son susceptibles de reparación (Pinzón Muñoz, 2016, págs. 121-122). En un pronunciamiento del Consejo de Estado se describió con precisión lo anterior, así:

Para que el interés afectado sea pasible de reparación, debe ser lícito, pues aunque existen un sinnúmero de actividades o situaciones que reportan un provecho para quien las desarrolla, no todas se encuentran en la esfera de permisión del derecho, de manera que aquellas que están por fuera de ese ámbito, pese a sufrir un detrimento, no harán parte de la categoría de daño antijurídico. De allí se sigue como consecuencia ineluctable, que cualquier daño que recaiga sobre un bien o interés ilegítimo, ilícito o contrario a derecho, será jurídico, justo o legítimo y en consecuencia, quien lo sufra se encuentra en el deber jurídico de soportarlo y ello es así, por cuanto sería un contrasentido que el derecho protegiera o restableciera el ejercicio de actividades ilícitas o ilegales. En consecuencia, el daño no sólo será jurídico cuando exista una norma o principio que lo autorice, o cuando no comporte una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, sino también cuando el bien sobre el que recae es ilícito, aun cuando no haya una norma expresa que permita su causación o que obligue al particular a padecerlo. Por tanto, es la 'juridicidad del interés conculcado [lo que] fija la injusticia del daño', de allí que, el centro de la discusión se centra es en la valoración de los intereses afectados, pues de eso depende si el daño merece o no ser resarcido. -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Radicación 05001-23-31-000-1997-01054-01(31185) )

Como complemento del anterior pronunciamiento, puede citarse la sentencia del 20 de noviembre de 2017 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se dijo:

Así las cosas, en orden a la reparación, no basta con la acreditación de la lesión material de un interés en el plano fáctico. Tampoco basta con la demostración de la lesión de un interés jurídicamente protegido, pues en tal caso, se habrá configurado un mero daño evento. Se hace necesario, que el daño produzca efectos personales y ciertos en los intereses jurídicamente tutelados de la víctima; que tal daño no tenga causa, o autoría en la víctima; y que no existe un título legal que conforme al ordenamiento constitucional, legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado, esto es, que la víctima no esté obligada a soportar sus consecuencias.

Reunidos los dos elementos, y acreditados los supuestos del elemento jurídico, puede decirse que se encuentra probado el daño antijurídico. -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Radicación 27001-23-31-000-2001-01799-01 (35820))

En la misma línea, la Corte Constitucional en sentencia C-286 de 2017 manifestó:

Esta Corporación ha sostenido que para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño: (i) ser cierto y personal y (ii) debe ser antijurídico. Se denomina daño



antijurídico, no sólo porque la conducta del autor de la lesión sea contraria al Derecho, sino también porque el sujeto que sufre el daño, -esto es, el asociado, la persona o la víctima del Estado-, ‘no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio que se le ha infringido, creándose así una lesión injusta’ que debe ser indemnizada.

40. **La antijuricidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada**, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, -caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente- (derivado de una actuación ilícita), o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar (derivado tanto de actuaciones lícitas como ilícitas). De estos escenarios se deriva que existen algunos daños que los asociados sí están en la capacidad y obligación de soportar, por los cuales no responderá el Estado. En otras palabras, no toda lesión o daño resulta antijurídico, ni debe ser reparado por el Estado. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

## 2.2 Causalidad e imputación

### 2.2.1 Teorías causalistas

Al pasar de los años, la doctrina se ha empeñado en buscar argumentos que justifiquen el juicio de imputación fáctica y, en ese sentido, permitan identificar un fundamento claro para atribuir responsabilidad a un sujeto. Las primeras teorías elaboradas para tal fin fueron las de naturaleza causal que parten, así sea solo formalmente, de las leyes de la naturaleza para determinar quién causó el daño. Sucintamente pueden relacionarse las principales teorías causales (Serrano Escobar, 2011, págs. 22-28; Barcia Lehmann, 2010, págs. 88-91; Molina Palacios, 2013, págs. 8-17; López Díaz, 2005, págs. 130-138):

- *Teoría de la equivalencia de las condiciones*: Fue construida por el penalista alemán MAXIMILIAN VON BURI, y señala que todas las condiciones o circunstancias que contribuyen al daño pueden ser consideradas causas del mismo. Los problemas de esta teoría son evidentes, pues no contaba con herramientas para individualizar el responsable de un resultado dañoso y, además, permitía una regresión hasta el infinito (*regressus ad infinitum*) al momento de averiguar la causa de un suceso. Por ello, esta teoría fue complementada con la técnica de corrección de

la *conditio sine qua non*, que se funda en un juicio ideal o hipotético donde si se elimina contrafactualmente una condición y el daño no tiene lugar, esa será su causa.

A pesar de esta técnica, la doctrina cuestionó la teoría de equivalencia de las condiciones porque necesariamente debía escogerse una causa para efectuar el proceso de supresión mental, lo que se derivaba de la incapacidad de aquella de individualizar por sí sola los factores que derivaban en el daño. Además, no servía para explicar situaciones de causalidad alternativa o concurrente porque en estos eventos la eliminación de una causa no impide la concreción del resultado. Con todo, la relevancia de esta teoría radica en su sustrato fenomenológico, con fundamento en el cual se edificaron los desarrollos posteriores.

- *Teoría de la causa próxima o final*: Formulada por FRANCIS BACON, indica que sería una tarea infinita estudiar la causa de las causas y sus influencias entre sí, de modo que debe acudirse a la última -más inmediata-, siempre que el resultado de la conducta fuera previsible. Las críticas que suscitó radicaban en que la mayor parte de las veces no es posible identificar inequívocamente cuál fue la causa más inmediata del daño y en ocasiones la raíz del mismo surge en una causa diferente a la final.

- *Teoría de la relevancia*: En esta teoría, expuesta por MEZGER, se buscó deslindar los conceptos de causalidad y responsabilidad, de modo que solo la causa jurídicamente relevante en la producción del daño generaba esta última. Esta teoría no elaboró instituciones que permitieran determinar tal relevancia, pero avanzó hacia el concepto de imputación.

- *Teorías de la causa eficiente o preponderante y de la preponderancia o el equilibrio*: La primera acude a criterios cualitativos o cuantitativos para establecer cuál fue la condición más activa en la irrogación del daño y, por ende, la que genera responsabilidad. Así, para identificar la causa del daño se acude al peso o eficacia de la circunstancia en relación con el resultado lesivo. Se relaciona con la segunda donde se afirma que, en un plano equilibrado de factores favorables y desfavorables, la causa de la lesión es aquella que imprime la dirección decisiva para el efecto indeseado. En este orden de ideas, todas las condiciones son necesarias para producir el resultado, pero se busca hallar aquella que haya tenido mayor influencia. La crítica de estas

teorías es su empirismo, que hace que no sea posible imponer reglas al análisis y deriva en una total discrecionalidad judicial.

- *Teoría de la acción humana*: Parte de la premisa consistente en que lo que proyecta la acción e interesa al derecho no es la causa natural sino el ser humano, que actúa libremente y modifica la realidad. Por esa razón, lo importante en el juicio de atribución es la probabilidad del resultado dañino y los cálculos hechos por el autor sobre el curso del fenómeno.

- *Teoría de la condición legal*: Separa la causalidad general o natural de los hechos concretos que se pueden subsumir en ella, que denomina causalidad concreta, donde la valoración del juez cobra relevancia.

Estas teorías no han tenido mucha acogida en la práctica debido a sus múltiples limitaciones e inconvenientes. No obstante, una teoría aparentemente causal, con ingredientes de las ya mencionadas, ha sido la de mayor uso en la responsabilidad civil y del Estado: la teoría de la causalidad adecuada.

### **2.2.2 Teoría de la causalidad adecuada**

La teoría de la causalidad adecuada fue planteada por primera vez por LUDWIG VON BAR, pero fue desarrollada posteriormente por JOHANNES VON KRIES (Serrano Escobar, 2011, págs. 28-30). Su núcleo reside en las reglas de la experiencia (*regla de vida*), a partir de las cuales busca delimitarse tanto la causa que dio lugar al daño como excluir los cursos causales atípicos. En este sentido, la causa de un daño es la que, según las reglas de la experiencia, es la más apta para producir el resultado (Molina Palacios, 2013, págs. 11-14). Se trata entonces de un juicio probabilístico que no tiene en cuenta todas las causas del resultado, sino que hace abstracción de algunas de ellas para adelantar el juicio de adecuación (Montealegre Lynett, 1987, págs. 263-265).

Esta teoría unifica los criterios de causalidad e imputabilidad, ya que no serán aspectos separados sino que confluyen en uno solo, pues determinándose la causa adecuada se encuentra al responsable del menoscabo, lo que la hace superior a las teorías que adolecían de esa falencia, especialmente la de equivalencia de las condiciones (Barcia Lehmann, 2010, pág. 95), pero también favoreció las críticas que existen en su contra en la actualidad (Montealegre Lynett, *ibíd.*). Para lograr el cometido, es necesario retrotraerse al momento de la acción y preguntarse si era de esperarse o no la concreción del daño. Este, que es el centro de la teoría, se conoce como *juicio de prognosis*, y no está exento de críticas.

En un primer momento, se consideró que la prognosis debía ser *subjetiva*, de modo que la previsibilidad debía examinarse teniendo en cuenta el conocimiento del autor de la conducta al momento de su realización. No obstante, esta posición impedía atribuir el daño a quien, aunque no conocía todas las circunstancias del hecho, tenía la posibilidad de conocerlas. Por esa razón se pasó a la prognosis *objetiva*, donde el punto de referencia ya no era el conocimiento del autor sino del hombre medio, que se comportara de manera prudente. No obstante, la crítica regresó en razón a que impedía la atribución a quien irrogara el daño con conocimientos superiores o específicos que favorecieran la configuración del hecho dañoso.

Por ende, se llegó a una solución intermedia, que corresponde a verificar si de acuerdo la experiencia general el resultado era conocido o cognoscible para el sujeto, pero además, si sus conocimientos especiales o excepcionales permitían inferir que un aspecto desconocido por el hombre medio era previsible para el autor de la conducta. En todo caso, el juicio deber realizarse *ex ante* y bajo las reglas de la experiencia, pero sin hacer un juicio de valor de culpabilidad, que corresponde a un análisis de otra etapa del estudio (*ibíd.*).

Las críticas de esta teoría se basan principalmente en que no se trata de una conceptualización causal sino de imputación, debido a que los cursos causales son inocuos sin la realización del análisis de adecuación, que es eminentemente jurídico. Así, al preguntarse por las reglas de la experiencia en los casos concretos, en realidad se está llevando a cabo una valoración jurídica del hecho. Relacionado con lo anterior, aun cuando se niegue la realización del juicio de culpabilidad, lo cierto es que al unir la causalidad con la imputación se está realizando, como se

dijo, una valoración jurídica, donde el límite entre la causa y la culpa en muchas ocasiones es difuso.

Por otra parte, se cuestiona que la teoría de la causalidad adecuada no proporciona mayores herramientas para efectuar el juicio de prognosis posterior. Así, las probabilidades estadísticas no es un criterio objetivo, sino que depende de la apreciación del operador judicial que está ligada eminentemente a los supuestos de hecho de los casos concretos (Serrano Escobar, 2011, págs. 30-32; Barcia Lehmann, 2010, págs. 97-98; López Díaz, 2005, pág. 137; Montealegre Lynett, 1987, pág. 265).

Finalmente, el reparo más importante radica en la imposibilidad de justificar los daños causados por omisión, donde no se configura una relación de causalidad de hecho. En estos eventos, es la inactividad la que origina la responsabilidad, de modo que no hay acción humana que produzca un resultado en términos fenomenológicos. Ante esta problemática, los partidarios de la causalidad adecuada han considerado que la misma no puede entenderse en términos naturalísticos, sino como un concepto de derecho denominado *causalidad jurídica*. Bajo esta concepción, se busca identificar si el comportamiento positivo no realizado hubiera impedido la concreción del resultado no deseado, caso en el cual existirá el nexo causal.

Empero, el análisis de esta solución ha desembocado en una nueva crítica, relativa a que con esta explicación definitivamente se llega a la conclusión de que la causalidad adecuada en realidad es un criterio de imputación porque, a pesar de su denominación, no tiene sustento en procesos causa-efecto sino en valoraciones jurídicas (Serrano Escobar, 2011, págs. 34-38). No obstante, esta circunstancia, como se vio anteriormente, hace parte de la esencia de la teoría, por lo que puede considerarse un reparo estructural.

Una visión intermedia -pero con cierto grado de confusión- es la expuesta por SAAVEDRA BECERRA (2018, pág. 1198). Para este autor, el problema relacionado con la causalidad e imputación reside en que no se diferencian adecuadamente las etapas en la que operan. Así, la causalidad vincula el daño con su hecho generador, mientras que la imputación une este último

con el responsable, de forma que el *nexo de causalidad* deviene de la calificación jurídica de la causa.

Como comentario adicional, vale la pena anotar que la jurisprudencia anglosajona actualmente determina si existe o no una relación causal entre una conducta y un resultado (*causation in fact*) bajo lo que se ha denominado *but-for test*. Con esta figura se trata de responder la pregunta *¿Qué hubiera ocurrido si el evento no se hubiese presentado?* (Baraona González, 2004, págs. 211-212). En este sentido, este test usa análisis hipotéticos y contrafactuales, especialmente en los eventos de omisión, con el propósito de establecer el vínculo en mención (Fischer, 1992, pág. 1341). Sin embargo, este análisis tiene un nivel adicional llamado *causation in law*, donde se acude a construcciones netamente jurídicas o normativas para corregir las falencias del análisis fenomenológico, siendo su sustrato general la previsibilidad *-foreseeability-* (Baraona González, *ibíd.*).

Una de ellas, de relevancia partiendo de quienes la propusieron, es el llamado *NEES test* (*Necessary Element of a Sufficient Set test*), que fue formulada originalmente por H.A. HART y ANTONY HONORÉ y posteriormente fue enriquecida por RICHARD WRIGHT, que tuvo la pretensión de ofrecer mejores herramientas para solucionar casos difíciles. Esta construcción contempla el criterio de necesidad del *but-for test*, pero subordinado al concepto de suficiencia, como se explica enseguida<sup>20</sup>: *“a particular condition was a cause of (condition contributing to) a specific consequence if and only if it was a necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the consequence”* [una condición particular fue una causa de (condición que contribuye a) una consecuencia específica si y solo si era un elemento necesario de un conjunto de condiciones reales precedentes que eran suficientes para la ocurrencia de la consecuencia] (Fischer, 1992, pág. 1348).

No obstante, la corrección tradicional de la *causation in fact* emplea las doctrinas de *remoteness test*, *foresight test* y *harm-within-the-risk test* para descartar las causas más remotas, las más imprevisibles e improbables y las que no alcanzaron a materializar el daño, respectivamente, las cuales se

---

<sup>20</sup> WRIGHT añade un aspecto temporal referido a la actualidad del conjunto de condiciones suficientes (Fischer, 1992, págs. 1348-1349; Baraona González, 2004, págs. 213-214).

engloban en el concepto de *proximate causation* -que SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE asimilan a la teoría de imputación objetiva- (2006, pág. 7).

Así las cosas, puede observarse que el análisis efectuado en el sistema anglosajón se asemeja al del sistema continental, ya que parte de la aplicación de la *conditio sine qua non*<sup>21</sup> para luego introducir elementos valorativos como la previsibilidad o la suficiencia, que tienen una esencia jurídica.

Aun cuando la causalidad adecuada es una teoría ampliamente aceptada por el Consejo de Estado, estos cuestionamientos han llevado a que poco a poco se vaya abriendo paso la aplicación de la teoría de imputación objetiva, con fin obtener una justificación dogmáticamente más correcta del juicio de atribución -más prolíficamente en los casos de omisión- (Patiño Domínguez, 2015).

### 2.2.3 Teoría de imputación objetiva y sus instituciones

La teoría de la imputación objetiva nació como respuesta a la crisis del dogma causal derivado de la insuficiencia que tenían las teorías antes expuestas para justificar técnica y racionalmente el juicio de atribución de responsabilidad. Su origen se encuentra en la doctrina penalista que, como lo relata REYES ALVARADO (2005), se veía frecuentemente desafiada por casos donde la atribución de responsabilidad con base en la causalidad no generaba respuestas coherentes ni justas; no obstante, no surgió primigeniamente como un conjunto organizado de conceptos e

---

<sup>21</sup> “The *sine qua non*, or ‘but-for test’ is the most widely accepted test for determining cause in fact. Under this test, an act is not a cause of a harm unless the harm would not have occurred in the absence of the act. This is a test of necessary causation. That is, in order for the act to cause a harm, the act must have been necessary for the occurrence of the harm. // The but-for test is not a definition of ‘cause’ in the sense that it tells us what that word means. Rather, it is a test that is sometimes helpful for determining when cause is present. The but-for test identifies those conditions necessary to produce a result” [El test *sine qua non*, o “si no fuera porque” es el test más ampliamente aceptado para determinar la causa de hecho. Bajo esta prueba, un acto no es causa de un daño a menos que el daño no hubiera ocurrido en la ausencia del acto. Esta es una prueba de causalidad necesaria. Es decir, para que el acto cause un daño, el acto debe haber sido necesario para la ocurrencia del daño. // El test “si no fuera porque” no es una definición de “causa” en el sentido de que nos dice lo que significa esa palabra. Más bien, es una prueba que a veces es útil para determinar cuándo está presente la causa. El test “si no fuera porque” identifica esas condiciones necesarias para producir un resultado] (Fischer, 1992, pág. 1338).

instituciones, sino como la agrupación de los mismos -unos nuevos y otros tradicionales en la dogmática penal- que posteriormente adquirió la denominación en mención.

Así, con sustento en construcciones de HEGEL, LARENZ y HÖNING, la teoría de imputación objetiva se propuso diferenciar los interrogantes *¿quién causó el daño?* y *¿a quién le es atribuible el daño?*, cuyas respuestas no siempre coincidirán. Lo anterior se resume en la máxima expresada por GARCÍA AMADO (2013, págs. 258-259): *“Ni hay responsabilidad de un sujeto siempre que el comportamiento de éste se inserta en la cadena causal que lleva a la producción del daño, ni se inserta dicha conducta en tal cadena causal siempre que al sujeto se le imputa responsabilidad por el daño”*.

Esta premisa es más clara en dos modalidades específicas de responsabilidad, como son la responsabilidad por omisión<sup>22</sup> y la responsabilidad por el hecho ajeno. En la primera, resulta claro que no existe relación de causalidad entre el daño y el comportamiento de a quien se le atribuye siguiendo el aforismo *ex nihilo nihil fit*, que señala que de la nada, nada surge. Así, no puede afirmarse que quien no interviene en el proceso causal pueda conectarse fenomenológicamente al resultado, aunque a pesar de lo anterior pueda ser declarado responsable (Díaz-Regañón García-Alcalá, 2003, págs. 20-21). En el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno (por el hecho de las personas a cargo, de los animales o de las cosas) quien responde no causa el daño, pero le es atribuible por la existencia de un imperativo normativo de conducta que es defraudado (Serrano Escobar, 2011, págs. 164-167).

Frente a lo anterior, la doctrina clásica civilista recalca que la causalidad no es natural en estricto sentido sino jurídica, así que la participación en el proceso causal no se define por la existencia de una acción sino por la omisión en la evitación del resultado<sup>23</sup> (Serrano Escobar, 2011, págs. 20-21). No obstante, los partidarios de la teoría de imputación objetiva sostienen que la única

---

<sup>22</sup> En estos escenarios es donde la teoría de imputación objetiva muestra su mayor fuerza, tal vez porque su formulación devino de los problemas que planteaba la adecuación típica en los delitos culposos o imprudentes en materia penal, que comúnmente se producen por omisiones (Reyes Alvarado, 2005, pág. 192).

<sup>23</sup> *“La insuficiencia de las teorías causales ha sido puesta de presente por la doctrina mayoritaria penal y, en la actualidad, por los teóricos de la responsabilidad civil, quienes, sin renunciar por completo al mal llamado nexo causal, sí han reconocido la necesidad de reformular la aplicación de la causalidad para determinar la atribución de un resultado en cabeza de una persona o ente jurídico, razón por la cual inclusive en este último campo del derecho se abre paso a la teoría de la imputación objetiva para solucionar las deficiencias que se han advertido”* (Gil Botero, 2013, págs. 477-478).



teoría de causalidad es la de la equivalencia de las condiciones, pues las demás introducen ingredientes valorativos que alejan el examen de las relaciones fenomenológicas (causa-efecto) para centrarlo en análisis predominantemente jurídicos. Asimismo, se alude a que la causalidad natural ha sido puesta en duda con la mecánica cuántica, de donde se deduce que la ley natural no es implacable y perfectamente constante (Montealegre Lynett, 1987, pág. 267). Por lo tanto, se parte de la premisa de que la causalidad se sitúa en el plano del *ser*, mientras que la imputación en la del *deber ser* -la indiferenciación de estos criterios se denomina “*la falacia naturalista*”- (López Díaz, 2005, pág. 124).

Bajo este panorama, la imputación objetiva parte de la idea de la *sociedad del riesgo*, que explica que en la sociedad actual (post-revolución industrial) el común denominador es el riesgo, el cual permite las interacciones y el desarrollo. Existe entonces riesgo en todo contacto social, desde un apretón de manos que puede transmitir un virus mortal, hasta el aprovechamiento de la energía nuclear. Este no solo es necesario sino imprescindible en la vida diaria, ya que limitarlo o eliminarlo podría dar lugar a una parálisis económica o social (Pinzón Muñoz, 2016, págs. 87-90; Valencia Caballero, 2013, pág. 124).

Siendo el riesgo, por ende, ineludible, fuerza concluir que no todo daño producido por la concreción del mismo puede generar responsabilidad, ya que precisamente el ordenamiento pretende propiciar las interacciones sociales. PINZÓN MUÑOZ lo explica de la siguiente forma (2016, págs. 87-88):

la sociedad contemporánea no puede ya darse la liberalidad de evitar el riesgo, o prohibirlo, en la medida en que es ese andamiaje de peligros es que le permite al mismo subsistir.

De ahí que deben confluír en la vida diaria actividades peligrosas que per se no son relevantes para el derecho, como ocurre con eventos menores en el tráfico rodado; piénsese en el conductor que se duerme y sufre un accidente menor; o en el operario que se mutila una mano por un parpadeo en su labor. Y al mismo tiempo otras que, cuando trascienden la esfera de esa barrera casi invisible de lo permitido, se entronizan a través del sistema jurídico para activar un reproche. Hoy los daños resarcibles y atribuibles a la administración son riesgos jurídicamente desaprobados que por esa condición se convierte (sic) en una lesión; pero hay otros daños que no pueden ser imputados a nadie y que por ese hecho no generan responsabilidad ni la consecuente responsabilidad (sic): son los riesgos permitidos que se hacen daños (materializados), hechos negativos que deben ser asumidos por la víctima sin que el Estado tenga el deber jurídico de responder.

Para determinar a quién le es atribuible un daño producto de la concreción de un riesgo, la teoría de imputación objetiva analiza el asunto desde una perspectiva teleológica-funcional a partir de una construcción básica, que es el rol. Como sostiene MOLINA PALACIOS (2013, pág. 43), los roles son los que determinan los límites de la responsabilidad. Así, por ejemplo, no es posible exigir el cumplimiento de los mismos deberes a quien organiza una actividad deportiva de alto riesgo y a quien asiste como simple espectador, ya que el rol que cumplen dentro de la interacción social es diferente. El rol, a su vez, debe examinarse contextualmente, porque una misma persona puede desempeñar varios roles en diferentes momentos y frente a determinadas circunstancias, así que la responsabilidad depende de la situación concreta (Reyes Alvarado, 2005, págs. 195-196). Por lo tanto, habrá responsabilidad cuando, en el ejercicio de un rol social, (i) se ha configurado un riesgo desaprobado y (ii) este riesgo se concreta generando un resultado dañoso (Cancio Meliá, 2005, pág. 91; Gil Botero, 2013, págs. 482-483).

Este es el fundamento de las siguientes instituciones que, siguiendo a JACKOBS, tienen como finalidad determinar en qué casos una lesión es atribuible a la conducta (activa u omisiva) de un sujeto con base en las obligaciones exigibles a su rol (Pinzón Muñoz, 2016, págs. 341-354; Serrano Escobar, 2011, págs. 63-67; Gil Botero, 2013, págs. 481-492; López Díaz, La teoría de la imputación objetiva, 2005, págs. 142-169):

- *Riesgo permitido*: Explica que no es el rol de un ciudadano eliminar cualquier riesgo de lesión a otro, de modo que la concreción de un daño a partir de un riesgo permitido en principio no da lugar a imputación. En otras palabras, serán imputables los daños que se deriven del incremento de un riesgo permitido o la creación de un riesgo desaprobado. Así, el interrogante que surge consiste en cómo puede determinarse si un riesgo es o no permitido. Para JACKOBS, en la mayor parte de los riesgos permitidos no es posible aplicar un baremo técnico, probabilístico o una ponderación de costo-beneficio, independientemente de la previsibilidad de su magnitud, ya que esos escenarios no han sido socialmente aceptados con base en esos instrumentos. Por esa razón, se colige que el riesgo es permitido porque cuenta con *legitimación histórica* dentro de la comunidad organizada (López Díaz, 2005, pág. 152), esto es, han sido legitimadas por la tradición, que no necesariamente es sinónimo de antigüedad sino consenso en su recepción (Salvador Coderch & Fernández Crende, 2006, pág. 11).

Igualmente, la doctrina ha sistematizado una serie de pautas que delimitan el riesgo permitido del desaprobado, que son (i) las normas jurídicas, que recogen pautas de comportamiento que regulan la conducta interferida; (ii) las normas técnicas y la *lex artis*, que señalan procedimientos recogidos por agremiaciones particulares cuando realizan actividades que conllevan un riesgo; (iii) la figura del modelo diferenciado, que explica que cuando no existen en un caso específico las dos anteriores debe tomarse como modelo de conducta la conducta que habría seguido un hombre prudente y diligente en la misma posición; (iv) el deber de advertir el peligro y los deberes de información, que se traduce en un deber de examen previo del riesgo y valoración de la propia capacidad para realizar la acción; y (v) el significado social del comportamiento, que opera cuando no puede acudirse a ninguna de las anteriores pautas e implica acudir a criterios materiales que legitiman la creación del riesgo, como su utilidad social, inevitabilidad, necesidad o aceptación.

- *Adecuación*<sup>24</sup>: Según esta institución una conducta es riesgosa cuando es generalmente adecuada para la causación del resultado, y es adecuada cuando se aumentan de una manera significativa las posibilidades de producción de ese resultado (López Díaz, 2005, pág. 143). En este sentido, la institución de la adecuación está relacionada con la *causalidad adecuada*, lo cual principalmente se evidencia en los criterios para determinar la adecuación de la conducta:

- a) Formación de las bases de juicio de adecuación: Para conformar el contexto de la adecuación debe acudirse a la prognosis posterior objetiva, esto es, incluir todas las circunstancias conocidas o cognoscibles por un hombre prudente al momento de la acción, complementada con la prognosis subjetiva, que corresponde a los conocimientos especiales de quien desarrolla la conducta.

Respecto a este punto podría afirmarse que, así como existen personas con conocimientos especiales en determinada situación, también las hay con conocimientos inferiores, que en su ignorancia pueden causar un daño. En estos escenarios, siguiendo

---

<sup>24</sup> La doctrina no es uniforme en la ubicación del criterio de adecuación en la teoría de imputación objetiva, esto es, si está inmersa o es sinónima del criterio del riesgo permitido o si se trata de una institución independiente (Salvador Coderch & Fernández Crende, 2006, págs. 8-10; López Díaz, 2005, pág. 148).

a ROXIN, la doctrina ha acudido a la siguiente máxima: *hay que generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba*. Esto significa que los conocimientos inferiores a la media no se tienen en cuenta, en cambio, los superiores sí para efectos de determinar la previsibilidad del resultado (Cancio Meliá, 2005, págs. 218-219).

- b) Grado de tendencia: Se refiere al incremento de las posibilidades de producción del resultado dañoso. De acuerdo a la doctrina mayoritaria en materia penal, la tendencia crece cuando se crea una seria posibilidad de concreción de la lesión y el operador judicial, acudiendo a la experiencia, se hace a la idea de que el resultado era igual o más que *muy posible*, con el fin de no sancionar conductas de peligrosidad irrelevante. En materia de responsabilidad civil y del Estado puede llegarse a la misma conclusión con consideraciones similares, aun cuando sea disímil la finalidad del derecho de daños respecto del penal.
- c) Determinación del resultado: Trata de decidir si el resultado se deriva de la conducta inicialmente analizada mediante la prognosis posterior objetiva o con la inclusión de otras causas.

- *Principio de confianza*: De acuerdo con esta institución, los ciudadanos deben poder confiar en que, si respetan el rol social que desempeñan, los demás también lo harán, así que no habrá lugar a imputar responsabilidad a quien actuó con base en esa confianza. La doctrina informa que este principio se aplica en cuatro ámbitos fundamentales: (i) tráfico automotor, (ii) trabajo en equipo, (iii) la solución de casos en los que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero, y (iv) en los problemas de realización de riesgos.

Sin embargo, el principio de confianza no es absoluto, sino que tiene las siguientes excepciones:

- a) Cuando puede inferirse que el otro participante en el tráfico defraudará las expectativas de su rol.

- b) En virtud de la condición de los intervinientes, como niños, incapaces y ebrios, en razón a que el principio de confianza se basa en la autorresponsabilidad. En este caso opera el principio de defensa.
- c) En los eventos en los que el deber de cuidado consiste en la vigilancia y control de otras personas que se encuentran bajo su dependencia. Este es el típico caso de la división del trabajo, donde el principio de confianza tiene facetas diferentes dependiendo del tipo de relación. Cuando se trata de relaciones horizontales, esta institución funciona bajo su concepción general y solo se modificará en el evento en que se produzca una *ruptura de la normalidad* en la interacción social. Diferente ocurre cuando se trata de una relación vertical, el principio de confianza tiene una mayor limitación en razón de la existencia de los deberes secundarios de (i) selección, instrucción y coordinación, y (ii) vigilancia, control y supervisión, que recaen sobre el superior respecto del subordinado y cuyo cumplimiento permite que pueda confiar en el rol desempeñado por este último (Vallejo Jiménez, 2014, pág. 74; Medina Frisancho, 2010, pág. 67).

- *Posición de garantía*: Surge de la vida en comunidad y consiste en la posición que el ordenamiento le otorga a un sujeto frente a otro, en la cual está obligado a intervenir para impedir los daños que el último pueda sufrir.

Este deber ha sido demarcado de forma diferente en la doctrina, como lo señala SERRANO ESCOBAR (2011, págs. 38-45) . Por un lado, la corriente tradicional expone que se trata de un *deber de evitación del resultado*, lo que significa que debe establecerse prácticamente con seguridad (una probabilidad a máximo grado) que la realización de la conducta omitida hubiera evitado la concreción del daño. Por otra parte, una corriente más moderna critica la anterior postura en razón a que establecer un estándar tan alto para verificar que un hecho que no se materializó hubiera impedido la existencia de la lesión haría, si no imposible, muy difícil imputar un menoscabo propiciado por una omisión a un sujeto. Por ende, lo que debe indagarse, según esta tesis, es si la realización de la conducta omitida hubiera *disminuido el riesgo* de concreción del resultado, esto es, si la conducta del garante mantuvo o disminuyó el nivel de riesgo dentro de lo socialmente permitido.

Sobre el fundamento de la institución de la posición de garante no existe consenso -la creación de riesgos o el principio de solidaridad-, pero sí de sus modalidades (Gil Botero, 2013, págs. 486-489; López Díaz, 2006, págs. 155-159). Así, de un lado, la posición puede originarse en el tráfico o el contacto social con la introducción de riesgos que pueden concretarse causando daños -deberes de seguridad en el tráfico-, el deber de solidaridad frente a alguien que ha sufrido un menoscabo -deberes de salvamento-, o por la asunción del deber de protección del bien jurídico (*posición de garante relacional u organizacional*); y de otro, puede derivarse de instituciones básicas del Estado y la sociedad, como la familia (*posición de garante institucional*). En ambos casos la posición y, por consiguiente, el deber de intervención es impuesto por el ordenamiento, empero, en la primera modalidad el sujeto tiene cierto grado de libertad para asumir el rol, mientras que en la segunda la siempre será una carga obligatoria (Gil Botero, *ibíd.*).

No obstante, la posición de garante cuenta con límites que restringen su ámbito de aplicación. Naturalmente, la exigencia del rol es uno de ellos, ya que la responsabilidad del garante termina donde finaliza su deber de intervención. En otras palabras, si el contenido de la posición de garante se restringe a cierto tipo de interacciones, los daños producidos fuera de ellas no serán imputables al garante como, por ejemplo, en el caso del menor que termina la jornada escolar y sufre un daño mientras se dirige a su hogar. En ese escenario, la institución educativa ostenta una posición de garante de carácter institucional frente al menor, pero circunscrita a las actividades adelantadas bajo su organización y dirección, así que cuando el estudiante termina la jornada y sale de las instalaciones el rol de garante desaparece y los menoscabos que padezca no le son atribuibles. En otras palabras, no hace parte de las exigencias del rol asumido por la institución precaver los daños ocasionados en actividades diferentes a las que están bajo su órbita de intervención.

Asimismo, existe un límite material referido a que el garante tenga la posibilidad física de evitar o disminuir el riesgo de concreción del resultado (Montealegre Lynett, 1987, pág. 308), lo que se acompasa con la máxima del derecho que reza que *nadie está obligado a lo imposible*.

Mientras que GIL BOTERO (2013, pág. 482) considera que es el riesgo permitido la institución básica de la teoría de imputación objetiva porque todas las demás instituciones giran en torno a

la identificación de cuándo un comportamiento ha dado lugar a la concreción de un riesgo desaprobado, REYES ALVARADO (2005, pág. 196) considera que lo es la posición de garante, ya que los ámbitos de competencia de cada individuo determinan si puede serle imputado un comportamiento.

- *Acción a propio riesgo*: Es aquella donde la víctima desconoce su deber de autoprotección -o incumbencia de autoprotección- (Medina Frisancho, 2010) y, debido a su conducta, se produce el daño. Así las cosas, si la víctima fue quien quebrantó su rol, es ella la que debe asumir el daño -el titular de los bienes jurídicos es el principal garante de la protección de los mismos- (López Díaz, 2006, pág. 121). Para que la actuación a propio riesgo se configure y, eventualmente, excluya la actuación de un tercero, deben reunirse los siguientes requisitos (López Díaz, 2006, pág. 145; Gil Botero, 2013, pág. 490):

- a) La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre la realización o no de la actividad que entraña riesgo y la forma como se desarrollará. Cuando se pierde dicho control, no podrá hablarse de acción a propio riesgo como, por ejemplo, (i) cuando hay extralimitación de un tercero en una organización conjunta, y (ii) cuando hay transgresión de los deberes de cuidado dentro de la misma.
- b) La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con conocimiento o cognoscibilidad del riesgo y capacidad de comprender su dimensión. Esto excluye la inmadurez psicológica, los trastornos mentales (transitorios o permanentes), la preordenación de un trastorno mental, la minoría de edad y la existencia de una cosmovisión diferente por pertenecer por ejemplo, a una comunidad indígena.
- c) El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico (no debe ostentar una posición de garante respecto de la persona que se autopone en peligro)

Como comentario adicional, el concepto de acción a riesgo propio es similar al del hecho exclusivo de la víctima, que hace parte de la doctrina tradicional de la responsabilidad extracontractual (Gil Botero, *ibíd.*).

- *Prohibición de regreso*: Su finalidad radica en eliminar la atribución a los sujetos que, a pesar de haber participado en el proceso causal generador del daño, no concretaron el incremento del riesgo permitido o la creación del riesgo desaprobado, debido a que su contribución fue inocua o, en todo caso, no determinante. En este sentido, no cabe imputar responsabilidad a quien, intencionalmente o no, realiza una conducta socialmente adecuada que es usufructuada por otro sujeto para causar un daño, siempre que la misma sea adelantada dentro del riesgo permitido (López Díaz, 1996, págs. 140-141).

Esta institución tiene dos límites; primero, no quedará cubierto por la prohibición de regreso quien inicialmente realiza una conducta inocua y luego la adapta conscientemente al contexto lesivo para favorecer su concreción. Segundo, tampoco puede beneficiarse de esta figura quien ostenta una posición de garante respecto del bien lesionado (Medina Frisancho, 2010, pág. 70; Salvador Coderch & Fernández Crende, 2006, pág. 13).

- *Fin (o ámbito) de protección de la norma*: Su concepción en el derecho penal se justifica en razón a que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, sino para evitar la concreción de unos determinados. Así las cosas, si se infringe una de esas normas pero el resultado lesivo que se concreta no es de los que pretende evitar, no es posible imputar responsabilidad al sujeto. SALVADOR CODERCH (2006, pág. 15) lo define así: “*La infracción de una norma cuya finalidad no es proteger el bien jurídico lesionado no puede ser esgrimida para imputar el resultado dañoso al agente*”. Además, para determinar cuál es el fin de protección de la norma puede acudir a cualquier método de interpretación jurídica (López Díaz, 2005, págs. 162-163).

Se trata entonces de delimitar los riesgos que pretende minimizar la norma y verificar si la actuación del sujeto los concretó o si, por el contrario, aunque defraudó su rol, su comportamiento no produjo el resultado cuya realización la norma quería evitar. MOLINA PALACIOS (2013, págs. 111-112) explica que deben buscarse desde la perspectiva *ex ante* los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la conducta prohibida y, desde la perspectiva *ex*



*post*, verificar cuál fue el riesgo concretado como producto de la conducta prohibida desplegada por el sujeto. De ahí que los criterios de incremento del riesgo permitido y el ámbito de protección de la norma son complementarios.

Esta es la última etapa de la imputación objetiva, que completa el binomio *configuración de un riesgo desaprobado/ concreción del riesgo desaprobado*. No obstante, para solventar este nivel del análisis, junto con el ámbito de protección de la norma de cuidado aparece otro concepto, conocido como el *comportamiento alternativo conforme a derecho*. Dentro de esta denominación se engloban los casos en los que, aun cuando se ha infringido un deber de cuidado, se demuestra que con un alto grado de probabilidad -o incluso, con seguridad- el resultado dañoso de todas formas se habría producido si se hubiera observado el referido deber.

Frente a estos casos, ROXIN planteó que debe adelantarse un análisis *ex post* donde se verifique si el incumplimiento del deber objetivo por parte del sujeto incrementó o no el riesgo, esto es, la probabilidad de configuración del daño, caso en el cual puede realizarse la imputación. En los casos de omisión, basta con el que el sujeto disminuya la posibilidad de salvación del bien jurídico para entender que la defraudación de la expectativa conlleva responsabilidad. Por el contrario, si el comportamiento no incrementó el riesgo o redujo la posibilidad de salvación del bien jurídico, aunque se hubiera incumplido el deber objetivo de cuidado, no podrá atribuirse el daño al sujeto (López Díaz, 2005, págs. 163-165). Empero, CANCIO MELIÁ (2005, págs. 112-113) critica esta postura y afirma que lo que verdaderamente ocurre es que se desconoce si fue el riesgo configurado por el incumplimiento del deber objetivo de cuidado u otro el que da lugar al resultado lesivo, por lo que la falta de prueba impide la imputación.

Para finalizar este punto, GIL BOTERO (2013, pág. 492) señala que el fin de protección de la norma guarda una estrecha semejanza con la teoría de la falla en el servicio, donde se examina el contenido obligacional a cargo del Estado para identificar si existía un deber objetivo para el caso concreto, cuya vulneración da lugar a la declaratoria de responsabilidad; por esa razón, algunos doctrinantes consideran que no es aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado, que puede ser tanto subjetiva como objetiva, y donde la tipicidad de la conducta es estricta, cuestión que no ocurre con los deberes estatales.

Aun cuando hay autores que proponen otras instituciones, como el principio de insignificancia o el criterio de provocación (Salvador Coderch & Fernández Crende, 2006; Molina Palacios, 2013), sobre estos conceptos se construye una visión normativa y objetiva del juicio de atribución fáctica.

La recepción de la teoría de imputación objetiva en la jurisprudencia colombiana por fuera del ámbito penal ha sido mixta. El Consejo de Estado, aunque no de manera constante ni uniforme, ha comenzado a aplicarla en la solución de casos, principalmente en los asuntos de responsabilidad por omisión, responsabilidad médica, responsabilidad de la fuerza pública frente la concreción de riesgos que afectan a los ciudadanos y, de manera más reducida, en eventos de privación injusta de la libertad (Gil Botero, 2013, págs. 493-510). Por su parte, PATIÑO DOMÍNGUEZ (2015, págs. 179-180), retrata la evolución jurisprudencial al respecto señalando que en los daños producidos por acción de forma predominante el Consejo de Estado emplea la teoría de la causalidad adecuada, mientras que en los que se originan en omisiones o en los hechos violentos de terceros ha crecido la aplicación de la teoría de imputación objetiva<sup>25</sup>. Sin embargo, existen voces que propenden por el regreso del dominio pleno de la causalidad adecuada, como se evidencia en la siguiente transcripción:

### 3.3.- El nexos de causalidad.

En este punto, sea lo primero aclarar, como lo ha establecido la doctrina al analizar alguna parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación que *‘[c]uando el daño derive de una acción de la autoridad pública, se acude a la comprobación del nexos de causalidad por medio del análisis de la teoría de la causalidad adecuada’*, mientras que la tendencia en algunas providencias ha sido la de considerar que *‘cuando el daño deriva de una omisión o de un hecho violento causado por un tercero, la imputación fáctica no se estructura haciendo juicios de causalidad, sino realizando valoraciones estrictamente jurídico-normativas’*, por ello, **en un criterio que la Sala hace suyo, se requiere -y así lo hará- retomar la ‘aplicación de la teoría de la causalidad adecuada ... en la medida en que se [analiza] la previsibilidad de**

---

<sup>25</sup> REYES ALVARADO (2005, págs. 194-201) hace una importante precisión frente a la viabilidad de la aplicación de la teoría de imputación objetiva frente a los delitos dolosos y tentativas, explicando que una concepción normativista de la mima (reconceptualizando la imputación objetiva y la subjetiva en el juicio de adecuación típica) permite desencasillarla del delito imprudente. Extrapolando esta afirmación, puede aseverarse que esta teoría también puede justificar la atribución de responsabilidad estatal en los daños producidos por acción, aunque la jurisprudencia continúe con la corriente tradicional en este aspecto.

***ocurrencia del daño y las probabilidades efectivas que tenía la autoridad pública para evitarlo de haber actuado? (...)***” -Negrilla fuera del texto original- (Radicación 25000-23-26-000-2003-01435-02(33967), 2015)

De otro lado, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que ha referido la necesidad de replantear la estructura del juicio de responsabilidad extracontractual para pasar del esquema clásico a uno más similar al empleado por el Consejo de Estado bajo la lógica daño-imputación, se ha distanciado expresamente del uso de la teoría de imputación objetiva. En sentencia del 30 de septiembre de 2016, la Corte cuestiona el uso de las teorías causalistas para justificar la imputación fáctica<sup>26</sup>, así como el entendimiento de la culpa como un aspecto subjetivo para realizar la imputación subjetiva, pero a su vez afirma lo que sigue sobre la teoría de imputación objetiva:

No está de más aclarar que esta imputación no lleva implícito el reproche de la conducta por haber creado un riesgo jurídicamente desvalorado y realizado en el resultado concreto típico, tal como se la suele entender en la dogmática del derecho penal, para cuya determinación la división entre la *imputatio facti* e *imputatio iuris* carece de toda importancia. **De ahí que nada tiene que ver con la ‘teoría de la imputación objetiva’ que se ha desarrollado en aquella área recientemente.**  
(...)

Por cuanto la ‘imputación objetiva penal’ es, en últimas, el juicio de desaprobación de la conducta a partir de la descripción contenida en un tipo penal, y en materia de responsabilidad extracontractual no existe esa censura previamente incorporada a una norma típica; **entonces es teórica y prácticamente imposible cualquier intento de aplicar la denominada ‘teoría de la imputación objetiva’ al campo civil.** Criterios propios de la teoría del delito penal, tales como la creación de un riesgo no permitido, el fin de protección de la norma, la prohibición de regreso, etc., no son compatibles con el marco de sentido jurídico de esta área del derecho, circunscrita a indemnizar integralmente los daños ocasionados bajo las circunstancias propias del instituto de la responsabilidad extracontractual. (...)” -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Sentencia SC13925-2016)

Cabe resaltar que esta sentencia tuvo un salvamento de voto donde -no del todo justificadamente- se cuestiona la introducción de criterios normativos dentro del juicio de

---

<sup>26</sup> Aun cuando en esta providencia se indica, a partir de una cita doctrinal, que “*la doctrina de la imputación objetiva no sería propiamente imputación, sino interpretación y subsunción*”, la Sala de Casación Penal de la misma Corporación ha sostenido que aquella permite determinar la atribuibilidad del resultado lesivo al comportamiento de un sujeto (Sentencia SP8759-2016, 2016), lo cual claramente se encuadra dentro de la categoría de imputación.

responsabilidad civil extracontractual, catalogándolos simplemente de novedad con poco fundamento, y frontalmente rechaza la aplicación de la teoría de imputación objetiva.

Más recientemente, en sentencia del 12 de enero de 2018, el Alto Tribunal desarrolló los anteriores reparos y construyó una extensa serie de críticas concretas a la aplicación de la teoría de imputación objetiva (que no es posible analizar en detalle debido a los límites del presente estudio), después de defender el concepto de imputación como se lee enseguida:

Basta constatar que el nexo causal no es un objeto perceptible por los órganos de los sentidos para admitir de manera concluyente que no es un elemento susceptible de demostración por pruebas directas sino por inferencias lógicas que el juez realiza a partir de un marco de sentido jurídico que le permite comprender la evidencia probatoria para hacer juicios de atribución. La falta de reconocimiento de tal situación conduce a dejar de elaborar los enunciados probatorios con base en un *argumentum ad ignorantiam* (ausencia de prueba como prueba de ausencia), pasando por alto que 'la causalidad' que interesa al derecho no es un objeto que pueda hallarse en la naturaleza sino una hipótesis que el juez debe construir.

(...)

Lo anterior deja al descubierto que la **imputación civil** no es una postura caprichosa, ni obedece al deseo de introducir novedades jurisprudenciales innecesarias; sino que es un requerimiento ineludible del instituto de la responsabilidad civil para señalar pautas claras que permitan seleccionar las condiciones que se estiman jurídicamente relevantes para atribuir responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, así como para valorar la incidencia de la conducta de las víctimas a partir de sus posibilidades de creación de riesgos o de su exposición al peligro que no crearon. -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Sentencia SC002-2018)

Más allá de las críticas que propone la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que la teoría de imputación objetiva continúa teniendo retos en cuanto a su adaptación a ramas diferentes al derecho penal, creado con normas expresamente prohibitivas, y respecto de la responsabilidad donde no media culpa o falla, ya que en estos eventos no se configura la defraudación de una expectativa ni el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado.

## 2.3 Contenido obligatorio exigible en materia médica

### 2.3.1 La falla en el servicio como el incumplimiento de un contenido obligatorio

El concepto de falla en el servicio surgió con “*L'école des services publics*” (o Escuela de Burdeos), que consideraba los servicios públicos como aquellos prestados u organizados por la Administración Pública con el fin de satisfacer el interés general (Montaña Plata, 2008, págs. 170-172). Siguiendo esta línea, con influencia del doctrinante clásico francés DUEZ, el primer entendimiento que se dio al concepto de falla en el servicio es el que indica que esta se configura cuando *el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente*, que aun cuando es relativamente pobre por su simplicidad, marcó huella al punto de que aún es referido en providencias judiciales.

En la evolución del concepto, SAAVEDRA (2018, págs. 290-295) también menciona otras construcciones con las que se define la falla en el servicio, como la violación al derecho subjetivo al funcionamiento correcto del servicio público, que supone la defraudación de las expectativas legítimas de los ciudadanos; o la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, que posteriormente originó uno de los títulos de imputación de naturaleza objetiva.

HENAO (2003), por su parte, sistematiza el concepto de falla en el servicio a partir del de obligación y los principios de legalidad y funcional. Indica que los mandatos normativos crean obligaciones a favor del ciudadano y a cargo del Estado, los cuales deben ser cumplidos por la Administración debido a que esa es su razón de ser. Para verificar el cumplimiento de los aludidos preceptos es indispensable remitirse al contenido de dichas obligaciones; es decir, no solo a la obligación en sí misma, que se traduce en una prestación, sino en todas las características de tiempo, modo y lugar en que debe acatarse (Hinestrosa, 1969, págs. 25-27).

Ahora bien, en caso de que el contenido obligatorio esté claramente delimitado en la ley, su incumplimiento significa una transgresión al principio de legalidad, frente al cual el Estado debe responder. Si el referido contenido obligatorio no tiene tal grado de determinación o, incluso,

si se extrae de las funciones y finalidades genéricas de la entidad, la condena se derivará del incumplimiento del principio funcional. En el primer caso será sencillo identificar la responsabilidad de la Administración; empero, en el segundo será el Juez quien deberá demarcar la existencia y contornos del contenido obligacional a fin de llevar a cabo la declaratoria de responsabilidad.

No obstante, los contenidos obligacionales estatales no son absolutos, lo cual asimismo limita la configuración de la falla en el servicio; esto bajo la máxima que afirma que *nadie está obligado a lo imposible*, la cual también es aplicable a la Administración. Esos límites (asociados a la *relatividad de la falla en el servicio*) inician con los medios del servicio, teniendo en cuenta que las obligaciones estatales, salvo excepciones, no son de resultado. Esos medios dependen de (i) los poderes jurídicos, (ii) los recursos financieros, y (iii) las posibilidades técnicas, y se complementan con la previsibilidad del perjuicio.

Al hablar de los poderes jurídicos se hace referencia a si la Administración dispuso o no de las facultades jurídicas de que goza para cumplir con la misión que le ha sido encomendada, ya que *“al existir un contenido que indica una obligación, y al existir los medios jurídicos para cumplirlo, su uso frente al derecho de responsabilidad no es facultativa”*. En el evento de haberse agotado las posibilidades jurídicas de acción sin que, a pesar de eso, se hubiera evitado el daño, no es posible declarar la falla en el servicio. Adicionalmente, este límite restringe la discrecionalidad de la Administración, porque si los poderes no se emplean correctamente habrá de predicarse responsabilidad.

Frente a los recursos financieros, se configura una falla en el servicio cuando la Administración no ejecuta una asignación presupuestal previamente efectuada que hubiera evitado la concreción del daño. Cuando la asignación no existe, no necesariamente se presenta una falla, aunque el análisis debe ser más detallado para verificar si los recursos de personal o materiales fueron empleados adecuadamente. En todo caso, esta limitación se rige por la siguiente relación: *“a mayor importancia del derecho en juego menor posibilidad de exoneración por falta de recursos financieros”*. Una aplicación práctica de esta tesis la efectuó el Consejo de Estado en materia médico-asistencial cuando afirmó que el contenido obligacional no se relativiza en razón a las *“condiciones reales del servicio”* cuando se trata del derecho a la salud, dado que es obligación del Estado que el servicio

médico se preste en condiciones óptimas en razón de los derechos en juego (Radicación 25000-23-26-000-2001-00535-01(29602), 2015).

De manera similar, la ausencia de posibilidades técnicas puede excusar la falla del servicio, siempre que hayan sido puestas en marcha y se les haya dado una adecuada utilización. Para terminar, la previsibilidad del perjuicio obliga a la Administración a actuar al conocer o ser advertida de un riesgo, e incluso, cuando ese riesgo es previsible o cognoscible, con apoyo en el sentido común y la lógica.

Por otra parte, la falla en el servicio es anónima, no porque no sea posible identificar al agente que dio lugar a su configuración, sino porque aquello no requiere ser probado por la víctima para obtener una reparación, pues precisamente esta es una consecuencia del carácter directo de la responsabilidad estatal, al que se llegó después de superar las tesis que prohijaban la responsabilidad indirecta y la tesis organicista (Tamayo Jaramillo, 2014, págs. 96-100; Saavedra Becerra, 2018, págs. 308-313).

Finalmente, vale la pena mencionar que, como corolario de lo anterior, en los eventos en los que el juicio de imputación jurídica deba efectuarse a título de falla en el servicio, la Administración podrá exonerarse no solamente con la invocación y prueba de los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor y hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero), sino también demostrando su diligencia, esto es, que no ha desatendido el contenido obligacional a su cargo.

### **2.3.2 Amplitud de las obligaciones en materia médica**

La doctrina, acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado (Radicación 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057), 2016), ha entendido que las obligaciones médico-sanitarias no se reducen a la intervención directa del paciente, sino que comprenden todo el conjunto de actividades desarrolladas durante la prestación del servicio (Ruiz, 2004, págs. 202-204). A esto se le ha llamado el *acto médico complejo*, que se divide en las siguientes categorías:

- *Actos médicos propiamente dichos*: Se refiere a las atenciones realizadas directamente por el médico tratante, como las intervenciones quirúrgicas.
- *Actos paramédicos*: Alude a las acciones preparatorias del acto médico que, por lo general, son llevadas a cabo por personal auxiliar (incluyendo las obligaciones de seguridad).
- *Actos extramédicos*: Hacen alusión a los servicios complementarios, como el alojamiento y la alimentación.

Desde otra perspectiva, PARRA SEPÚLVEDA (2014, págs. 113-212) considera que la actividad médica genera dos tipos de obligaciones; las primarias o céntricas, y las secundarias o de conducta. En la primera categoría, el más importante deber es el de asistencia médica, es decir, realizar todas las prácticas prescritas o recomendadas por la *lex artis ad hoc*, medie o no un vínculo contractual previo. Dentro de este deber se enmarca el de actuación médica, que en síntesis se refiere al acto médico, el cual es definido por el autor, citando a GARCÍA HERNÁNDEZ, como “*toda actuación directa o indirecta sobre un cuerpo humano por un médico en el ejercicio de su propia profesión, entendiendo como médico aquel que, estando en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía y, en su caso, de especialista, además de estar colegiado, ejerce la profesión de forma privada o por cuenta ajena*”, y que puede ser de prevención, diagnóstico, prescripción, tratamiento o rehabilitación del paciente.

Otro deber primario es el de la competencia profesional, el cual comprende la exigencia de contar con conocimientos básicos en razón de la especialidad respectiva, el deber de actualizar esos conocimientos y de ejercer la actividad médica de acuerdo con los mismos. En este orden de ideas, la exigencia de contar con un título académico presupone la existencia de cierto nivel de conocimientos que el título comporta o debe comportar, el cual es de carácter diferenciado dependiendo de su grado de especialidad. Esta competencia se relaciona íntimamente con el deber de conocer y actuar conforme a la *lex artis*, cuyo carácter es dinámico en razón al avance de la ciencia y la tecnología.

El deber de información también es céntrico y no se reduce al consentimiento, debido a que el desconocimiento de la autonomía de la voluntad del paciente se constituye en una transgresión



de su dignidad y sus derechos fundamentales (este aspecto se explica en extenso en el acápite atinente al consentimiento informado).

De otro lado, los deberes secundarios se relacionan con obligaciones de suma importancia, pero complementarias de los deberes primarios, que en todo caso deben ser respetadas so pena de generar responsabilidad. Uno de esos deberes secundarios consiste en guardar el secreto profesional, que es un elemento ostenta una gran dimensión social y es fundamental en la relación médico-paciente porque posibilita la confianza necesaria para adelantar el tratamiento.

Continuar con el tratamiento iniciado es otro deber secundario, que se relaciona con la continuidad del servicio y la prohibición de abandonar al paciente, a menos que este rechace la atención, busque a otro galeno o impida que pueda ser atendido por otros profesionales, esto último cuando quien inicia el tratamiento se ve imposibilitado para terminarlo. De todas formas, la terminación de la atención requiere la notificación previa al paciente y el consejo de las alternativas sugeridas, para que el tratamiento pueda proseguir sin dificultad.

Por último, constituye un deber secundario llevar en debida forma la historia clínica. Este documento es un instrumento dirigido a garantizar la adecuada asistencia del paciente y, a su vez, cumple una función trascendental en el ámbito probatorio. SERRANO ESCOBAR (2012, págs. 244 y 252-256) retrata estas características señalando que *“la historia clínica ha dejado de ser un recurso que sólo es útil a la medicina, para convertirse en un instrumento a disposición de la justicia, para valorar la conducta del personal sanitario de cara a establecer su responsabilidad por mala praxis”*. En este sentido, la historia clínica da fe tanto de lo que ocurrió como -desde un punto de vista negativo- de lo que no ocurrió o lo que no adelantaron los profesionales de la salud. La importancia de este documento también tiene repercusiones cuando es confusa o no es aportado por la parte que lo tiene bajo su cuidado, casos en los cuales estas conductas se aprecian como indicios graves en contra de la institución respectiva.

Además, el autor llama la atención en que, a pesar de lo anterior, en la elaboración de este documento frecuentemente en múltiples prácticas erróneas, como problemas con su custodia y

-la más conocida- su ilegibilidad; empero, la introducción de la historia clínica electrónica pretende corregir estas falencias, a pesar de que aún requiere una reglamentación clara.

En el contexto de los deberes médicos DUQUE OSORIO (2014, págs. 127-129) añade que resulta fundamental determinar el tiempo necesario que el galeno dedicará al paciente para planear el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los protocolos científicos, el cual debe destinarse para adelantar una evaluación adecuada del estado de salud, indicar los exámenes correspondientes y prescribir la terapéutica correspondiente.

### **2.3.3 Obligaciones de medios y de resultado en materia médica**

Esta clasificación de las obligaciones tiene origen civilista y se atribuye a DEMOGUE. Alude a la conducta que se espera del deudor de la obligación, ya que en unas ocasiones se le exige un resultado concreto y, en otras, interesarse por el mismo sin garantizarlo (Hinestrosa, 1969, págs. 590-591). Aunque esa diferenciación no es pacífica en la doctrina moderna, que la enfoca primordialmente a la responsabilidad contractual, ha sido recibida por la jurisprudencia del Consejo de Estado para explicar el alcance del contenido obligacional radicado en cabeza de los médicos y las instituciones hospitalarias.

SERRANO ESCOBAR (2012, págs. 82-85) plantea que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es “*acomodaticia y artificiosa*” en razón a que toda obligación cuenta con ambas características, pues el cumplimiento de una obligación de resultado requiere de actuar con diligencia y, de hecho, la prestación es un resultado para el obligado. Adicionalmente, citando a VALENCIA ZEA, sostiene que toda obligación de resultado se satisface mediante el empleo de medios, e incluso, un resultado se convierte en un medio para alcanzar resultados posteriores.

A pesar de lo antedicho, el principio general aceptado por la jurisprudencia nacional consiste en que las obligaciones en materia médico-sanitaria son de medios, de forma que el galeno se obliga a disposición del paciente todos sus conocimientos para efectos del tratamiento

(Radicación 20001-23-31-000-2001-01559-01(29728), 2016). Esto se explica porque los médicos actúan sobre personas que tienen alteraciones de salud que inciden en el resultado de la atención (Tapia Rodríguez, 2003).

Existen eventos en los cuales las obligaciones del galeno son de resultado, como las cirugías estéticas no reconstructivas, debido a que se excluye la patología y tiene un fin esencial de embellecimiento. No obstante, se ha generado una duda en tan categórica afirmación porque el álea que enfrenta el cirujano estético no es fundamentalmente diferente a la de cualquier otro cirujano, dada la complejidad del funcionamiento del cuerpo humano. Un aspecto a favor de considerar las cirugías estéticas como contentivas de obligaciones de resultado se relaciona con la publicidad efectuada por el profesional de la salud, que lo vincula al producto enunciado y hace parte del contenido contractual (Serrano Escobar, 2012, págs. 86-89).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, establece actualmente como criterio determinante para distinguir el alcance de las obligaciones médicas (medios o resultado) el grado de aleatoriedad del fin perseguido:

la Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que **‘(...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.**

‘En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es

exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario'. -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Sentencia SC7110-2017)

De forma similar ocurre, aunque con mayores discusiones, en materia ginecobstétrica, ya que el parto es un proceso natural que, si es producto de un embarazo normal, debe llevarse a cabo exitosamente (Acosta-Madiedo, 2010, págs. 12-14).

En suma, SERRANO ESCOBAR (2012, págs. 92-96) considera que no resulta viable situar la totalidad de prestaciones médicas como obligaciones de medios, sino que es necesario, en virtud de la complejidad de la relación jurídica, efectuar un análisis concreto de las prestaciones de las que se predique responsabilidad, como también lo señala ROZO SORDINI (1999, págs. 139-142). Además, asevera que esta distinción tampoco tiene efectos respecto de la carga de la prueba, ya que en todo caso el demandado deberá acreditar su diligencia y cuidado o, por otro lado, la ocurrencia de una fuerza mayor, en los términos del artículo 1604 del CC.

Finalmente, vale la pena anotar que en la jurisprudencia administrativa el empleo de esta clasificación es amplia en materia de responsabilidad extracontractual y comprende escenarios como la responsabilidad médica, los daños sufridos por reclusos y conscriptos, y los menoscabos derivados de ciertas actividades de vigilancia y supervisión.

### 3. Viabilidad de los eventos en Colombia. Propuesta de análisis

Consideramos necesario en primer lugar referirnos a la delimitación conceptual de los eventos *wrongful conception* y *wrongful birth*, que como se expuso anteriormente, no es uniforme y ha sido distinguida con base en tres criterios diferentes: (i) si el niño era inicialmente deseado o no, (ii) si el niño nace sano o con una discapacidad, o (iii) si el hecho que genera el reclamo es la concepción o el nacimiento del niño. Al respecto, en nuestro entendimiento el camino más adecuado es el tercero, ya que centra la distinción de los eventos en un aspecto de mayor objetividad y precisión.

En primer lugar, el hecho de si el niño era o no deseado inicialmente procura diferenciar el momento en que la mujer pretendió evitar adquirir la condición de madre, esto es, antes de la concepción o, ya en curso esta, antes de alumbramiento, lo que implica llegar indirectamente a la tercera tesis. Además, esta posición podría hacer difícil de encuadrar el supuesto, por ejemplo, de una mujer que se realiza un procedimiento de esterilización que falla y luego, debido a que cuenta con la posibilidad legal de acudir a la IVE, el procedimiento no se realiza contra su voluntad o se practica negligentemente, dando lugar al nacimiento. En esta hipótesis, el niño en todo momento es indeseado, así que podría calificarse como un evento *wrongful conception*, pero esto invisibilizaría la privación de la facultad de abortar que es típico de los eventos *wrongful birth*. Igualmente, en este ejemplo existía un doble daño que requeriría ser juzgado de forma diferenciada, lo que carecería de fundamentación si únicamente se tiene en cuenta que el niño no fue deseado.

En segundo lugar, el estado de salud del menor al momento de su nacimiento obvia que la amplitud de estos eventos está íntimamente ligada a la amplitud de la facultad legal para abortar.

En este sentido, pueden existir situaciones en las cuales la afectación se produzca con posterioridad al momento de la concepción y respecto de un niño sano, las cuales bajo esta postura deberían denominarse eventos *wrongful conception*.

Este es el caso de la IVE en Colombia bajo la tercera causal expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2016, así: “*Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto*”. Si el proceso de gestación se adelanta frente a un niño sano, estaríamos en un escenario donde no falla el método o procedimiento de anticoncepción sino de interrupción del embarazo y, si esto se impide o realiza negligentemente dando lugar al alumbramiento, se estaría ante un supuesto susceptible de responsabilidad. Pero sería incoherente considerar este evento *wrongful conception*, siendo que el hecho dañoso se produce después de la concepción.

Esta situación puede ocurrir también en otros casos donde la interrupción del embarazo no depende del futuro estado de salud del *nasciturus*, como en las legislaciones donde la única restricción al aborto se plantea en términos de semanas de gestación. Acá hablar de *wrongful birth* no sólo sería más adecuado terminológicamente, sino que se partiría de un criterio más sencillo de identificar.

Por su parte, los eventos *wrongful life* tienen menos dificultad para ser encuadrados, ya que necesariamente será el niño quien demande sobre la base de su nacimiento con discapacidad. Si falta lo primero se tratará de una de las dos acciones antes mencionadas, si se echa de menos lo segundo se tratará de eventos diferentes, como *disadvantage* o *dissatisfied life*, toda vez que el reclamo no podría sustentarse en el estado de salud del niño sino, eventualmente, en su no deseo de nacer o en haber nacido en condiciones desfavorables u oprobiosas (por ejemplo, como producto de una violación). Con esto no se afirma que los eventos *disadvantage* o *dissatisfied life* tienen viabilidad en Colombia, sino que el escenario tendría que analizarse bajo presupuestos diferentes.

Finalmente, es posible acumular los tres reclamos en una sola demanda, por ejemplo, en el hipotético caso en el que una mujer se somete a una intervención contraceptiva que, debido a

una falla en el servicio, es ineficaz, y el feto producto del embarazo sufre una grave enfermedad por la cual la progenitora decide abortar, pero aquello no le es posible materialmente por causa de trabas administrativas, dando lugar al nacimiento de un niño discapacitado.

Con el anterior contexto se comenzará el estudio del juicio de responsabilidad de estos reclamos.

### 3.1 Tratamiento del evento *wrongful conception*

#### 3.1.1 El daño antijurídico

En este caso, los padres reclaman por la concepción de un hijo que no planeaban tener. Bajo la explicación efectuada en los párrafos precedentes, si se acoge la tercera vía interpretativa en lo referente al aspecto que distingue esta acción de la *wrongful birth*, no habrá diferencia si finalmente el niño nace sano o enfermo, ya que lo verdaderamente relevante será que el proceso de gestación inició contra la voluntad de los padres. No obstante, no puede dejar de recordarse que la corriente predominante considera que en los eventos *wrongful conception* el niño debe nacer sin discapacidad (Macía Morillo, 2003, pág. 26).

El asunto del daño en estos eventos no ha tenido una discusión tan amplia y controversial como en los demás, aunque es necesario resaltar las tesis que se han expuesto. Como se vio en el caso estadounidense, la tesis mayoritaria inicial (principalmente antes de los precedentes *Griswold*, *Baird* y *Roe*) se inclinaba decididamente a negar estos reclamos principalmente con el argumento relacionado con la *santidad de la vida*. Luego de las decisiones que permitieron el uso de anticonceptivos y la interrupción del embarazo, las Cortes de dicho país han coincidido casi unánimemente en considerar este evento una *cause of action*, desplazando la discusión a los perjuicios a reconocer. El análisis francés también se inclina a la negación de estos reclamos siempre que el niño nazca sano, ya que la vida por sí sola no puede constituir daño. En España el análisis se enfoca no en la vida del menor, sino en el derecho a la libertad de procreación de

la madre o la pareja, el cual es transgredido cuando, a pesar de someterse a un método o procedimiento anticonceptivo, se concreta el estado de gestación.

En la sentencia hito del Consejo de Estado colombiano al respecto, la cual hace un minucioso y juicioso análisis del evento<sup>27</sup>, se analizan las corrientes estadounidense (parcialmente, dada su variedad y abundancia) y española, adicionando la *teoría de la separación (Trennungslehre)*, de origen alemán. Esta última pretende diferenciar el nacimiento del niño y los gastos que este conlleva, para efectos de señalar que mientras lo primero no puede considerarse daño, lo segundo, al ser una afectación patrimonial, es susceptible de resarcimiento (Macía Morillo, 2003, pág. 30). Esta tesis, tal como lo planteó la providencia en comento, es similar a la sostenida en el caso *McFarlane*, donde a pesar de considerar el nacimiento de un niño sano una bendición, se consideró *injusto* no indemnizar los perjuicios morales causados (*pain and suffering*) y los gastos directamente relacionados con el embarazo.

La Alta Corte vernácula acogió la solución española, que hace residir el daño en la afectación a la libertad de procreación, y consideró que “*hay lesión de la referida garantía cuando un tercero interviene ilegítimamente en la decisión positiva o negativa respecto de la procreación, a través de cualquier conducta activa u omisiva que impida su pleno ejercicio*” (Radicación 81001-23-31-000-2009-00051-01(41262), 2016).

Compartimos esa decisión, ya que esa es la solución que mejor se acompasa a los elementos básicos del derecho de daños. En este orden de ideas, el daño debe ser cierto, personal y recaer sobre un interés lícito del ciudadano, ya que precisamente de allí es de donde deviene su antijuridicidad. Entender que el nacimiento de un niño es una afectación a un interés lícito sería extremadamente difícil de sostener, por varias razones.

Según se estudió, en Colombia la jurisprudencia constitucional ha evolucionado al punto de afirmar que la vida como valor y derecho es ponderable, de forma que no se superpone indefectiblemente en caso de conflicto insalvable. No obstante, esto no significa que esta

---

<sup>27</sup> El Consejo de Estado colombiano, después de contextualizar el evento como *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, acogió el vocablo “*anticoncepción fallida*” bajo la clara influencia de la doctrina española (Martín Casals & Solé Feliu, 2001, págs. 2-3).



relativización conlleve a que el peso de la vida sea asignado por cada sujeto de forma discrecional, incluso cuando considere que se ve afectado por la formación del *nasciturus*.

Para un adecuado ejercicio jurídico tendría que entrar a ponderarse el valor de la vida del menor con los intereses de sus padres, lo cual llevaría a discusiones filosóficas, religiosas y jurídicas que no se traducirían en una solución objetiva. No debe olvidarse que la vida antes del nacimiento es un valor fundamental del Estado y después de aquel es un derecho fundamental, así que darle un giro para convertirla en un daño requeriría una fuerte carga argumentativa que tendría que prevenirse de cosificar al *nasciturus*. En otras palabras, aun cuando la existencia del menor no haya sido deseada y, por ende, haya tratado de prevenirse con procedimientos o métodos anticonceptivos, eso no significa que aquel carezca de protección estatal. De hecho, en la sentencia que despenalizó el aborto en Colombia no se niega esa condición sino que, por las especiales circunstancias de embarazo de los tres eventos allí desarrollados, considera que restarle a la madre la facultad de decidir si continúa con él o no implica, en suma, imponerle una carga desproporcionada.

Así, a pesar de que este ejercicio de ponderación no se estrellé con el razonamiento -con tintes religiosos- referido a la *santidad de la vida*, lo cierto es que la dignidad humana, el valor de la vida prenatal y el derecho a la vida después del nacimiento serían difíciles de descartar como argumentos ganadores del ejercicio. Además, si los intereses de la madre de suyo superaran este test en todos los casos, en el ordenamiento colombiano estaría permitido el aborto en cualquier escenario y tiempo, lo cual fue expresamente restringido por la Corte Constitucional. Por ende, *prima facie* existiría un título jurídico que justifica la afectación de los padres con la vida del menor, más aún cuando este nace sano.

Por otro lado, en estricto sentido el interés por no tener hijos se traduce en realidad en la libertad de procreación, de modo que la concepción no deseada es un reflejo de la vulneración de dicho derecho. De este modo, la libertad de procreación provee herramientas para delimitar el daño y establecer su certeza, porque más allá de si lo que deseaba la madre o la pareja era definitivamente no tener hijos o evitar temporalmente que se tuvieran, lo cierto es que, si se exteriorizan acciones tendientes a impedir la concepción y estas fallan por causa de la negligencia de un tercero, habrá una clara violación al derecho. En cambio, si se piensa que la lesión se

configura llanamente por la vida del menor, sería discutible acceder al reclamo cuando el método anticonceptivo es de eficacia temporal o no era usado regularmente, por cuanto existiría en el proyecto de vida de la persona la expectativa un embarazo eventual. De hecho, en sentencia del Consejo de Estado del 6 de julio de 2017 la certeza del daño fue rebatida con fundamento en la ausencia de acciones exteriorizadas para impedir la concepción, independientemente de la convicción de la accionante de que se le había practicado una histerectomía -en realidad se había realizado una histerorrafia- (Radicación 76001-23-31-000-2005-04752-01(40051)).

Por lo tanto, en los eventos *wrongful conception* (o *wrongful pregnancy*) el daño está constituido por la afectación del derecho a la libertad de procreación (o empleando la terminología de la jurisprudencia constitucional, la autodeterminación reproductiva) y su antijuridicidad deviene de la inexistencia de un título válido que justifique su soportabilidad. Esta conclusión también apacigua el reparo que señala que si un niño se entera de que no era deseado por sus padres terminará también siendo dañado, ya que su vida dejará de ser el centro del examen; esto sin contar los múltiples cuestionamientos que suscita este razonamiento (Stretton, 2005, págs. 340-342).

Así las cosas, el presupuesto básico para la viabilidad de estos eventos es el reconocimiento de la libertad de procreación en el ordenamiento jurídico (Macía Morillo, 2007, pág. 16; Perry, 2008, pág. 379), pues si este no la reconoce el interés lesionado no sería lícito, de donde es entendible que la posición primigenia de las Cortes estadounidenses negara el carácter de *cause of action* a las reclamaciones *wrongful conception* antes de las decisiones emblemáticas antes citadas, emanadas de la Suprema Corte de Justicia. Curiosamente, esta condición ha estado presente desde hace un buen tiempo en el contexto colombiano pero, a diferencia de los demás ordenamientos estudiados, solo hasta el año 2016 se falló el primer caso en el Consejo de Estado; no obstante, no puede obviarse que estas acciones solo pueden originarse en un estadio de avance médico adecuado.

En este punto cabe estudiar dos aspectos adicionales, referentes al carácter personal del daño y la eventual carga de los perjudicados de mitigarlo a través del aborto. El primer aspecto es un

interrogante recurrente en los *birth torts* en razón a que, naturalmente, quien adelanta el proceso de gestación y da a luz es la mujer y no el hombre.

Consideramos que la legitimación material para reclamar en los eventos *wrongful conception* recae en ambos padres, individualmente o en conjunto, pero con restricciones y especiales condicionamientos frente al padre cuando actúa como litigante individual, con fundamento en los siguientes argumentos:

La Corte Constitucional ha sostenido que la autodeterminación reproductiva o libertad de procreación “reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”, agregando que “el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos” (Sentencia T-627/2012; Sentencia T-375/2016; Sentencia T-697/2016). Asimismo, el artículo 42 de la Constitución establece que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Incluso el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 39-11 estatuye como obligación de la familia “decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas a los que pueda sostener y formar”.

En este orden de ideas, la autodeterminación reproductiva es un derecho reconocido a hombres y mujeres, y se relaciona con el derecho que tiene la pareja a decidir el número de hijos que desean tener. Por ello, pensamos que la solución de este aspecto radica en (i) la existencia o no de una pareja o, en su defecto, (ii) la identificación de la persona que tomó la decisión previa de no procrear y (iii) la convicción de la incapacidad de procrear del otro sujeto.

En cuanto al primer aspecto, el método o procedimiento anticonceptivo puede ser adelantado por la mujer o por el hombre (como en el caso de las vasectomías), de manera que la titularidad del derecho radica más fuertemente en cabeza de quien lo ha empleado. Aquí entra en juego la

existencia o no de la pareja entendida en amplio sentido<sup>28</sup>, ya que si se presenta, independientemente de quien asuma la decisión de limitar su capacidad reproductiva, la afectación será conjunta.

Empero, si la concepción se produce por fuera de una relación de pareja (como en el caso de las relaciones sexuales casuales), la afectación conjunta desaparece y requiere ser analizada individualmente. Los motivos que fundamentan esta conclusión son simples: quien no ha tenido incidencia en la decisión previa de limitar la posibilidad de tener hijos, *prima facie* no ha visto lesionado su derecho a la autodeterminación reproductiva. Así, todo depende de la auscultación de la certeza del menoscabo individual en el plano eminentemente casuístico.

Por ejemplo, podrán existir escenarios donde no está conformada la pareja y la persona que no se sometió al método o procedimiento anticonceptivo sostuvo relaciones sexuales con quien sí lo hizo con la convicción de que no se produciría la concepción en virtud de información conocida previamente al respecto. En este escenario creemos que resultaría viable el reconocimiento indemnizatorio, pero supeditado a la prueba contundente de esta última afirmación. Se trataría de un daño por rebote porque, aunque el sujeto no fue quien limitó su capacidad reproductiva, deliberadamente confió en las condiciones corporales de su pareja sexual, de modo que la lesión es indirecta. De otra forma, no habría una afectación a la autodeterminación reproductiva sino simplemente el ejercicio irresponsable de los derechos sexuales y reproductivos.

Finalmente, con esta conceptualización terceros como otros hijos (hermanos) o los abuelos del menor no tienen derecho a resarcimiento alguno, ya que no ven lesionada la garantía en mención. Cabe aclarar que tampoco sería válido el argumento de los primeros relativo a que la introducción de un nuevo miembro a la familia dividiría los cuidados y cariños destinados a los hijos previamente nacidos, ya que estos no son aspectos con una extensión determinada y cuantificable que puedan reducirse a medida que deban destinarse a varias personas.

---

<sup>28</sup> De acuerdo con el artículo 42 Constitucional, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, así que no es posible restringir el concepto de pareja al matrimonio o aún a la unión material de hecho declarada.

Respecto al aborto como medida para mitigar el daño, en Inglaterra en el caso *Emeh* (1984) se planteó esta cuestión. Inicialmente, el Juez Park señaló que la decisión de la madre en estas circunstancias era “*so unreasonable as to eclipse the defendant's wrongdoing*” [tan irrazonable como para eclipsar la falta del demandado]; empero, este planteamiento fue revocado por la Corte de Apelaciones, sosteniendo que precisamente la conducta del accionado había puesto a la víctima en el grave dilema que pretendía evitar con el procedimiento de esterilización (Jackson, 1995, pág. 601).

En Estados Unidos este argumento ha sido discutido principalmente ante las Cortes inferiores, siendo despachado desfavorablemente. En este sentido, los tribunales han afirmado que el aborto envuelve profundas cuestiones religiosas, filosóficas y morales y, además, es un derecho y no una obligación. En el caso *Troppi* (1971), decidido por la Suprema Corte de Michigan, se adoptó este criterio para acceder al reclamo. Adicionalmente, la doctrina ha agregado que el trascendental fallo *Roe* fue construido en torno no solo a la despenalización del aborto, sino también a la prohibición de interferencia del Gobierno respecto del derecho de las mujeres a escoger si interrumpen o no un embarazo (Murtaugh, 2007, págs. 290-291).

Por su parte, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2001, págs. 6-7) critican que el aborto sea considerado un deber que recae sobre la víctima para mitigar el daño en los eventos *wrongful conception* porque (i) se trata de un sacrificio desproporcionado que, por ello, es irrazonable; (ii) aceptar esta tesis implicaría valorar las razones por las que la mujer decide no abortar, lo cual lesionaría su derecho a la intimidad personal; y (iii) con esto se obvia que la IVE en la mayoría de los ordenamientos es restringida y se encuentra limitada a escenarios específicos.

En el caso colombiano, consideramos que los anteriores razonamientos son perfectamente aplicables para desestimar el aborto como medida de la víctima para mitigar el daño. En esta línea, debe tenerse en cuenta que mientras que los tratamientos y métodos anticonceptivos gozan de una amplia aceptación -incluso religiosa-, y aun así las esterilizaciones forzadas se encuentran proscritas en el ordenamiento (Sentencia C-182/2016), *a fortiori* sería más lesivo

crear la IVE como un deber<sup>29</sup> disfrazado de carga<sup>30</sup> de la víctima, para forzar su práctica so pena de negar la indemnización. Así, se estaría produciendo una doble afectación, incluso siendo la segunda más gravosa que la primera, en clara oposición al criterio de razonabilidad que debe reunir una conducta para considerarse una carga de mitigación (San Martín Neira, 2012, págs. 392-396). Además, esta exigencia obvia que la naturaleza humana hace que, una vez comienza el proceso de gestación y llega el alumbramiento, con frecuencia se acepte el nuevo miembro de la familia a pesar de no ser inicialmente deseado (Steininger, 2010, pág. 142).

Sin perjuicio de lo anterior, si se opta por el aborto por encontrarse el asunto dentro de las causales legales, consideramos que eso no hace que desaparezca el derecho a la indemnización ya que, en todo caso, la autodeterminación reproductiva se habría visto conculcada y precisamente la IVE sería una repercusión concreta, en ocasiones, de mayor lesividad que la misma concepción, que incluso merecería ser reparada (Bonningues, 2001, págs. 30-31; Jackson, 1995, págs. 605-606).

Con todo, el análisis de la existencia del daño debe complementarse con el de la imputación, al cual nos adentraremos enseguida.

### 3.1.2 La imputación

Bajo el concepto que ha sido puesto de presente, la constelación de casos en este evento puede agruparse en tres categorías:

---

<sup>29</sup> En la sentencia T-697 de 2016, la Corte Constitucional expresamente dejó claro que el aborto no es una obligación, así: “(...) la decisión de la Corte no impone una obligación para que las mujeres deban adoptar la decisión de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales exceptuadas, ésta puede decidir de manera autónoma y libre si decide continuar con su embarazo o no y tal decisión debe ser respaldada plenamente por el Estado (...)”

<sup>30</sup> De acuerdo con SAN MARTÍN NEIRA (2012, págs. 68-72), la diferencia entre deber y carga se centra en dos aspectos; (i) la exigibilidad de la conducta y (ii) la procedencia de resarcimiento en caso de inobservancia. Mientras el cumplimiento de la carga no puede exigirse por la contraparte y solo afecta a su titular, el deber sí es exigible y la omisión en su acatamiento conlleva la indemnización de los perjuicios a la contraparte.

- a) La práctica de una intervención de esterilización tras la cual se produce el nacimiento: Esta hipótesis comprende (i) la práctica negligente de la intervención contraceptiva, (ii) la omisión frente a la información al paciente sobre el porcentaje de efectividad de la intervención y sus riesgos de fracaso (incluyendo la reversión natural), y (iii) la omisión frente a la información al paciente sobre los cuidados post-operatorios.
- b) El uso de otros métodos anticonceptivos que no tienen el resultado esperado, esto es, impedir el embarazo. Esta hipótesis comprende (i) el carácter defectuoso del método anticonceptivo, (ii) la nula o defectuosa información al paciente sobre el porcentaje de efectividad del método, (iii) la inadecuada colocación del dispositivo y (iv) la prescripción de un método o dispositivo que no tiene esa connotación o de entrada era ineficaz para el paciente.
- c) La no prescripción de métodos o procedimientos anticonceptivos por parte del médico bajo la convicción de esterilidad del paciente.

En este listado propuesto por MACÍA MORILLO (2003, págs. 26-29), la autora incluye el escenario relativo a la ausencia de recomendación anticonceptiva dentro del segundo grupo de casos; no obstante, consideramos que tiene un supuesto fáctico diferente. Además, esta jurista incluye dos escenarios adicionales que, se reitera, en nuestra sistematización corresponden al evento *wrongful birth*, que son las IVE fallidas y los embarazos no detectados en la oportunidad legal para interrumpirlos, ubicándolos “*a medio camino con los supuestos wrongful birth y wrongful life*”; cuestión expuesta de modo semejante por MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ (2001, pág. 4).

Ahora bien, como lo exponen GIL BOTERO (2013) y MOLINA PALACIOS (2013), las instituciones de la teoría de la imputación objetiva son aplicables -con adaptaciones- a los juicios de responsabilidad extracontractual del Estado y, particularmente, al ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria.

En este sentido, la actividad médica, si bien entraña riesgos y peligros, permanece dentro del concepto de *riesgo permitido* dada su amplia y necesaria aceptación histórica, que es ineludible en virtud de la precariedad y fragilidad de los bienes jurídicos que pretende salvaguardar. Por ende,

mientras que las actuaciones de los médicos se encuadren en la *lex artis ad hoc* y los protocolos institucionales, no habrá lugar a declarar responsabilidad alguna (Martínez Malaver & González Castro, 2011, págs. 35-36). Bajo este entendido, por el solo hecho de la concepción después de la aplicación de un tratamiento o método que pretendía evitarla no debe imputarse responsabilidad a la entidad hospitalaria. En suma, el ejercicio de imputación en el evento *wrongful conception* no plantea problemas extraordinarios sino que se aborda dentro de los parámetros normales de la responsabilidad médica (Martín Casals & Solé Feliu, 2001, págs. 6-7).

Es menester recordar que las obligaciones médicas por regla general son de medio y no de resultado, lo cual es aplicable a este evento conforme lo expone la doctrina (Bonningues, 2001, págs. 29-30) y lo manifestó expresamente el Consejo de Estado en la sentencia del 5 de diciembre de 2016, de forma que el deber objetivo de cuidado del personal médico se refiere a la adecuada realización de la intervención o prescripción del método, pero no a la evitación de la gestación en estricto sentido. En otras palabras, defrauda la expectativa social respectiva el galeno que realiza una intervención desconociendo la *lex artis* y por esa razón la anticoncepción se vuelve ineficaz, pero los efectos de procesos biológicos normales, como la recanalización espontánea en los casos de ligaduras de trompas y vasectomías, deben ser asumidos por el paciente como titular de los bienes jurídicos.

Por lo demás, el *principio de confianza* gobierna la relación médico-paciente, así que este último tiene el deber de seguir las recomendaciones médicas, pero no puede exigírsele que actúe fuera de ellas y vaya más allá del conocimiento razonable de una persona no experta en ese campo. En este orden de ideas, si el médico recomienda un método anticonceptivo que de entrada puede preverse que será ineficaz para el paciente o dictamina erróneamente que este es estéril, no podrá imputársele al afectado el no haber incorporado a su actividad sexual alguna restricción dirigida a la anticoncepción o no haber pedido una segunda opinión. Asimismo, si el galeno tratante no prescribe ninguna recomendación post-operatoria, siendo necesario el cuidado respectivo para la efectividad de la intervención de esterilización, el riesgo de la ineficacia de la misma recae en la órbita del médico por incumplir el deber objetivo de proveer información suficiente. Lo mismo puede predicarse cuando la *lex artis* recomienda que debe verificarse el éxito de la intervención y esta actuación se omite o retarda dando lugar al embarazo. Esto por



cuanto durante el proceso de atención el médico ostenta una *posición de garante* frente al paciente, que permanece -con sus límites- hasta el fin del tratamiento, como lo ha señalado el Consejo de Estado:

Sobre el tratamiento que debe adelantarse a un paciente, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado:

‘Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las **entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes**, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera (sic) que **frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante**, como quiera que al momento ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia (...)

(...)

La norma anterior [artículo 7° de la ley 23 de 1981], excusa pues del deber de garante al médico tratante en las situaciones por ella previstas, supuestos de hecho que no fueron acreditados dentro del asunto en examen.

Así las cosas como quiera que se encuentra demostrado que la falta de vigilancia del estado de la paciente y la falta de oportunidad en la realización de la microlaparotomía, fueron las causas del daño que se reclama por los demandantes, y que las mismas no fueron excusadas en los supuestos previstos en el artículo 7° de la ley 23 de 1981, estima la Sala que hay lugar a imputar la muerte de la señora Yolanda Meneses Martínez a las entidades demandadas, **como quiera (sic) que aquellas ostentaban la posición de garante frente a la víctima**’ -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Radicación 25000-23-26-000-2003-01146-01(30622), 2014)

Sin embargo, si los cuidados post-operatorios son explicados y el paciente no los sigue, o se programa la realización de exámenes posteriores y el paciente no adelanta la gestión a su cargo para su realización, el resultado dañoso será producto de una *acción a riesgo propio* porque (i) la acción estaría dentro de su dominio, (ii) el sujeto tendría el conocimiento de los efectos de su conducta, precisamente por la prescripción médica, y (iii) la acción se produciría por fuera del ámbito material de la posición de garante del médico, ya que su deber llega hasta donde prevalece la autonomía del paciente.

En el caso de los dispositivos anticonceptivos defectuosos, en razón a que el personal médico ostenta *posición de garante* frente al paciente, en principio se configura responsabilidad por el uso o prescripción de elementos que, debido a sus deficiencias, hagan ineficaz la anticoncepción. Debe recordarse que el garante está en la obligación de evitar o, por lo menos, disminuir el

riesgo de concreción del resultado dañoso, motivo por el cual los hechos de terceros en principio le son atribuibles. En este orden de ideas, dentro del deber objetivo de cuidado se encuentra la verificación de las características de los elementos que emplea dentro del tratamiento o proceso de atención, así que la no advertencia de defectos es sinónimo de negligencia. Empero, la Administración no responderá si demuestra que al personal médico le era materialmente imposible anticipar o determinar las falencias que finalmente concretaron el riesgo, ya que en este escenario el hecho dañoso excede la órbita material de la *posición de garante* bajo la máxima que señala que *nadie está obligado a lo imposible*; esto sin perjuicio de la responsabilidad del fabricante.

Un caso que se encuadraría en la figura de la *prohibición de regreso* sería la prescripción de medicamentos anticonceptivos por parte del médico que es confundida por el farmaceuta, quien entrega píldoras con efectos diferentes a la anticoncepción que conllevan al embarazo, como ocurrió en el ya mencionado caso *Troppi* (1971), decidido por la Suprema Corte de Michigan. Acá la conducta del personal médico relativa a formular la prescripción, si bien se inserta en la cadena causal, es inocua frente a la producción del resultado, que es favorecido por una actuación negligente posterior. Por ende, la creación del riesgo desaprobado no es producto de la defraudación de su rol que, aunque incluye la *posición de garantía*, se complementa con el *principio de confianza*, ya que el médico debe poder confiar en que el farmaceuta va a entregar al paciente exactamente lo contenido en la receta médica. Pensar lo contrario equivaldría a entender que existe un deber de vigilancia y supervisión del médico sobre el farmaceuta, lo cual desquiciaría la división del trabajo en la actividad médico-sanitaria en sentido amplio. No obstante, eventualmente podría declararse una concurrencia de culpas si el medicamento erróneamente entregado por el farmaceuta era bien conocido y usado socialmente y, por eso, era posible para el paciente anticipar que su finalidad no era prevenir embarazos (Macía Morillo, 2003, pág. 28).

Finalmente, la obligación de información es de suma relevancia en este evento. Aun cuando el riesgo de recanalización o, en general, de ineficacia de los métodos anticonceptivos modernos es notablemente baja, al tratarse de un riesgo típico y previsible debe ser informado al paciente (Galán Cortés, 1999, pág. 12), quien decidirá libremente el método que mejor le convenga o, definitivamente, no procurar la anticoncepción.

En estos casos, se discute si la obligación de información es de resultado o si se aproxima a ella. Consideramos que efectivamente tiene esa connotación, lo cual se justifica en razón a que no se trata de un servicio de medicina curativa sino satisfactiva o voluntaria, la cual se orienta a un fin concreto que es la anticoncepción. En este sentido, la obligación de información no está limitada por el tiempo, la urgencia de la patología del paciente o su estadio de evolución, lo que hace que el médico tenga la posibilidad brindar mejores y más pausadas condiciones para lograr un consentimiento perfecto. Por ende, a diferencia de lo que acontece en la medicina curativa, el médico está en la obligación de informar no solo los riesgos típicos sino los atípicos, lo cual cobra relevancia en las intervenciones quirúrgicas contraceptivas (Monsalve Caballero & Navarro Reyes, 2014, págs. 125-128).

Adicionalmente, cabe traer a colación la distinción que ha efectuado frecuentemente el Consejo de Estado acerca de las consecuencias, por un lado, de los daños sufridos por el paciente que no consintió un tratamiento desarrollado diligentemente, y por otro, de los padecidos por el paciente que igualmente no prestó su consentimiento y, además, se vio menoscabado por una práctica negligente del mismo. Lo común en ambos casos es la ausencia de consentimiento informado, pero la diferencia es la calificación de la conducta médica. En el siguiente sentido se ha pronunciado la Alta Corporación:

23.3. Adicionalmente, uno es el caso cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la *lex artis* pero sin el mencionado consentimiento.

23.3.1. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral. (Radicación 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660))

Siguiendo esta distinción, podría afirmarse que en los eventos *wrongful conception* el daño principal precisamente es inmaterial, pero puede estar referido a la lesión al derecho a la autodeterminación reproductiva o al derecho a la información, por lo que la concepción, ya sea

que haya mediado negligencia o no en la prescripción o el procedimiento, en todo caso generará responsabilidad si el consentimiento del paciente no fue debidamente obtenido<sup>31</sup>.

La diferencia, bajo esta posición, radicaría en los perjuicios derivados del daño específico. Si para la concepción hubo una falla en el ámbito del consentimiento informado pero no en la prescripción del método o práctica de la intervención contraceptiva, solo sería indemnizable la lesión al derecho a la información, debido a que el único contenido obligacional incumplido es el de explicar los riesgos respectivos. En cambio, si además se configuró una falla en el servicio en la recomendación o intervención anticonceptiva, serían indemnizables el daño a la autodeterminación reproductiva, potenciado por la lesión al derecho a la información, y los gastos directamente relacionados con el embarazo, como el daño emergente que supusieron los controles, citas médicas y el parto, y el lucro cesante originado en la incapacidad temporal de trabajar durante el periodo de gestación<sup>32</sup>, como ocurre en la mayoría de la jurisprudencia comparada relacionada en capítulos precedentes; todo obviamente dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso.

Esta diferenciación no fue hecha por el Consejo de Estado en la sentencia del 5 de diciembre de 2016, tal vez siguiendo la tendencia mayoritaria de considerar que la concepción no deseada, sin distingo, puede derivarse de la falta de información, la práctica negligente de la intervención, o ambas; empero, esa tesis parece que ha venido siendo cuestionada por la doctrina (Macía Morillo, 2003, pág. 27; Saavedra Becerra, 2018, pág. 497). Por otra parte, vale agregar que en la sentencia en mención se reparó el daño a la libertad de procreación a título de perjuicio moral, lo cual ha generado críticas en los análisis doctrinales que se han efectuado a la providencia:

---

<sup>31</sup> En la hipótesis donde la información ofrecida por el médico es nula o imperfecta pero no se produce la concepción, creemos que se configura un daño susceptible de reparación, como antes lo ha referido el Consejo de Estado (Radicación 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493), 2013), pero naturalmente por fuera de los eventos bajo estudio.

<sup>32</sup> El Consejo de Estado, así como las jurisdicciones estudiadas en este trabajo, de forma predominante niegan el reconocimiento del daño emergente futuro derivado de los gastos ordinarios de crianza del niño. A pesar de que las razones expuestas para ello por el Alto Tribunal colombiano no son muy claras (la naturaleza de las obligaciones médicas -de medio- y la imposibilidad de los métodos y procedimientos anticonceptivos de garantizar su efectividad en un 100%), la doctrina se apoya en el deber legal de los alimentos, que recae en los padres de forma personalísima e irrenunciable, y el principio de solidaridad familiar (Martín Casals & Solé Feliu, 2001, págs. 12-13); empero, un sector minoritario afirma que la viabilidad de este reconocimiento económico no diferiría del proveniente de cualquier fuente, como la lotería o un extraño amable (Stretton, 2005, pág. 341).

En teoría, en la sentencia se ordena la compensación de un daño moral presunto derivado de la falta de información y de la afectación en el desarrollo del proyecto de vida. Pero, ¿es este un verdadero daño moral? Tradicionalmente, el perjuicio moral se refería a la tristeza, la aflicción y la congoja, no a los padecimientos generales por la infracción de un derecho. Por eso, cuando el Consejo de Estado afirma que el objeto de la compensación son estos padecimientos, pareciera realmente estar pagando un daño a los intereses constitucionalmente protegidos y no un daño moral, dado que no se refiere a la angustia, la tristeza o el dolor.

(...)

... El reproche nace respecto de la condena, pues pareciera, con el debido respeto, ‘que mató al tigre y se asustó con el cuero’, dado que condena por perjuicios morales en forma adecuada en nuestro concepto (50 salarios mínimos legales mensuales vigentes), pero respecto de los derechos constitucionalmente amparados, a pesar de que claramente los enuncia e identifica en las consideraciones como vulnerados, y que concluye que no cabe duda de que está comprometida una garantía constitucional de la demandante, contradictoriamente lo compensa bajo la categoría del daño moral, desatendiendo además el precedente jurisprudencial contenido en varias de las sentencias de agosto 28 del 2014. (Rojas Quiñones & Álvarez P., 2017)

Por su parte, SAAVEDRA BECERRA comentó:

... no resulta lógico que el Consejo de Estado considere que el daño sufrido por la demandante es un menoscabo a un bien constitucionalmente protegido, pero no sea procedente ningún tipo de indemnización por ese concepto, por el simple hecho de considerar que la indemnización por daño moral era suficiente. Esto dado que la misma jurisprudencia de la Corporación, y de hecho el mismo texto de la sentencia, pone de presente que la tipología de *daños a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos* era autónoma de las demás. (2018, pág. 497)

Coincidimos que ese caso, donde la falla solo residió en el consentimiento informado y no se extendió al método anticonceptivo, merecía que la reparación se enmarcara en la tipología referida por los autores citados más que una indemnización por perjuicios morales. Así, los perjuicios morales buscan compensar el dolor, el sufrimiento y la congoja que produce la lesión al interés jurídico, cuestión que no compagina con lo que se pretende reparar en este evento, que es el desconocimiento del derecho que tiene el paciente a conocer y entender integralmente las características del tratamiento al que someterá su cuerpo, lo cual deviene de la propia dignidad humana. Es más, en una providencia anterior la Subsección C de la Sección Tercera de la Alta Corporación había efectuado esa distinción, agregando reglas adicionales:

### 7.1 Perjuicios morales

En la demanda se solicitaron perjuicios morales equivalentes a 1000 gramos de oro para cada uno de los demandantes (sic). La sala observa que cada uno de los actores acreditó el parentesco invocado con la víctima directa de la falla médica pretendida, tal como se reseñó en el acápite de pruebas, sin embargo, **el perjuicio moral derivado de la falta de un consentimiento informado no se presume; debe ser probado**, y no existe prueba en el expediente que acredite la aflicción, el sufrimiento que le causó a GAMALY ENCISO LOPERA y menos a los otros demandantes, haber perdido la oportunidad de rechazar el tratamiento si hubiese conocido los riesgos, las pruebas que obran es del sufrimiento de la lesión. Poor (sic) lo anterior resulta impropio su reconocimiento.

### 7.2 Reconocimiento de oficio de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

No obstante lo anterior, como se dejó establecido en precedencia, a la señora GAMALY ENCISO LOPERA, **no se le informó de los riesgos que comportaba la cirugía que se le practicó, conducta con la cual la entidad demandada le vulneró su derecho constitucional a la libre autodeterminación**, pues el consentimiento que pudo haber dado, no respondió a un conocimiento de los riesgos de la intervención quirúrgica, que podrían haberla hecho rehusar la operación.

(...)

La Sala precisa que en el caso concreto no es suficiente para la reparación integral del daño a la libre autodeterminación, la medida no pecuniaria, y que se hace necesario ordenar, excepcionalmente, como lo permite la sentencia de unificación ya citada, una indemnización por la vulneración de la que fue objeto su derecho constitucional a la libre autodeterminación; **resarcimiento que se ordenará únicamente para la víctima directa, pues ese derecho de autodeterminación que resultó lesionado es personalísimo y no se expande a su círculo familiar**. La cuantía de la indemnización se tasa en 20 salarios mínimos legales mensuales, teniendo en cuenta que la violación al derecho a autodeterminarse fue episódico, y dentro del proceso no se demostró que esta vulneración produjo lesiones a otros derechos; además, la lesión de este derecho se agota en un momento concreto y determinado, en el caso concreto el instante en que la paciente toma la decisión de operarse, luego de lo cual el sujeto recupera el pleno ejercicio de este derecho. -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Radicación 73001-23-31-000-2000-01368-01(32322), 2015)

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la obligación de información se encuentra la relativa a poner en conocimiento del paciente el éxito de la intervención, de modo que si el procedimiento falla y esto no es exteriorizado por el médico, el embarazo posterior será responsabilidad de la entidad bajo el criterio de *adecuación*, ya que el resultado sería previsible para el profesional de la salud (prognosis posterior objetiva, cualificada por los conocimientos del sujeto). En la hipótesis en la que los resultados no sean fiables o concluyentes, la *posición de garante* del médico no

desaparece sino hasta cuando tenga certeza del resultado del método o procedimiento, dado que lo anterior implica la continuidad de la atención (Bonningues, 2001, págs. 39-40).

En este punto cabría preguntarse qué sucede si una persona programa una intervención de esterilización o una cita para comenzar el uso de un método anticonceptivo, pero en el desarrollo del servicio el médico no pide su consentimiento escrito respecto del tratamiento y finalmente se produce el embarazo. En este caso en principio podría afirmarse que no hay prueba de que el galeno cumplió su obligación de información de los riesgos típicos del procedimiento o método, lo que hace responsable a la Administración; pero de otro lado, puede darse el caso de la configuración del consentimiento tácito. Frente a este último, en sentencia del 23 de abril de 2008 el Consejo de Estado sostuvo:

La exteriorización de la voluntad libre del paciente, vale decir, su querer interno no necesariamente debe ser manifestado en forma expresa. Si bien la voluntad debe traducirse en un acto material, puede darse a conocer directamente mediante el lenguaje o la declaración verbal o escrita, **a través de cualquier otro signo como sería el comportamiento.**

De modo que la manifestación del paciente no requiere -para que emerja válidamente- un comportamiento expresivo específico como sería el lenguaje convencional en su modalidad escrita o solemne, sino que la voluntad puede ser reconstruida a partir de la conducta asumida por el paciente que adquiere un significado jurídico, al revelar el propósito del mismo.

Expresión volitiva tácita o indirecta que es manifestación inequívoca, clara y precisa de la voluntad y por lo mismo está dotada de igual fuerza vinculante que la forma directa de exteriorizar el querer, como que produce los mismos efectos que si hubiese sido expresada de manera explícita en un documento escrito. -Negrilla fuera del texto original- (Radicación 63001-23-31-000-1997-04547-01(15737))

Pensamos que la resolución del problema reside en el ámbito probatorio. La regla general será la no asunción del riesgo por parte del paciente ante la falta de prueba del consentimiento, pero si se demuestra que éste específicamente solicitó un determinado tipo de método anticonceptivo a través de la programación voluntaria de la consulta médica, podría inferirse que buscó informarse para tal fin, lo que incluye los riesgos típicos correspondientes. Lo mismo podría ocurrir en los casos de *transmisión de información continuada*, donde a pesar de que no existe ningún documento en el que el paciente plasma su consentimiento informado, en el proceso de guianza

y acompañamiento del médico, del que se deja constancia en la historia clínica, se advierte que de manera permanente durante la atención se suministró información suficiente acerca de las características y los eventuales riesgos del procedimiento o método (Monsalve Caballero & Navarro Reyes, 2014, pág. 212).

Todas estas hipótesis, donde para la concepción media la negligencia médica, dan lugar a la configuración de una *falla en el servicio* ya que, como se explicó en capítulos anteriores, la actuación de los galenos es una expresión del servicio de la Administración y compromete su responsabilidad. En este orden de ideas, puede afirmarse que el *fin de protección de las normas jurídicas* e incluso de la *lex artis* en estos eventos se dirige evitar la concreción del resultado no deseado por el paciente, que es el embarazo, de modo que si se crea un riesgo desaprobado con la atención y este se materializa, nace la responsabilidad subjetiva del Estado.

## 3.2 Tratamiento del evento *wrongful birth*

### 3.2.1 El daño antijurídico

Este evento se configura cuando una mujer, en contra de su voluntad, da a luz un hijo producto de un embarazo cuyo deseo era interrumpir, estando facultada legalmente para ello. Continuando con la contextualización antes expuesta, no importará si el niño nace sano o enfermo, aunque, se reitera, la doctrina mayoritaria afirma que el menor debe nacer con una discapacidad grave. Naturalmente, para que el Estado sea declarado responsable esa imposibilidad de acudir a la IVE debe derivarse de una actuación de la Administración en el ámbito médico sanitario.

Bajo este entendido, debe dilucidarse cuál es el daño en este evento. De nuevo aparece en este punto la idea de la vida como daño; no obstante, ese argumento ha sido descartado con argumentos similares a los esbozados previamente en este escrito al analizar el mismo asunto en los eventos *wrongful conception*. La doctrina asegura que considerar que la vida de una persona pueda constituir un menoscabo a otra lesiona la dignidad humana, ya que reduce la persona a



los costos que representa su sostenimiento. Incluso, MACÍA MORILLO (2009, págs. 185-187) asevera que la concepción de la vida como el daño en estos casos es el origen de las tesis que sostienen que de la indemnización respectiva deben descontarse los beneficios que genera la paternidad, llegando en ocasiones hasta el punto de la compensación total.

Esta compensación lleva a paradojas bajo las instituciones del derecho de daños continental. Así como es difícil concebir que la vida humana lesione un interés legítimo, también lo es que un hecho incierto -pero aparentemente presumido-, como los beneficios de la paternidad, que de suyo es incuantificable, pueda anular el derecho a la reparación. STRETTON (2005, págs. 338-340) a lo anterior añade que, aunque pudiera tasarse el monto económico de esos beneficios, sería contrario a la ley y a la moral tratar al niño como un *commodity* y, además, esto podría llevar a que los litigantes en los tribunales esgriman estrategias para reducir la compensación, como que los beneficios emocionales que trae el menor son muy pequeños o que el niño trae más dificultades financieras que las que vale la pena asumir emocionalmente. Por eso, este autor considera que este aspecto no financiero solo puede compensar indemnizaciones que se refieran a perjuicios no financieros (en la terminología vernácula, perjuicios inmateriales).

Adicionalmente, enmarcar esta compensación dentro de la regla *compensatio lucri cum damno* no deja de ser extraño, teniendo en cuenta que las construcciones al respecto en el derecho continental se refieren a conceptos de contenido económico, como las prestaciones derivadas de la seguridad social, los seguros privados o las donaciones (Henaó, 2007, págs. 50-59); de modo que no está claro que las ventajas o lucros conectados con el daño y que sean susceptibles de afectar la reparación (Saavedra Becerra, 2018, pág. 1914) puedan consistir en sentimientos o expectativas futuras.

Dejando de lado esta discusión, para evitar los cuestionamientos de la conceptualización de la vida como daño, con influencia de la *teoría de la separación (Trennungslehre)* se ha buscado alejar el centro de la discusión a hechos anteriores al nacimiento y diferentes al nuevo ser.

De una parte, se ha ubicado el daño en la afectación de la libertad de decidir sobre la procreación, lo cual se relaciona con la facultad de abortar. Esta tesis se fundamenta en que la

imperfecta o ausente información que el médico entrega a la madre o la pareja sobre el estado de salud del *nasciturus* impide que, en ejercicio de su libre autodeterminación, pueda decidir si se continúa o no con el embarazo. Sin embargo, bajo la concepción amplia de este evento de responsabilidad que prohijamos en este escrito, este sustento sólo sería viable cuando el niño nace enfermo por la falta de detección o incorrecto diagnóstico de una patología; en los demás escenarios, serán los factores externos que impiden la materialización de esa libertad los que respalden la declaratoria de responsabilidad.

Este ha sido el camino adoptado en su mayoría por la doctrina española y francesa (Martín Casals & Solé Feliu, 2004, págs. 5-6; Bonningues, 2001), no sin críticas relacionadas con que en realidad implica la consideración indirecta del nacimiento del niño como daño (Macía Morillo, 2003, págs. 328-329).

Esta posición, a su vez, cuenta con dos variantes, que se intuyen desde la misma delimitación del daño. Una que deja el daño en el plano de la libertad de procreación, similar a lo señalado en el evento *wrongful conception*, y otra que lo hace residir en la imposibilidad de practicar la IVE. En realidad, estas dos variantes no se esgrimen separadamente, sino que se emplean de forma conjunta con el fin de sortear las críticas que suscita en la doctrina considerar la IVE como un derecho autónomo que puede ser lesionado generando un daño.

Los argumentos de los detractores de esta idea son variados. Se aduce que de la existencia de una inmunidad (imposibilidad de sancionar penalmente la IVE) no surge automáticamente una libertad y, correlativamente, un derecho-prestación de abortar. Para ejemplificar este razonamiento, se dice que la inmunidad diplomática en un Estado impide que pueda sancionarse penalmente a quien está cobijado por ese fuero por la comisión de delitos, pero eso no conlleva que exista una libertad de los aforados para delinquir. Asimismo, se dice que la despenalización de la dosis personal no significó la creación de un derecho a consumir estupefacientes o que naciera el derecho prestacional de poder obtenerlos (Pulido-Ortiz, 2014, pág. 295).

También se menciona que la despenalización del aborto no se produce por la causal de justificación relativa al ejercicio legítimo de un derecho sino por el estado de necesidad de la

madre y la ponderación de sus derechos (como el libre desarrollo de la personal, la salud e incluso la vida) con el valor de la vida del *nasciturus*. Adicionalmente, la despenalización se sustenta en no imponer a la madre una carga desproporcionada, esto es, la no exigibilidad de otro comportamiento (Romeo Malanda, 2003, pág. 41). Dentro de las críticas podría agregarse también la ausencia de un núcleo autónomo del derecho, ya que el objeto de protección de la garantía conjuga los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental (Guzmán & Chaparro González, 2015, pág. 41).

A pesar de todas estas críticas, a partir de la sentencia T-585 de 2010 la Corte Constitucional colombiana interpretó que desde la sentencia C-355 de 2006 existía el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, aunque una lectura pragmática de la decisión sugiere que esta connotación fue otorgada con el propósito de que la respuesta estatal a esta facultad no fuera simplemente negativa o de no intervención, sino también positiva o de prestación, con el fin de generar obligaciones de garantía a las entidades que integran el sistema de salud.

Estas conclusiones son relevantes para el análisis del daño en el evento *wrongful birth*, ya que si en Colombia la IVE es un derecho fundamental, actuaciones que impidan ejercerlo libremente, sean anteriores, concomitantes o posteriores a la decisión de la madre de terminar el proceso de gestación, son potencialmente constitutivas de responsabilidad, con lo que se evaden -por lo menos en la práctica- las discusiones sobre este punto.

Precisamente las decisiones en las que la Corte Constitucional colombiana ha dictado condenas en abstracto por la configuración de un daño consumado en los eventos donde se alegan trabas para la práctica de la IVE se han fundamentado, ya sea tácita o expresamente, en la transgresión de este derecho y la grave negligencia de las EPS, IPS o los profesionales de la salud, aunque no sobra agregar que providencias como la T-946 de 2008 ni siquiera cuentan con una justificación sumaria de los fundamentos de la indemnización para el caso particular, más allá del artículo 25 del Decreto No. 2591 de 1991. Asimismo, vale la pena resaltar que la sentencia T-209 de 2008 impuso la referida condena *in genere* esgrimiendo además el argumento relativo a que “*la menor no dispone de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios que se le causaron por*

*negársele el acceso al servicio legal de IV/E que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-255 (sic) de 2006”.*

De otra parte, se ha cuestionado si la falta de información o de idoneidad de la misma realmente lesiona la garantía antedicha o si, por el contrario, produce la *pérdida de la oportunidad* de abortar. Esta controversia solo es relevante cuando no se ha exteriorizado la decisión de interrumpir el embarazo, pues si esto ya ha ocurrido, como cuando se ponen trabas a la práctica del procedimiento, resulta claro el bien jurídico menoscabado.

Esta es una de las discusiones más grandes en este evento y ha mostrado visiones diversas. Una solución propuesta ha sido la de entender que cuando resulta clara la intención de interrumpir el embarazo debe repararse el daño de forma completa, pero si existe incertidumbre o, por lo menos, alguna duda sobre tal intención, la indemnización debe llevarse a cabo entendiendo la lesión como una pérdida de oportunidad de decidir acerca de la continuidad del embarazo. El punto a resaltar de esta postura es que pone de relieve la debilidad que posee el eje estructural de esta conceptualización, que consiste en la constatación de la voluntad de la madre o de la pareja.

Después de acaecido el nacimiento del menor es relativamente sencillo afirmar que, de haberse conocido que era legal y procedente practicar el aborto, el embarazo hubiera sido interrumpido, principalmente cuando el escenario se enmarca en la causal de enfermedad grave del feto. Por eso, esta tesis centra su atención en la constatación del carácter cierto del daño, es decir, la efectiva imposibilidad de decidir libremente sobre la procreación. En este sentido, una aseveración *ex post* no sería suficiente para lograr una indemnización plena, sino que daría lugar a una reparación reducida (Bonningues, 2001, págs. 41-43).

En el plano dogmático de la figura, los defensores de esta propuesta consideran que el componente de la incertidumbre está presente en la determinación de los padres, mientras que el de certeza se refiere a que al no tener la posibilidad de decidir las opciones de estos fueron equivalentes a cero (Vicandi Martínez, 2003, págs. 48-49). Empero, acá es donde se afinan las dudas acerca de la aplicabilidad de la figura, que principalmente tienen voz en la doctrina española.

Ellas se dirigen a preguntar si el no alumbramiento puede considerarse como el beneficio esperado que se vio truncado o “*suceso favorable*”, lo que da pie a que también se cuestione que, si el principal elemento de la pérdida de oportunidad es el azar, la voluntad del paciente no puede ser el aspecto del que dependa la concreción del daño. Así las cosas, bajo esta tesis se concluye que la oportunidad perdida es la de decidir y no la de la obtener una práctica adecuada del aborto; cuestión donde no media el azar (Vicandi Martínez, 2003, pág. 50; Macía Morillo, 2003, págs. 347-348).

En Colombia, el Consejo de Estado ha aceptado la pérdida de oportunidad, aunque su ubicación en el juicio de responsabilidad y sus elementos han tenido variaciones. Para no ahondar en el tema, lo cual excede el objeto de este estudio, como referente de la conceptualización actual de la Corporación puede tomarse la sentencia del 5 de abril de 2017 (Radicación 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706), 2017), donde la Subsección B de la Sección Tercera, después de efectuar un minucioso análisis de la figura, coligió que se trata de un daño autónomo -no de un asunto de probabilidad causal- cuyos elementos son: “*i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima*”.

Contrastando estos elementos con los supuestos típicos de los eventos *wrongful birth*, pensamos que esta tesis no debe descartarse de plano, aunque las críticas doctrinales son aplicables al entendimiento nacional de la pérdida de oportunidad. Es claro que la oportunidad existe, pero no es en sí misma la de evitar el nacimiento no deseado sino contar con la posibilidad de decidir hacerlo o no. La falta de certeza (o *cuestión azarosa*), entonces, se predicaría de esa decisión, pues precisamente la falta de prueba de la conducta que se adoptaría *ex ante* es la que lleva a dudar de la existencia del daño. Y la certeza de que la posibilidad de evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible, por consiguiente, también tendría que referirse a la posibilidad de decidir, que sí puede catalogarse de perjuicio porque afecta el ejercicio de un derecho fundamental. Acá el problema, creemos, pasa a la tasación de los perjuicios, debido a que si no era seguro que se evitaría el nacimiento, no es viable conceder, así sea de forma reducida, los mismos conceptos indemnizatorios que cuando esa incertidumbre no se presenta, como lo sugiere M<sup>C</sup>AUSLAND

SÁNCHEZ (2008, pág. 130); cuestión que en la práctica hace menos atractiva esta opción de cara al principio de reparación integral.

No obstante, una propuesta alternativa traslada el problema al ámbito procesal, ya sea mediante el uso de los indicios o de la inversión de la carga de la prueba. De un lado, insiste en que las actitudes de los padres durante el curso de la gestación pueden llevar al convencimiento de cuál sería la decisión adoptada sobre la continuidad del embarazo como, por ejemplo, la intención de efectuar exámenes para detectar enfermedades congénitas en el feto, a pesar de que conlleven riesgos al proceso de gestación. Visto desde la perspectiva opuesta, si la madre o la pareja exteriorizan actitudes donde se privilegia el bienestar del feto, aun contra la posibilidad de conocer en detalle su estado de salud, o demuestran un profundo sentimiento religioso del que pudiera extraerse el rechazo al aborto en cualquier escenario, esto acreditaría la inexistencia del daño (Belsky, 1993, pág. 222). De otro lado, la posición que se sustenta en la carga de la prueba propugna porque sea la Administración la que demuestre que la madre o la pareja no hubieran acudido a la IVE y, ante la falta de prueba, se acceda a la indemnización. Precisamente, estas dos vertientes son las que se han suscitado en el Tribunal Supremo español (Elizari Urtasun, 2009, págs. 147-148).

Dos tesis más merecen mención. Una es la lesión al derecho a la información, que se sustenta en su relevancia en el acto médico complejo, los derechos fundamentales del paciente y, en especial, el derecho a la salud, y se sustenta en el deber de información del médico (Macía Morillo, 2003, págs. 349-358; Medina, 2008, pág. 103). Sin embargo, bajo el entendimiento amplio de los reclamos *wrongful birth* su aplicabilidad solo sería parcial e incluso no sería más que un complemento a posiciones más sólidas, como la afectación al derecho a la IVE.

La otra tesis, a manera de fundamento subsidiario, es el daño moral derivado del desconocimiento de la enfermedad del menor. Esta postura se sustenta en que, más allá de que la decisión de los padres respecto del aborto fuera negativa, desconocer la existencia o gravedad de la enfermedad del niño los pone en una situación de estrés y preocupación para la que no estaban preparados emocionalmente, la cual llega por sorpresa por causa del incumplimiento del deber de información del médico. Esta solución ha sido empleada por el Tribunal Supremo español y goza de amplia aceptación en la doctrina, aunque un sector minoritario critica que

este supuesto prescinde del eje principal de las acciones *wrongful birth*, que es la privación de la posibilidad de interrumpir el embarazo (Vicandi Martínez, 2003, págs. 52-53; Macía Morillo, 2003, págs. 358-365; Martín Casals & Solé Feliu, 2004, págs. 6-7). Como es obvio, este fundamento subsidiario solo es viable en el caso de malformaciones del feto.

Por último, cabe analizar el carácter personal del daño en este evento. Si se adopta la tesis que sostiene que el menoscabo se materializa con la afectación del derecho a la IVE, que es la que menos resistencia genera, la primera conclusión a la que se llega es que respecto de la madre no habrá ningún inconveniente en este punto. La doctrina foránea de forma pacífica considera que la facultad de abortar es inherente a la mujer, por lo que no cabe duda de la legitimación material de la progenitora para promover la acción. Incluso, la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo español aseveró que la interrupción del embarazo se erige como un derecho personal e intransferible radicado en cabeza de la madre (Vicandi Martínez, 2003, pág. 46). La situación en Colombia no es diferente, ya que por las razones de la despenalización parcial y el contenido del derecho se ha concluido que pertenece a la mujer (Guzmán & Chaparro González, 2015, pág. 41).

El asunto, en cambio, pierde claridad cuando se analiza la situación del padre o de otros familiares, como los hermanos o los abuelos. Frente al padre, VICANDI MARTÍNEZ (*ibíd.*) refiere que éste puede reclamar conjuntamente con la madre para obtener una indemnización como víctima directa, pero no por separado. No obstante, un amplio sector de la doctrina española entiende que el daño padecido por el padre no es directo sino indirecto -o por rebote- y de contenido moral; posición esta que en ocasiones se vincula a la afectación de la madre y en otras al antes aludido fundamento subsidiario de la responsabilidad en este evento (Macía Morillo, 2009, págs. 187-188) y que, según algunos autores, constituye una presunción *iuris tantum* (Macía Morillo, 2003, pág. 368; Romero Coloma, 2010, pág. 2569).

La incoherencia que surge de esta tesis radica en que lógicamente un daño por rebote requiere que haya una víctima directa, que no puede ser el menor por cuanto su nacimiento no es en sí mismo el menoscabo. Por ende, el sufrimiento indirecto bajo esta tesis tendría que derivarse de la imposibilidad de que la madre opte por el aborto, lo cual no parece muy claro. Asimismo, algunos autores sostienen que el daño por rebote solo ha sido reconocido en los eventos de

muerte o lesiones, que son supuestos diferentes al que ahora se examina (Macía Morillo, 2003, págs. 370-371; Elizari Urtasun, 2009, pág. 152); por esto, otro sector defiende que tanto el daño de la madre como del padre deben analizarse de forma directa (Mondaca Miranda, Aedo Barrena, & Coleman Vega, 2015, págs. 42-44).

Consideramos que, en realidad, el daño del padre es directo cuando la decisión de interrumpir el embarazo es adoptada en pareja. Como se expuso en el acápite relacionado con el daño en las acciones *wrongful conception*, ambos miembros de la pareja son titulares del derecho a la autodeterminación reproductiva o libertad de procreación, el cual se ve lesionado con las conductas que impiden el aborto. De hecho, si el derecho a la IVE no fuera visto como tal en Colombia, la autodeterminación reproductiva se constituiría en el daño sufrido tanto por el padre como por la madre, toda vez que la interrupción del embarazo es una expresión concreta de esta garantía. Adicionalmente, el daño moral se presumiría como ocurre con la madre.

Diferente ocurre cuando el padre no interviene en la decisión y demanda por separado, porque en este escenario no podría entenderse afectado el derecho a la autodeterminación reproductiva. Así, pensamos que únicamente podría repararse el perjuicio moral, pero coincidimos con ROMERO COLOMA (2010, pág. 2569) en que este menoscabo no puede derivarse del nacimiento del niño en sí mismo o simplemente del parentesco, sino de *“la incidencia que tenga la enfermedad y/o discapacidad del hijo sobre el pariente afectado”*, de modo que no será objeto de presunción. No puede olvidarse que en la jurisprudencia nacional se ha aceptado la viabilidad de la *presunción de aflicción* basada en el parentesco a favor de los familiares más cercanos a la víctima en los casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad; empero, al no estar este evento dentro de esas hipótesis y ya que tampoco se deriva en estricto sentido del nacimiento del menor, deberá ser objeto de prueba. Asimismo, la existencia de un daño de contenido material, por ejemplo, nacido de la obligación alimentaria, requerirá la demostración de la asunción de esa carga y, como lo dejó entrever el Consejo de Estado en la sentencia del 5 de diciembre de 2016, únicamente respecto de los gastos extraordinarios asociados al sostenimiento del menor -lo cual aplica también a la madre-.

También es necesario precisar que la reclamación del padre en solitario y sin intervención en la decisión de interrumpir el embarazo solo es plausible bajo la causal de grave malformación del



feto, pues evidentemente no tendrá ningún fundamento si el estado de gravidez es producto de una violación, aunque consideramos que la pareja de la mujer abusada bien puede elevar el reclamo en los términos antedichos. Y si el motivo tras la intención de abortar es evitar un riesgo para la vida o salud de la madre, la concreción de la afectación no le generaría un menoscabo personal.

Respecto de la reclamación de otros familiares, como los abuelos y hermanos, todo dependerá de la prueba del sufrimiento personal derivado de la imposibilidad de terminar el embarazo, aunque en la práctica la acreditación de este perjuicio para ellos será más difícil que en el caso de los progenitores (Elizari Urtasun, 2009, pág. 153).

Finalmente, vale la pena mencionar que, similar a lo dicho en el evento *wrongful conception*, dar en adopción al menor no puede considerarse como una carga de la víctima para mitigar el daño y muchos menos como una forma de reparación *in natura* de la lesión. A pesar de que la adopción podría permitir que el niño cuente con una nueva familia en la que pueda desarrollarse integralmente, esta aparente solución no es compatible con el derecho de daños en tanto, por una parte, entraña una intromisión indebida en los derechos y la privacidad de la víctima, lo que contraviene la máxima que indica que la carga en mención, para considerarse como tal, no puede llegar al punto de destruir o sacrificar los derechos del perjudicado (San Martín Neira, 2012, pág. 394); y por otro lado, desconoce que una cosa es no desear el nacimiento y otra diferente no desear criar al niño nacido, ya que en esta última decisión median los sentimientos propios de la naturaleza humana.

### 3.2.2 La imputación

Consideramos que las constelaciones de casos pueden agruparse así:

- a) Las fallas en la detección de anomalías en el feto: Esta hipótesis comprende (i) la recomendación médica de no realizar pruebas diagnósticas prenatales, a pesar de estar presentes factores de riesgo para la salud del feto; (ii) la realización negligente de

exámenes que pasa inadvertida o, a pesar de advertirse, no se adelantan nuevos exámenes para confirmar o descartar el resultado; y (iii) la interpretación errada de los exámenes prenatales que deriva en la falsa convicción de salud del *nasciturus*.

- b) Las fallas en la información transmitida por el médico al paciente: Esta hipótesis comprende (i) la falta de información de los riesgos y/o patologías que del feto o la madre en el embarazo; (ii) la tergiversación de la información relacionada con los resultados de los exámenes diagnósticos, esto es, cuando el médico informa con un alcance diferente (por ejemplo, minimizándolos) los riesgos o afecciones padecidas por el feto o la madre; (iii) la no entrega o entrega tardía de la información a los padres por parte del personal médico, en lo relativo al estado de salud del feto o de la madre; y (iv) la información incorrecta acerca de la posibilidad legal de abortar o sus requisitos.
- c) Las fallas acaecidas en la práctica de la IVE, esto es, la realización negligente de la intervención que lleva al nacimiento del niño.
- d) Las fallas relacionadas con el trámite administrativo de la IVE, que incluyen (i) la ausencia o desinformación frente al derecho a la IVE y/o la ruta de atención de la interrupción del embarazo, (ii) la exigencia de requisitos innecesarios o prohibidos para la práctica de la IVE, (iii) la ausencia de médicos o instituciones prestadoras del servicio de salud dispuestos a practicar IVE dentro de la red de la EPS, (iv) la dilación injustificada de los trámites administrativos para la práctica de la IVE; o (v) la negativa expresa de la entidad respecto de la práctica de la IVE (Ministerio de Salud y de la Protección Social, 2016).

Todos estos escenarios, se reitera, deben derivar en el nacimiento del niño para que se configure el evento de responsabilidad. Así, la entrega tardía de información sobre el estado de salud del *nasciturus* y su futura condición física adquiere trascendencia solo cuando se impide el aborto, por ejemplo, porque esa tardanza hace que la solicitud de interrupción del embarazo se lleve a cabo en un estadio tan cercano al parto que la madre o el médico se sienten obligados a permitir el alumbramiento. Esto fue lo que ocurrió en la sentencia T-532 de 2014, donde la Corte Constitucional expresó:

la Sala encuentra que no existió una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, en el hecho de que los profesionales de la salud que conocieron de su caso se hubieron negado a practicar el aborto, bajo criterios médicos que fueron debidamente expuestos y, en los que, debe resaltarse, coincidieron todos los galenos que conocieron de este caso.

En efecto, las consideraciones formuladas por los médicos no se muestran como arbitrarias, desproporcionadas o irrazonables, sino que se encuentran debidamente soportadas en realidades científicas, como que, en el caso de embarazos con estados de gestación muy avanzados, se está frente a fetos desarrollados que, en principio, tendrían posibilidades de sobrevivir de manera autónoma por fuera del vientre de la mujer.

(...)

En este escenario, ante la existencia de criterios médicos que desaconsejaban la práctica del IVE, la EPS accionada no tenía más opciones que, como lo hizo, buscar la opinión de otros profesionales sobre esta materia. Y, en tanto todos los consultados coincidieron en negar la realización del procedimiento, no había lugar a exigir legalmente su práctica.

En consecuencia, la Sala encuentra que en el presente asunto no existió una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, como quiera (sic) que las accionadas actuaron, dentro de sus competencias, para efectos de garantizar el acceso al servicio de IVE, sin que pueda imputárseles responsabilidad en el hecho de que, finalmente, y por cuenta de criterios médicos fundados, se hubiera negado su práctica.

Un antecedente<sup>33</sup> de este pronunciamiento se encuentra en la sentencia T-841 de 2011, en el que la Corte Constitucional señaló que, a falta de regulación sobre el plazo límite para abortar, la valoración debía hacerse caso por caso:

En ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, esta Sala debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006 pues en esta se dejó claro que la falta de desarrollo legal no podía implicar la negación del derecho a la IVE. Con ello en mente, la Sala estima que la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento (...) debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un

---

<sup>33</sup> En la sentencia T-636 de 2011 la Corte Constitucional, a manera de reproche, dijo: “El juicio de valor que califica al aborto después de seis meses como un homicidio de un ser indefenso es ajeno a las funciones de la entidad [EPS]. Solo los conceptos médicos determinan cuándo es procedente la intervención en cada caso concreto. Si la experiencia enseña que a los seis meses no es aconsejable la intervención, ello debe ser establecido por los médicos tratantes, y no por la EPS de manera abstracta”. Sin embargo, más allá de esta aseveración no fueron establecidas reglas al respecto.

consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

La fijación de un límite temporal para acudir a la IVE ha sido una preocupación constante de la Corte Constitucional, como puede verse en la providencia en cita, donde se insta al Congreso a “*la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de procedimientos*”, y en aclaraciones y salvamentos de voto de las sentencias C-355 de 2006, T-946 de 2008 y, más recientemente, C-341 de 2017.

De otro lado, es necesario recordar que en Colombia la despenalización del aborto comprendió tres causales específicas<sup>34</sup>. De este modo, aunque la mayoría de los casos antes agrupados corresponden a la causal relativa a la *grave malformación del feto que haga inviable su vida*, eso no significa que, en nuestro entender, en los demás no pueda configurarse el evento *wrongful birth*; tal vez lo que ocurre es que los escenarios que lleven a su concreción pueden ser más reducidos y habitualmente enfocados en los trámites administrativos para la práctica de la IVE. Por ende, si, por ejemplo, se dilata injustificadamente el término para resolver las solicitudes de interrupción del embarazo, que jurisprudencialmente se ha fijado en 5 días (cuestión recogida en el artículo 5° de la Resolución No. 4905 del 14 de diciembre de 2006, expedida por el Ministerio de Salud), lo cual repercute en el nacimiento material del niño, consideramos que no importará si la petición de la madre se basaba en la enfermedad menor o en que fue producto del delito de acceso carnal violento o incesto, ya que en todo caso el Estado deberá entrar a responder.

Mayor complejidad presenta la excepción relativa al peligro para la vida o la salud de la mujer, ya que el nacimiento del niño sólo generará un daño si ese riesgo se concreta, si no con la muerte de la progenitora, con dificultades de salud de esta con posterioridad al parto. En el primer caso,

---

<sup>34</sup> (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

la acción le será transmitida a sus herederos (paradójicamente, incluyendo a su hijo), mientras en el segundo el reclamo judicial puede ser adelantado directamente por ella.

De cara a la teoría de imputación objetiva, las instituciones hospitalarias ostentan una *posición de garante* respecto de los pacientes desde el mismo momento de su ingreso a sus instalaciones (Radicación 70001 23 31 000 1998 00711 01 (40958), 2018); figura que se complementa con el *principio de confianza*, que gobierna la relación médico-paciente (precisamente, la doctrina habla de una *confianza que proporciona garantía* (López Díaz, 2006, pág. 166)). Esta aseveración tiene como consecuencias, por una parte, que el contenido obligacional del Estado respecto de la IVE se refuerza y, por ende, no puede asumirse de manera pasiva, y por otro, que se parte del hecho de que el paciente se encuentra en una posición de inferioridad ante los conocimientos y la especificidad de las intervenciones que realizan los galenos, quienes guían el proceso de atención.

Este es el fundamento de la imputación de responsabilidad en los reclamos *wrongful birth* en los escenarios donde en general falla el proceso diagnóstico, la transmisión de información (incluyendo el de orientar la posibilidad de abortar) y la práctica de la IVE. Cuando no logra impedirse el alumbramiento a pesar de encuadrarse el asunto en las causales legales por el desconocimiento o a pesar de la voluntad de la madre, el Estado defrauda las expectativas de su rol dentro del proceso de atención, lo que implica que para la concreción del riesgo es determinante la omisión médica. Entonces, la aparición de otras instituciones de la teoría de imputación objetiva surge en hipótesis con mayor complejidad.

A pesar de que la doctrina refiere que en este evento de responsabilidad cuando el niño nace enfermo dicha discapacidad debe ser congénita, bajo la concepción amplia que se defiende en este trabajo este no es un requisito *sine qua non*, ya que -se insiste- lo trascendental será la lesión a los derechos a la IVE y a la autodeterminación reproductiva. Bajo este entendido, si el médico es quien provoca la grave enfermedad del feto, ya sea por la prescripción de medicamentos o la realización de exámenes que derivan en la afectación, habrá *incrementado el riesgo permitido* para la actividad, generando la atribución de responsabilidad.

Sin embargo, esta conclusión debe demarcarse con dos precisiones adicionales. De un lado, existen exámenes que entrañan riesgos (sean mínimos o altos) para la salud del feto que pueden llegar a concretarse; empero, si para su realización media un consentimiento debidamente informado, no habrá lugar a atribuir responsabilidad alguna por configurarse una *acción a proprio riesgo* en razón a que, gracias a la información suministrada, la víctima, como sujeto autorresponsable y con conocimiento del riesgo, tiene bajo su control la decisión sobre la realización o no de la actividad y, a pesar de la preexistencia de una posición de garante institucional, el consentimiento de la autopuesta en peligro con la prestación del denominado consentimiento informado excluye la imputación al trasladar la responsabilidad del riesgo (López Díaz, 1996, pág. 171). Esto último también conlleva que, de concretarse un riesgo no consentido o, a pesar de serlo, deviene de una mala *praxis*, la defraudación del rol del médico hace que la exclusión *a priori* del resultado no opere.

De otro lado, el origen de la enfermedad en la actividad médica sólo es relevante para efectos del evento *wrongful birth* siempre que (i) lleve a que la situación se encuadre dentro de la causal para la IVE y que (ii) el proceso de atención termine en la imposibilidad de ejercerla, pues de otra forma el hecho generará responsabilidad, pero fuera del ámbito del reclamo estudiado. Lo mismo puede afirmarse de los medicamentos o exámenes que provocan una enfermedad grave a la madre que hace inviable el aborto, con las particularidades antes mencionadas.

Igualmente, resulta claro bajo el criterio de *adecuación* que si el aborto es practicado y, aun así, el nacimiento se produce, habrá lugar a imputar responsabilidad, debido a que los especiales conocimientos de los galenos permite inferir que el resultado indeseado le era previsible y, por lo tanto, era necesario que adoptara las medidas suficientes para evitarlo (de prevención o verificación del éxito del medicamento o la intervención abortiva) y, a pesar de esto, se materializó.

También puede acontecer que, por ejemplo, una mujer exteriorice su voluntad de interrumpir el embarazo y sea redireccionada a otra institución, la cual se niega a realizar la intervención o la dilata al punto de favorecer el nacimiento. En este evento, a pesar de la concreción del resultado perjudicial, a la primera institución hospitalaria no debe imputársele el daño dado que opera la *prohibición de regreso*, pues la actuación de ésta se enmarca dentro del *riesgo permitido* y bajo

el amparo del *principio de confianza* en la división del trabajo. Cabe aclarar que aun cuando uno de los requisitos para que opere esta institución es la inexistencia de una *posición de garante* la cual, como se dijo, impera en la atención médica, en este escenario dicha posición cesa al momento en que el paciente es entregado al segundo centro hospitalario, que la adquiere a partir de ese instante.

La liberación de responsabilidad no se configura si el tiempo transcurrido entre la solicitud y la remisión efectiva influye en el alumbramiento por extenderse más allá de lo razonable, pues en este caso se *incrementaría el riesgo permitido*. En la misma línea, la primera institución hospitalaria estaría llamada a responder si efectúa la remisión a una entidad respecto de la cual conoce que no presta el servicio (ya sea porque no lo tiene habilitado, el personal médico en su totalidad es objetor de conciencia o cualquier otra causa), porque la actuación no estaría amparada en el *principio de confianza* ante la previsibilidad de que el otro participante en la actividad defraudaría las expectativas de su rol. En todo caso, la motivación de la remisión de la primera institución a la segunda debe ser válida, lo que excluye conductas como la objeción de conciencia institucional, la exigencia de requisitos mayores a los impuestos por la jurisprudencia para aceptar la voluntad de la madre o conceptos basados en prejuicios, las cuales han sido reiterativamente reprochadas por la jurisprudencia constitucional.

En esencia, en estas hipótesis el incumplimiento de los deberes positivos que emanan de la *posición de garante* (evitación o, por lo menos, disminución del riesgo) es el que lleva a la atribución de responsabilidad. Esto a menos que la madre hubiera ocultado información a los galenos que hubiera conllevado la realización de exámenes que hubieran permitido detectar una enfermedad grave que hiciera posible la práctica del aborto. En este escenario, la privación del derecho a la IVE se derivaría del *hecho exclusivo de la víctima*.

Ahora bien, como se ha mencionado, el estado actual de la ciencia es determinante a la hora de verificar si fue defraudada la expectativa del rol o, en términos de imputación jurídica, si el daño se derivó del incumplimiento de un contenido obligacional. Por esa razón, aunque, por ejemplo, no se hubiera ordenado la realización de exámenes diagnósticos para determinar el estado de salud del feto o las afectaciones que podía sufrir la madre por el embarazo, con lo que no se permite a los progenitores adviertan que la situación se enmarca en una causal legal de IVE,

pero aún con la práctica de los aludidos exámenes no hubiera podido conocerse la patología porque el estado actual de la ciencia no lo permitía, no hay lugar a imputar responsabilidad.

En este caso, aunque está presente la infracción al deber objetivo de cuidado, el *comportamiento alternativo conforme a derecho* no hubiera impedido la concreción del riesgo, sin que el que fue materializado lo hubiera incrementado.

Creemos que otro caso donde el concepto del *comportamiento alternativo conforme a derecho* es el que permite justificar racionalmente la imposibilidad de imputar responsabilidad al Estado es cuando se acredita con suficiencia que los padres no hubieran optado por el aborto de haber conocido que su situación se encuadraba en una de las causales legales para hacerlo. En esta hipótesis, la infracción al deber objetivo de cuidado impide el ejercicio de los derechos al IVE y a la autodeterminación reproductiva, lo que lesiona los intereses lícitos de los padres; empero, si con un adecuado diagnóstico, información u orientación sobre la ruta de atención para la práctica de la interrupción del embarazo de todas formas no se hubiera optado por terminar el proceso de gestación, no puede afirmarse que la conducta de los médicos permite atribuirles responsabilidad (Macía Morillo, 2009, págs. 200-202). Precisamente, como lo afirma la doctrina (López Díaz, 1996, pág. 184), esta indagación debe hacerse *ex post*, teniendo en cuenta todas las circunstancias que posteriormente son conocidas y que han influido en la producción del resultado, como las profundas convicciones filosóficas o religiosas de los padres.

Si en este escenario se aceptara que el daño es la *pérdida de oportunidad* de decidir sobre la continuación del embarazo y no la conculcación de los derechos antes mencionados, no podría alegarse que el *comportamiento alternativo conforme a derecho* hubiera llevado al mismo resultado y, por ende, éste no sería imputable al Estado. Esta conclusión se infiere de la posición actual del Consejo de Estado frente a la ubicación de esta figura en el juicio de responsabilidad, pues al tratarse de un daño autónomo y no de un asunto de probabilidad causal o causalidad hipotética, los criterios de atribución aplicables son los ordinarios, teniendo en cuenta que la lesión es la extinción de las probabilidades o el chance de obtener el beneficio o evitar el perjuicio. En este orden de ideas, de nuevo la *posición de garante* y el criterio de *adecuación* permitirían ligar la creación del riesgo con su concreción.



Hasta este punto, se colige que las hipótesis expuestas activan la obligación reparatoria por parte del Estado ante el incumplimiento de su contenido obligacional, lo que se traduce en una falla en el servicio. En otras palabras, es la conducta irregular y antijurídica de la Administración la que justifica la condena, por la desatención de estándares normativos o de la *lex artis*. Acá no solo es el principio funcional de la o las instituciones médico-sanitarias el que es transgredido, sino también el de legalidad, dado el contenido prestacional del derecho fundamental a la IVE y los deberes expresos relacionados con la facilitación del ejercicio de la autodeterminación reproductiva o libertad de procreación.

Sin embargo, consideramos que puede presentarse un escenario donde la imposibilidad de ejercer libremente estas garantías compromete a la Administración a pesar de que ésta lleve a cabo una actuación lícita y es cuando después de solicitada la interrupción del embarazo, por razones válidas, no se lleva a cabo el aborto. Esto puede acontecer, por ejemplo, cuando se apresura naturalmente el parto y la madre da a luz estando la entidad dentro de la oportunidad para realizar el procedimiento; cuando la institución que atiende el caso válida y oportunamente efectúa la remisión de la paciente a otra entidad y en dicho proceso se da el nacimiento; o en una hipótesis ya enfrentada por la Corte Constitucional, cuando a la mujer le es negada la práctica de la IVE -a pesar de configurarse una de las causales legales- con fundamento en el criterio médico que desaconseja el aborto.

En estos escenarios se parte de la existencia de un interés jurídico lícito que debe ser salvaguardado; sin embargo, se ve lesionado sin que la actuación de la institución hospitalaria haya sido irregular. En el primer caso, no puede hablarse de la defraudación de la expectativa del rol cuando la entidad no ha incumplido los plazos fijados jurisprudencial y legalmente para adelantar la IVE y el parto se produce por causas naturales.

En el segundo caso, la validez de las razones de la remisión, como puede ser la objeción de conciencia del personal médico, no puede considerarse como constitutiva de un riesgo desaprobado, ya que la tensión entre los derechos de la madre y los de los galenos no llega a anular estos últimos. Según se vio, la Corte Constitucional no prohíbe que se objete de conciencia en estos eventos, sino que delimita con precisión los requisitos de legitimación, oportunidad y motivación para que esta manifestación sea merecedora de respeto y el trámite

subsiguiente que debe desarrollarse. Por ende, siempre que se cumplan todos los requisitos para que la orden de remisión sea válida debe entenderse que la actuación es lícita, lo que excluye la configuración de una falla en el servicio.

Finalmente, en el tercer caso, la jurisprudencia constitucional aceptó que el criterio médico debidamente sustentado acerca de la inviabilidad del aborto por la madurez del feto puede justificar la negativa a la práctica del aborto:

6.2.1. Como se indicó en el acápite de antecedentes de la presente providencia, en este caso a pesar de que la EPS accionada autorizó el servicio de interrupción voluntaria del embarazo, lo cierto es que éste **no se pudo llevar a cabo debido a que los distintos médicos que atendieron el caso se negaron a practicar el aborto en atención a lo avanzado del estado de gestación.**

Estos profesionales, adujeron, de manera general, que realizar una interrupción voluntaria del embarazo en esa etapa, implicaba dar muerte previa al feto para luego extraerlo del vientre de la mujer. De no realizarse este procedimiento, el resultado de una cesárea sería la extracción de un feto vivo, con posibilidades de sobrevivir de manera autónoma y separada de su gestante.

(...)

En efecto, las consideraciones formuladas por los médicos no se muestran como arbitrarias, desproporcionadas o irrazonables, sino que se encuentran debidamente soportadas en realidades científicas, como que, en el caso de embarazos con estados de gestación muy avanzados, se está frente a fetos desarrollados que, en principio, tendrían posibilidades de sobrevivir de manera autónoma por fuera del vientre de la mujer.

Debe indicarse, además, que ninguno de estos profesionales recondujo su argumentación al tema de la objeción de conciencia; en otros términos, ninguno de ellos alegó razones de conciencia o de convicción para negarse a practicar el procedimiento, sino que se quedaron en el campo médico y científico para el efecto; todo ello, por lo demás, dentro del ámbito de su autonomía profesional.

En este escenario, ante la existencia de criterios médicos que desaconsejaban la práctica del IVE, la EPS accionada no tenía más opciones que, como lo hizo, buscar la opinión de otros profesionales sobre esta materia. Y, en tanto todos los consultados coincidieron en negar la realización del procedimiento, no había lugar a exigir legalmente su práctica. -Subraya y negrilla fuera del texto original- (Sentencia T-532/2014)

En otras palabras, los galenos entendieron que ya había una vida autónoma, separable de la madre y subsistente por sus propios medios y, por eso, manifestaron que no era viable la IVE. El consejo médico no se derivó de una restricción jurídica ni tampoco para beneficiar la salud

de la madre, incluso no se alegó una objeción de conciencia (aunque podría aseverarse que en esencia sí hubo objeción), sino que se fundó en que había una verdadera vida completa.

No obstante, la solución del caso antes citado deja dudas en términos de técnica. Para ese momento la IVE ya era considerada un derecho fundamental, que ante el silencio del legislativo solo está regulada bajo el sistema de indicaciones<sup>35</sup>. Así, ante la ausencia de un plazo límite para abortar, en principio el derecho existe antes de que se produzca el nacimiento del menor. Por ende, cuando la madre solicita la interrupción del embarazo y es negada con base en un concepto médico válido creemos que el derecho se ve lesionado, pero la conducta que afecta la garantía constitucional es legítima y, por ende, ausente de culpa o falla. Entonces, no es claro que no se esté ante una vulneración *insfundamental* o si más bien la conducta que le da origen inhibe la imputación.

Aunque en sede de tutela esta discusión puede admitir diversas opiniones, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado pensamos que el asunto permite un examen menos controversial. Como la existencia de una actividad antijurídica de la Administración no influye en la configuración o no del daño, en este ámbito no podría por este simple hecho descartarse la pretensión resarcitoria. En este orden de ideas, en esta hipótesis -al igual que en la anterior- la Administración lícitamente impone una carga especial y anormal que rompe el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, es decir, un *daño especial*.

Esta tesis la consideramos procedente en razón a que se reúnen los requisitos para que opere este título de imputación (Saavedra Becerra, 2018, págs. 600-610): (i) resulta de un actuar legítimo que supone una ponderación de intereses en el que prevalece el interés general (por ejemplo, el relativo a salvaguardar el núcleo esencial del derecho a la libertad de conciencia de otro grupo de ciudadanos, esto es, de los médicos); (ii) el menoscabo es especial debido a que lo sufre únicamente uno o ambos padres, de donde radica la desigualdad; y (iii) de ninguna manera la continuidad del proceso de gestación dentro de las causales legales de IVE en contra

---

<sup>35</sup> Existen tres sistemas de regulación de la IVE: (i) de plazos, (ii) de indicaciones, y (iii) mixtos, que combinan los dos anteriores (Macía Morillo, 2003, págs. 335-336).

de la voluntad de los progenitores puede entenderse como una carga inherente a la vida en sociedad.

### 3.3 Tratamiento del evento *wrongful life*

#### 3.3.1 El daño antijurídico

Este es, sin duda, el evento más polémico de los que se estudian en este escrito y ha abierto debates llenos de razonamientos a favor y en contra que se mueven entre los planos jurídico, filosófico y de política pública. Así como también sucede en los reclamos *wrongful conception* y *wrongful birth*, el problema inicial radica en la identificación *a priori* de la vida como el daño del que se solicita resarcimiento; empero, en este evento resulta sumamente difícil -si no imposible- deslindar ambos aspectos con el propósito de lograr una conceptualización con menos resistencia argumentativa.

Conforme ya se ha dicho, en este escenario es el niño quien (por medio de la figura de la representación) demanda por el hecho de haber nacido con una grave discapacidad congénita, porque el alumbramiento se produjo después de haber impedido a la madre (de forma activa o pasiva) el ejercicio del derecho a interrumpir el embarazo. En este sentido, la discapacidad no es producto de la atención médica sino de la naturaleza, pero si la progenitora hubiera interrumpido el embarazo, el niño no habría llegado al mundo con las graves dificultades de salud que le aquejarán durante toda la vida (Pacheco Jiménez, 2013, pág. 301).

MACÍA MORILLO (2011, pág. 85) explica que son tres los presupuestos para que este evento se configure; (i) que las enfermedades sufridas por el feto no pudieran ser curadas aunque fueran diagnosticadas a tiempo, de acuerdo con el estado actual de la ciencia; (ii) que, en cambio, sí fuera posible el diagnóstico de dichas patologías; y (iii) que el ordenamiento jurídico permita la interrupción voluntaria del embarazo, por lo menos por motivos embriopáticos. Sin embargo, aun reuniéndose estos requisitos el primer obstáculo a superar consiste en encontrar un interés lícito indemnizable.

Sobre este punto, bajo su concepción tradicional -aceptada tanto en las jurisdicciones continentales como en el *common law*- , el daño supone la alteración negativa de un estado de cosas existente (Henaó, 2007, pág. 84), de donde precisamente la diferencia cualitativa entre ambos estados se constituye en el menoscabo reparable. Esta técnica (de la diferencia), que implica un análisis contra-factual, en el evento *wrongful life* se enfrenta a lo que la doctrina denomina como la *paradoja de la inexistencia* (*non-existence paradox*), porque el niño nacido con una discapacidad no tiene un estado anterior que pueda emplearse como punto de comparación. En otras palabras, como la enfermedad es inherente a la existencia de ese ser, el único estado anterior a ese es no existir ni siquiera como feto o embrión (Jackson, 1995, pág. 566; Ruda, 2010, pág. 209; Priaulx, 2002, pág. 342). Incluso, en estricto sentido la inexistencia no es un estado, así que en realidad no hay un punto de comparación anterior a la enfermedad (Gosseries, 2011, pág. 14; Scott, 2003, pág. 129; Perry, 2008, págs. 361-362). Por ende, admitir la existencia de un menoscabo sin la posibilidad de comparación con un estado anterior sería equivalente a un *daño sin pérdida* (Steininger, 2010, pág. 153).

Para superar o, por lo menos, evadir esta gran brecha argumentativa, los partidarios de este evento, que aunque no son mayoría cuentan con juristas de prestigio como la doctrinante francesa VINEY -quien ha afirmado que no puede sostenerse válidamente que los padres sean indemnizados y el niño no lo sea (Tapia Rodríguez, 2003)- han propuesto alternativas para la identificación del daño.

Una de ellas ha considerado la interrupción del embarazo como un derecho extensible al menor, que cuando es impedido afecta no solo los intereses de la madre, sino también del *nasciturus* (Ruda, 2010, págs. 226-228). Según esta tesis, la madre actúa como *curator ventris* y decide en favor de los intereses del feto, por lo que, con fundamento en los derechos a la personalidad y a la autodeterminación, podría derivarse un verdadero *derecho a no existir*. Esta postura también se encuentra en la doctrina con una variación, referida a que el antedicho interés -si no derecho subjetivo- proviene de la aplicación del principio *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, que permite que al concebido se le tenga por nacido para todo lo que le sea favorable (Montero, 2005, págs. 8-9; Bonningues, 2001, págs. 66-67).

Aun cuando podría sostenerse que en nuestro ordenamiento esta posición sería admisible a partir de lo dispuesto en los artículos 53 numeral 3º y 54 *in fine* de la Ley 1564 de 2012 (capacidad del concebido para ser parte y para comparecer al proceso), que sugiere que la madre está legitimada para actuar en defensa del concebido, lo cierto es que pueden oponerse fuertes críticas en contra. En primer lugar, como lo menciona MONTERO (*ibíd.*), el *derecho a no existir* o *a no nacer* sería un derecho sin titular, en razón a que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica.

Siguiendo a la Corte Constitucional (Sentencias C-591 de 1995 y T-223 de 1998), de las previsiones establecidas en los artículos 90 y 93 del CC se desprende que el *nasciturus* tiene en suspenso sus derechos legales hasta el momento del nacimiento, pero se encuentra cobijado por sus derechos constitucionales, en especial los derechos de los niños. En este orden de ideas, la operancia del principio *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* está supeditado al cumplimiento de una condición suspensiva, que es el nacimiento, sin el cual el derecho surgido antes de este hecho se tiene como si nunca hubiera existido, que es lo que ocurriría con el *derecho a no existir*.

Por otro lado, difícilmente a partir de los derechos de los niños podría sustentarse que el *nasciturus* tiene derecho a no nacer. Aun cuando podría aseverarse que esta garantía se deriva del derecho fundamental a morir dignamente, que puede ser ejercido por los menores de edad a través de la figura del consentimiento sustituto (Belsky, 1993, págs. 229-230; Priaulx, 2002, pág. 341), no puede pasarse por alto que hasta que se produzca el nacimiento el feto no cuenta con el derecho subjetivo a la vida o a la autodeterminación, de los que pueda disponer incluso mediante ficciones jurídicas. Si este argumento fuera viable, chocaría frontalmente con el derecho a la interrupción del embarazo en los eventos en los que el niño no sufre graves enfermedades, porque éste se basa precisamente en la ponderación de los derechos de la madre y un valor constitucional (no derechos del no nacido), que es la protección de la vida (Macía Morillo, 2009, págs. 189-190; Perry, 2008, págs. 365-366). Así, en la práctica se denegaría el derecho a la vida del *nasciturus* para reconocerle el de morir o a no nacer (Montero, *ibíd.*).

De esta crítica ha surgido una adicional, que consiste en el *derecho a no nacer* podría llevar a que los niños nacidos con discapacidades porque sus madres conscientemente decidieron no abortar podrían accionar contra sus progenitores al sentir que su vida está llena de sufrimientos; no

obstante, el elemento de la culpa estaría en entredicho, ya que la decisión sobre la IVE puede ser afirmativa o negativa, lo que, en contraste con la teoría de la *extensión del derecho a la interrupción del embarazo* o el *derecho a no nacer*, queda sólo dentro de la órbita decisional de la madre (Ruda, 2010, pág. 227; Montero, 2005, págs. 9-10; Giesen, 2012, págs. 43-44; Elizari Urtasun, 2009, pág. 159). Asimismo, la doctrina discute si, además de la expansión del círculo de accionados, una demanda donde se alegue que el nacimiento del niño se convierte en un daño puede llegar a afectar al menor moralmente o lesionar su dignidad (Perry, 2008, págs. 349-350; Steininger, 2010, págs. 151-152; Stretton, 2005, págs. 340-342).

Contra la *paradoja de la inexistencia* también se han propuesto reparos más directos, que señalan que la comparación entre el estado del niño una vez nacido y un punto de referencia resulta viable. Esta posición presenta tres variantes: la primera esgrime que es posible la comparación a partir de un balance de beneficios de una vida con discapacidad prolongada contra sus cargas (Belsky, 1993, pág. 232; Perry, 2008, pág. 364). La segunda variante sugiere que la comparación con la inexistencia puede realizarse en los casos de grave discapacidad, estableciendo un umbral “cero” del que se infiera, si la condición del menor es inferior a ese número, que se ha causado un daño porque la inexistencia sería preferible (Scott, 2003, págs. 130-131; Stretton, 2005, pág. 356). La tercera variante cambia el centro de la comparación, abogando porque el contraste se lleve a cabo con otros niños (no con el nacido con discapacidad), ya sean hijos de los mismos progenitores o no (Ruda, 2010, págs. 212-214).

En similar sentido, CRICENTI (2014) considera que la dificultad de estos eventos radica en el incorrecto planteamiento del problema, porque se ha asentado en el *derecho a no nacer*. Sobre esta construcción, se cuestiona “¿cómo puede un individuo, recurrir jurídicamente contra de la circunstancia -esa de su propio nacimiento- que sólo le proporciona subjetividad jurídica... si ya es problemático que un ser pueda invocar su propio derecho a no ser, y aún más difícil pensar en un no-ser, como es en el punto de que aún no haya nacido y que reclame el derecho a seguir siéndolo, y eso no es entrar en la esfera del ser?”. En otras palabras, este autor asevera que el derecho a no nacer sólo lo tendría el nacido, y con el alumbramiento el mentado derecho ya habrá desaparecido; a esta paradoja se refiere CRICENTI como una “*contradicción pragmática o performativa*”. Por eso, entiende que la lesión consiste en el daño a la salud del niño, que se verifica al momento del nacimiento y afecta un interés lícito, conllevando una comparación entre la enfermedad y el no nacimiento.

Estas teorías que se basan en la comparación, aunque son soluciones creativas, mantienen la misma falencia estructural, ya que parten de una apreciación subjetiva (es mejor la inexistencia que la vida con discapacidad) y se enfocan en las condiciones de salud del niño, las cuales no tienen origen en la actuación del médico (Macía Morillo, 2003, pág. 425). Asimismo, los ejercicios de contraste en mención pueden dar lugar a que cualquier condición desventajosa advertida en el nacimiento sea considerada como daño (incluso tendencias a padecer ciertas patologías), aunque no necesariamente haya dado lugar a una eventual IVE (Perry, 2008, págs. 373-376). Además, una comparación establecida en términos meramente cuantitativos iría en contra del concepto de dignidad humana (Ruda, 2010, pág. 210; Bonningues, 2001, pág. 71).

De otro lado, aun cuando en la responsabilidad extracontractual es frecuente comparar la existencia con la inexistencia, esto ocurre cuando primero la persona existe y luego fallece, lo que presupone un punto de referencia conocido o cognoscible, y no cuando nunca debió existir, que es una situación inescrutable.

Una propuesta con una base semejante consiste en aplicar analógicamente la *teoría de la separación* para alegar que el daño radica en los gastos adicionales que genera la discapacidad (Priaulx, 2002; Mondaca Miranda, Aedo Barrena, & Coleman Vega, 2015). De forma particular, una propuesta en ese sentido señala que debe considerarse la existencia de un *derecho a nacer como un ser humano completo y funcional -right to be born a whole, functioning human being-* (Hanson, 1996, págs. 9-10; Ruda, 2010, págs. 211-212). La idea principal de esta conceptualización es separar el nacimiento del niño de los gastos relacionados con su discapacidad, renombrando el evento como *wrongful impairment* y determinando que la demanda debe estimarse cuando la falla: “1) alteró el curso natural del desarrollo prenatal, 2) negó a los padres la oportunidad de recibir tratamiento prenatal por defectos razonablemente tratables, o 3) negó a los padres la oportunidad de no concebir al niño o terminar su existencia” (Hanson, *ibíd.*).

Las dos primeras hipótesis se alejarían del evento bajo estudio, toda vez que la actividad médica es la que genera o agrava las condiciones de salud del feto. Respecto de la tercera, la misma doctrina cuestiona los problemas que este nuevo derecho tendría para su delimitación, en razón



a que originaría demandas de personas que no se consideren completos y/o funcionales al dejar en el plano subjetivo la calificación del daño.

Para evadir estas dificultades y con inspiración en la doctrina italiana y francesa, RUDA (2010, pág. 211) expone que el daño en este escenario no es otra cosa que la afectación de la dignidad humana del menor, que se ve lesionada por el mero hecho de la vida con discapacidad. De este modo, plantea que la configuración de un menoscabo *in re ipsa* con el propósito de dispensar a los accionantes de la prueba de la culpa o falla y del *quantum* de los perjuicios. Empero, no solo considerar que una enfermedad congénita afecta la dignidad humana llevaría a profundas discusiones sociales y filosóficas, sino que también generaría problemas en el plano de la imputación, como más adelante se verá, porque sigue mediando el problema de la *paradoja de la inexistencia*.

Otro sector doctrinal -principalmente español- ve factible hablar de una *pérdida de oportunidad* en este evento. Mientras que en el reclamo *wrongful birth* aparecían como dificultades para aplicar esta figura que el aborto no podía considerarse como un resultado favorable y que no estaba supeditado a un álea sino a la decisión de la madre, los partidarios de esta solución sostienen que frente al *nasciturus* estos cuestionamientos no existirían (Pacheco Jiménez, 2013, pág. 301). Sin embargo, ese resultado favorable sería no existir, lo cual es imposible de determinar (Elizari Urtasun, 2009, pág. 158; Ruda, 2010, pág. 220; Macía Morillo, 2003, pág. 474).

Conforme puede observarse, en este evento hay un juego de argumentos y contraargumentos, de callejones sin salida que llegan al mismo punto: la cuestionable valoración de la inexistencia como menoscabo a un interés lícito. Este escollo parece insalvable bajo las instituciones tradicionales del derecho de daños, incluso con prescindencia de la tesis -otrora predominante- atinente a la *santidad de la vida*, su carácter imponderable y valor absoluto, que en nuestro ordenamiento claramente no tiene cabida.

En esta línea, consideramos que la tesis más interesante con la que trata de superarse esta dificultad es la expuesta por GOSSERIES (2011, págs. 14-19) la cual, reconociendo la imposibilidad esbozada en precedencia, afirma que este evento de responsabilidad no puede analizarse bajo un concepto estándar de daño. Por eso, propone un concepto alternativo que se

relaciona con la idea de identificar si el niño tendrá “*una vida que vale la pena ser vivida*”<sup>36</sup>. Este criterio supone establecer un umbral de *vida digna*, al cual llama *concepto soléico daño* (del latín *solea* o *solum*, que significa umbral o fondo).

GOSSERIES define este concepto así: “*hay daño si el estado de la víctima es inferior al del umbral de referencia, el último definido por ejemplo por el criterio de [vida que vale la pena ser vivida]*”. Además, le da contenido con cuatro características. Primero, a partir de las decisiones de los tribunales europeos (principalmente belgas), afirma que tiene un campo de aplicación reducido y, por ende, en muchos casos las patologías del niño están por encima del umbral en mención. Segundo, sostiene que la sola acreditación de la configuración del daño (en su acepción *soléica*) no es suficiente para declarar la responsabilidad, porque sigue siendo indispensable la comprobación de una culpa o falla. Tercero, el umbral de *vida que vale la pena ser vivida* también tiene consecuencias en términos de reparación, toda vez que esta, por consiguiente, debe consistir en la identificación de lo que es necesario para lograr una vida que valga la pena vivirse y no el nivel más alto de condiciones de una vida normal. Y, en cuarto lugar, implica que los intereses de los que un feto puede ser titular pueden incluir en algunos casos un *interés en no haber nacido*, sin afirmar la existencia de un *derecho a no nacer* enfermo.

Para explicar este último punto, el doctrinante indica que la despenalización del aborto implica el reconocimiento implícito de que en ciertos casos la *ausencia de vida* puede ser preferible al nacimiento, lo que refuerza la idea de una *vida que vale la pena ser vivida*.

Empero, el mismo autor reconoce cierta dificultad en el aspecto nuclear de su tesis, que radica en determinar cuándo una vida vale la pena ser vivida o, en términos del juicio de responsabilidad, quién determina cuándo se configura el daño en su connotación *soléica*. Ante este interrogante, plantea tres soluciones posibles; la primera corresponde al niño que nace con una discapacidad, aunque plantea que el menor no podría dar su opinión dada su edad y, eventualmente, si fallece antes de tener uso de razón. La segunda solución consiste en que sean los padres los que refieran la existencia del daño, pero además sería inaceptable que la parte

---

<sup>36</sup> No con el mismo desarrollo, RUDA (2010, pág. 211) habla de *un grado mínimamente decente de normalidad*.

demandante determine por sí sola el alcance del daño del que se pretende reparación. Asimismo, en razón a que la madre cuenta con el derecho a interrumpir el embarazo, ella podría determinar si la vida del niño se encuentra por debajo del umbral en mención.

En realidad, los cuestionamientos frente a este último punto quedan sin una respuesta cierta, porque GOSSERIES no toma explícitamente partido por ninguna opción. Sin embargo, no cabe duda de que las soluciones propuestas no llevan a una alternativa objetiva de calificación del daño, debido a que ese aspecto de ningún modo puede dejarse a cargo de las partes del proceso y tampoco se avizora con tranquilidad que un tercero pueda dictaminar al respecto. En este sentido, pensamos que ni siquiera un perito podría científicamente determinar si una vida vale la pena ser vivida y el Juez no puede calificar a su arbitrio y según su percepción este aspecto.

Lo interesante de esta conceptualización es variar el terreno en el que se presenta la discusión, pero por lo demás, no compartimos el principio en que se sustenta esta posición, que es la necesidad de adoptar un concepto alternativo de daño. A pesar de que los avances sociales y tecnológicos han obligado a replantear varios aspectos del juicio de responsabilidad, creemos que crear una conceptualización particular de daño para establecer la obligación reparatoria en escenarios donde los conceptos estándar no caben es equivalente a cambiar las reglas de juego a mitad de partido para poder resultar victorioso. Como lo refiere TODD (2005, pág. 540), no es deseable admitir reclamaciones que no puedan justificarse mediante la aplicación de los principios ampliamente aceptados. Además, si el daño puede tener un contenido diferente dependiendo del evento de responsabilidad, se crearía no solo inseguridad frente a qué resultados deben evitarse en el contacto social, sino que también abriría una ventana peligrosa hacia la expansión indebida de la responsabilidad extracontractual.

De otro lado, consideramos que no son descabellados los temores relacionados con que aceptar la configuración de un daño en este evento llevaría a la práctica defensiva de la medicina, en la que ante la duda frente al estado de salud del feto los galenos recomendarían practicar abortos para no verse futuramente sometidos a un reclamo legal -en el caso de la responsabilidad del Estado, por vía de la pretensión de repetición- (Belsky, 1993, págs. 245-246; Perry, 2008, págs. 353-354; Giesen, 2012, pág. 44). Aun cuando el Juez no puede guiarse exclusivamente por

matices extrajurídicos como el presente para dictar sentencia, lo cierto es que podría tratarse de un resultado indirecto que no puede pasarse por alto.

Finalmente, vale la pena mencionar que se ha planteado que, en caso de admitirse la existencia de un daño, su reparación *in natura* se lograría a través de la eutanasia; empero, como se ha explicado en acápites anteriores, medidas de este tipo no pueden imponerse como una carga para mitigar el daño y tampoco, de presentarse, podría por sí solo inhibir la acción o su prosperidad. Por lo tanto, sigue subsistiendo el problema de la configuración de la lesión y, eventualmente, de su imputación, a la que nos referiremos enseguida.

### 3.3.2 La imputación

Conforme se anticipa en el análisis del daño, de aceptar que éste puede entenderse configurado bajo alguna de las tesis expuestas, no por eso la imputación sería un asunto sencillo y encontraría su primer obstáculo en un punto que ha venido siendo reiterado, que consiste en que los médicos no causan la enfermedad sino que, en general, su error reside en no haber posibilitado la interrupción del embarazo.

Es claro que el problema se deriva de la imposibilidad de encontrar un interés jurídico que pueda considerarse dañado. Al respecto, PERRY (Perry, 2008, pág. 377) asegura que “*if the law does not recognize the liberty to abort a disabled fetus, there is no causal connection between the consultant's negligence and the child's life of suffering*” [si la ley no reconoce la libertad de abortar a un feto discapacitado, no existe una conexión causal entre la negligencia del médico y la vida de sufrimiento del niño]. Además, toma un argumento de los eventos *wrongful birth* para indicar que si la decisión de los padres, relativa a interrumpir el embarazo, no se prueba inequívocamente, se presentaría una falta de causalidad (*lack-of-causality*).

Para JACKSON (1995, págs. 560-563), el examen de la *proximate cause* no dista de otras hipótesis donde los errores de diagnóstico, aun cuando no son la raíz de la patología, no alivian el dolor del paciente (*survival actions*). RUDA (2010, págs. 218-220), en cambio, a pesar de poner de

relieve el carácter congénito de la enfermedad, asevera que la actuación médica es una *causa concurrente*. Sin embargo, refiere que el asunto escapa del *ámbito de protección de la norma* (*scope of protection of the norm*), porque el derecho al aborto no cubre ningún interés del menor.

En el mismo plano de la causalidad, MACÍA MORILLO (2009, págs. 194-200) manifiesta que es posible enlazar el comportamiento de los profesionales médicos a la privación de la facultad de abortar o de la libertad de procreación, pero es dudoso que se extienda a eventos posteriores al nacimiento, como la existencia del niño con discapacidad. Asimismo, como RUDA hace alusión a que el *ámbito de protección de la norma* que permite la IVE no protege un interés del niño (no nacer o hacerlo sin discapacidad).

Respecto del *deber de cuidado* también se presentan interrogantes. Mientras que en el fallo *Perruche* prácticamente se aplicó la regla *res ipsa loquitur*, entendiéndose que el médico debía entregar la información que permitiera decidir a los padres sobre el avance del proceso de gestación, otro sector doctrinal considera que el deber de cuidado defraudado debe acreditarse no respecto de la madre sino del niño; de ahí que pueda oponerse -aunque con críticas (Belsky, 1993, pág. 221; Steininger, 2010, pág. 154)- que es inexistente porque al momento de la actuación médica solo existe el feto, el cual no es sujeto de derechos (como se expone en el caso *McKay*) o que se alegue que no hay un deber de cuidado frente al feto referido a matarlo (Ruda, 2010, págs. 222-223; Scott, 2003, págs. 127-128).

Nosotros consideramos que, desde el plano del estudio tradicional de la causalidad (si se quiere, adecuada), la actuación omisiva del personal médico sería una *causa propiciativa* en la producción del menoscabo (Salvador Coderch & Fernández Crende, 2006, pág. 3). Esto por cuanto si se suprime la actuación omisiva de los médicos o, mejor dicho, se incluye mentalmente en la cadena causal la conducta esperada (a manera de *conditio sine qua non* en el sistema continental o *but-for test* en el anglosajón), el nacimiento con discapacidad no se hubiera producido. Los aprietos aparecen al traducir ese nexo en responsabilidad con el uso de las instituciones de imputación.

La discusión acerca de la existencia de un deber de cuidado frente al feto o sólo respecto de la madre cae en el plano de la *posición de garante*. Adherimos a la tesis que prohija que el contenido

obligacional se extiende al bienestar del *nasciturus*, ya que solo de esa forma se explica que las lesiones producidas directamente por los galenos le son imputables bajo las figuras de *incremento del riesgo permitido*, *principio de confianza* y *adecuación*, conforme se explicó en el evento *wrongful birth*. No obstante, el reparo relacionado con el *ámbito de protección de la norma*, en nuestro criterio, es difícil de superar.

Conforme se indicó en precedencia, la despenalización del aborto y, consecuentemente, el reconocimiento del derecho a la IVE es una garantía creadas a favor de la madre y pensando en sus intereses. La correlativa obligación de información que recae en cabeza del personal médico en este aspecto, por ende, está dirigida a salvaguardar la adecuadamente informada decisión de la progenitora, a partir de la valoración integral de las circunstancias que rodean el proceso de gestación. Así las cosas, aunque en general la *posición de garante* cubre al *nasciturus*, creemos que la relación de riesgo no se concreta en este caso respecto del niño por cuanto no hay un interés suyo involucrado.

Recuérdese que la teoría de imputación objetiva se sustenta en dos categorías principales, que son (i) la creación o incremento de un riesgo, y (ii) que ese riesgo se concrete dando lugar al resultado lesivo. Frente a la madre, la obstaculización del aborto incrementa el riesgo permitido en la actividad médica al afectar el derecho a la IVE, y el nacimiento constituye la concreción de ese riesgo; pero en cuanto al *nasciturus*, ese mismo riesgo dudosamente afecta un bien jurídico suyo y en estricto sentido no es el que lo obliga a vivir enfermo. Así, el *ámbito de protección de la norma* señala que la *lex artis ad hoc* compele al médico a permitir una decisión informada a la madre y no al feto, porque el ordenamiento solo reconoce un interés abstracto en su vida.

Aparte de lo anterior, existen otros escenarios particulares donde la responsabilidad de las instituciones médicas se excluye con fundamento en las instituciones de la imputación objetiva, que guardan estrecha relación con el evento *wrongful birth*. Por ejemplo, si las probabilidades de ocurrencia de una grave enfermedad son estadísticamente mínimas y por ello el galeno no ordena la realización de exámenes específicos no habituales, la actuación no habrá sobrepasado el *riesgo permitido*, así que el nacimiento con discapacidad del menor no puede serle imputable. Igualmente, no podrá imputarse el resultado si el aborto es inviable por recomendación médica, al haberse solicitado en una etapa donde el feto cuenta con una maduración que le permite vivir

autónomamente, o si los exámenes defectuosos fueron realizados por otra institución, caso en el cual es aplicable el *principio de confianza*.

El *comportamiento alternativo conforme a derecho*, al igual que en el evento *wrongful birth*, supone la dificultad de indagar si los padres efectivamente hubieran interrumpido el embarazo, siendo la discusión similar a la planteada con antelación, incluso considerando que, de probarse que no se hubiera optado por terminar el proceso de gestación, se configuraría el eximente de responsabilidad relativo al *hecho exclusivo y determinante de un tercero*.

En general, como se ha venido reiterando a lo largo de este capítulo, lo que genera responsabilidad en estos casos es el incumplimiento de un contenido obligacional a cargo del Estado, constitutivo de una falla en el servicio. En esta línea, la responsabilidad objetiva no tiene cabida en el evento *wrongful life*, aunque en el sistema anglosajón se ha propuesto tímidamente por las particularidades de cada atención médica (y el temor de convertir a los galenos en aseguradores), principalmente con fundamento en presupuestos que hacen parte del análisis económico del derecho, como castigar a la parte que tenía una mayor facilidad para evadir el daño, incentivar la prudencia y asignar el riesgo a los médicos (Belsky, 1993, págs. 253-266; Burns, 2003, págs. 821-822).





## 4. Conclusiones

Aun cuando cada una de las jurisdicciones estudiadas ha tenido una evolución particular frente al estudio de los eventos *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, pueden extraerse puntos comunes en la mayoría de los aspectos de utilidad para una conceptualización propia de los reclamos en Colombia, sin dejar de lado las divergencias evidentes que surgen de las características propias de los sistemas de responsabilidad y los criterios de atribución empleados.

Acercas del evento *wrongful conception*, el camino argumentativo más acertado y razonable para su aceptación consiste en considerar que el daño reside en la afectación de la libertad de procreación, o en términos de la jurisprudencia constitucional nacional, el derecho a la autodeterminación reproductiva, con lo que la concepción del niño, si bien es el fenómeno material del que se desprende el menoscabo, no se constituye en el daño en sí mismo, lo cual aleja el centro de la discusión de las tensiones derivadas de la vida no deseada. Este ha sido el camino seguido por el Consejo de Estado colombiano, que en una muy interesante providencia del año 2016 sentó las bases para el abordaje de esta acción, aun cuando pueda admitir comentarios en lo referente a la delimitación del daño irrogado en estricto sentido y los perjuicios a reconocer.

De otro lado, en el evento *wrongful birth* la intervención indebida al ejercicio de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, que en nuestro ordenamiento tiene la connotación de derecho fundamental, se erige como la lesión antijurídica, aunque en ciertos eventos pueda estudiarse paralelamente el asunto teniendo como referencia el derecho a la información, la teoría de la pérdida de oportunidad o incluso el daño moral que produce la llegada inesperada de un nuevo miembro a la familia, que además cuenta con una discapacidad; a lo que se agregan ingredientes procesales adicionales acerca de la prueba de la decisión previa de abortar.

En lo atinente al evento *wrongful life*, la conclusión del estudio es que para cada argumento a favor del reclamo hay uno en contra, para cada propuesta hay una réplica, con lo que la búsqueda de la viabilidad del reclamo se convierte en un callejón sin salida. No cabe duda de que los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales que apoyan esta acción están impulsados por un sentido de justicia y equidad, pero se encuentran de frente con un muro que parece infranqueable, que es la noción de que la vida de una persona afectada con una discapacidad congénita constituye un daño que no tiene la obligación de soportar. Mientras que el éxito de los dos eventos anteriores en gran parte se deriva de la habilidad para eludir discusiones en torno al entendimiento de la vida como daño, en este último la imposibilidad de encontrar un interés jurídico diferente que permita avanzar a la siguiente etapa del juicio de responsabilidad es lo que impide su aceptación.

En lo que tiene que ver con la imputación, en el plano fáctico y con la ayuda de las instituciones propias de la teoría de imputación objetiva es posible esbozar los criterios aplicables a una variedad de hipótesis, que de cualquier forma en los tres eventos confluyen en el juzgamiento mediante el régimen subjetivo de responsabilidad. Así, en casi la totalidad de los escenarios será necesaria la acreditación de un incumplimiento de un contenido obligacional a cargo del Estado, con solo unas muy reducidas excepciones que se proponen en el evento *wrongful birth*, que están abiertas a debate.

## Referencias

- Acosta-Madiedo, C. D. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado Universidad de Los Andes*, 43, 1-26.
- Alvarez, I. J. (2000). A critique of the motivational analysis in wrongful conception cases. *Boston College Law Review*, 41(3), 585-626.
- Arias García, F., & López Martínez, M. A. (2014). Responsabilidad del Estado por anticoncepción fallida: estudio de caso sobre el ajuste de paradigmas. *Revista Principia Iuris*, 22, 87-106.
- Baraona González, J. (2004). La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 211-223.
- Barcia Lehmann, R. (2010). Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica. En *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Responsabilidad Médica. Colección Derecho Privado, Vol. VI* (págs. 85-126). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Bejarano Guzmán, R. (2015). La carga de probar la falla en el servicio en la responsabilidad estatal. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* (págs. 235-268). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Belsky, A. J. (1993). Injury as a matter of law: is this the answer to the wrongful life dilemma? *University of Baltimore Law*, 22(3), 185-268.
- Bílá, K. (2003). A slippery slope: wrongful birth and wrongful life. *Common Law Review*, 5(8), 1-11.
- Bonningues, V. (2001). *Naissance et vie préjudiciables de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*. Obtenido de [http://edoctorage74.univ-lille2.fr/fileadmin/master\\_recherche/T\\_1\\_chargement/memoires/medical/bonninguesv01.pdf](http://edoctorage74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/medical/bonninguesv01.pdf)

- Braverman, P. (1978). Wrongful conception: who pays for bringing up baby? *Fordham Law Review*, 47(3), 418-436.
- Burgman, D. A. (1978). Wrongful birth damages: mandate and mishandling by judicial fiat. *Valparaiso University Law Review*, 13, 127-174.
- Burns, T. A. (2003). When life is an injury: an economic approach to wrongful life lawsuits. *Duke Law Journal*, 52, 807-839.
- Cámara de los Lores del Reino Unido. (25 de noviembre de 1999). *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board*.
- Cámara de los Lores del Reino Unido. (16 de octubre de 2003). *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*. [2003] UKHL 52.
- Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. En M. Bolaños González (Ed.), *Imputación objetiva y dogmática penal* (págs. 87-122). Mérida (Venezuela): Producciones Karol, C. A.
- Código Civil. (1873). [Código].
- Código del Menor. (1989). [Código].
- Comité Consultatif National d'Ethique. (29 de mayo de 2001). *Opinion No. 68*. Paris.
- Consejo Constitucional de Francia. (11 de junio de 2010). Decisión No. 2010-2 QPC.
- Consejo de Estado de España. (21 de diciembre de 2000). Dictamen No. 3385/2000.
- Consejo de Estado de Francia. (2 de julio de 1982). Radicado 23141.
- Consejo de Estado de Francia. (27 de septiembre de 1989). Radicado 76105.
- Consejo de Estado de Francia. (14 de febrero de 1997). Radicado 133238.
- Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. (20 de junio de 2017). Radicación 250002326000199500595-01 (18860). [MP Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (24 de octubre de 1990). Radicado interno 5902. [MP Gustavo de Greiff Restrepo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (24 de agosto de 1992). Radicado interno 6754. [MP Carlos Betancur Jaramillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de julio de 1992). Radicado interno 6897. [MP Daniel Suárez Hernández].

- Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de mayo de 1996). Radicado interno 11301. [MP Jesús María Jaramillo Ballesteros].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (8 de mayo de 1997). Radicado interno 11220. [MP Carlos Betancur Jaramillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de febrero de 2000). Radicado interno 11878. [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (17 de agosto de 2000). Radicado interno 12123. [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (3 de mayo de 2001). Radicación 05001-23-31-000-1992-1670-01(12338). [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de agosto de 2002). Radicación 25000-23-26-000-1991-07349-01(11605). [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (1 de julio de 2004). Radicación 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696). [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de junio de 2004). Radicación 76001-23-31-000-1999-1690-01(25416)A. [MP Ricardo Hoyos Duque].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (7 de diciembre de 2004). Radicado interno 14767.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (31 de agosto de 2006). Radicación 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). [MP Ruth Stella Correa Palacio].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de marzo de 2008). Radicación 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085). [MP Ruth Stella Correa Palacio].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (23 de abril de 2008). Radicación 63001-23-31-000-1997-04547-01(15737). [MP Ruth Stella Correa Palacio].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de julio de 2009). Radicación 13001-23-31-000-1994-09911-01(18069). [MP Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (19 de agosto de 2009). Radicación 76001-23-24-000-1995-00079-01(17733). [MP Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (10 de septiembre de 2014). Radicación 25000-23-26-000-2003-01146-01(30622). [MP Hernán Andrade Rincón (e)].

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (10 de septiembre de 2014). Radicación 25000-23-26-000-2003-01146-01(30622). [MP Hernán Andrade Rincón].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (19 de noviembre de 2015). Radicación 25000-23-26-000-2003-01435-02(33967). [MP Marta Nubia Velásquez Rico].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (27 de enero de 2016). Radicación 20001-23-31-000-2001-01559-01(29728). [MP Hernán Andrade Rincón].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (25 de enero de 2017). Radicación 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816)A. [MP Hernán Andrade Rincón].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (6 de julio de 2017). Radicación 76001-23-31-000-2005-04752-01(40051). [MP Marta Nubia Velásquez Rico].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (26 de abril de 2018). Radicación 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390). [MP María Adriana Marín].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (2 de noviembre de 2011). Radicación 25000-23-26-000-1997-15222-01(21157). [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (28 de septiembre de 2012). Radicación 19001-23-31-000-2001-01778-01(29566). [MP Stella Conto Díaz Del Castillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (12 de diciembre de 2013). Radicación 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493). [MP Stella Conto Díaz Del Castillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (12 de diciembre de 2013). Radicación 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493). [MP Stella Conto Díaz del Castillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de agosto de 2013). Radicación 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283). [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (27 de marzo de 2014). Radicación 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660). [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (30 de abril de 2014). Radicación 25000-23-26-000-2001-01960-01(28214). [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de abril de 2015). Radicación 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574). [MP Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de septiembre de 2015). Radicación 25000-23-26-000-1995-00964-01(21774). [MP Stella Conto Diaz Del Castillo].

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (26 de junio de 2015). Radicación 25000-23-26-000-2001-00535-01(29602). [MP Stella Conto Díaz Del Castillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (3 de octubre de 2016). Radicación 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057). [MP Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (2 de mayo de 2016). Radicación 66001-23-31-000-2005-00026-01(36517). [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (5 de diciembre de 2016). Radicación 81001-23-31-000-2009-00051-01(41262). [MP Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (5 de abril de 2017). Radicación 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). [MP Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (24 de marzo de 2011). Radicación 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836). [MP Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (6 de marzo de 2013). Radicación 05001-23-31-000-1993-00356-01(25715). [MP Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (12 de junio de 2014). Radicación 05001-23-31-000-1997-01054-01(31185) . [MP Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (26 de febrero de 2015). Radicación 73001-23-31-000-2000-01368-01(32322). [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (20 de noviembre de 2017). Radicación 27001-23-31-000-2001-01799-01 (35820). [MP Jaime Enrique Rodríguez Navas].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (2 de mayo de 2018). Radicación 63001-23-31-000-2000-00519-01(39952). [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (2 de mayo de 2018). Radicación 70001 23 31 000 1998 00711 01 (40958). [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Constitución Política de Colombia. (1991). [Const.].
- Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). *Pacto de San José*.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989).
- Corte Constitucional. (5 de junio de 1992). Sentencia T-406/1992. [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (10 de julio de 1992). Sentencia T-452/1992. [MP Fabio Morón Díaz].

- Corte Constitucional. (11 de noviembre de 1992). Sentencia T-484/1992. [MP Fabio Barón Díaz].
- Corte Constitucional. (18 de septiembre de 1992). Sentencia T-525/1992. [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (26 de octubre de 1992). Sentencia T-571/1992. [MP Jaime Sanín Greiffenstein].
- Corte Constitucional. (28 de octubre de 1992). Sentencia T-573/1992. [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (28 de octubre de 1993). Sentencia SU-491/1993. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (10 de marzo de 1993). Sentencia T-102/1993. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (7 de mayo de 1993). Sentencia T-179/1993. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (3 de septiembre de 1993). Sentencia T-374/1992. [MP Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional. (17 de marzo de 1994). Sentencia C-133/1994. [MP Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional. (19 de septiembre de 1994). Sentencia T-411/1994. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (7 de diciembre de 1995). Sentencia C-591/1995. [MP Jorge Arango Mejía].
- Corte Constitucional. (7 de febrero de 1996). Sentencia T-041/1996. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (25 de septiembre de 1996). Sentencia T-474/1996. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (23 de enero de 1997). Sentencia C-013/1997. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997). Sentencia C-239/1997. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (25 de junio de 1997). Sentencia C-309/1997. [MP Alejandro Martínez Caballero].



- Corte Constitucional. (18 de mayo de 1998). Sentencia T-223/1998. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (9 de noviembre de 1998). Sentencia T-645/1998. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (27 de noviembre de 1998). Sentencia T-732/1998. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (4 de noviembre de 1998). Sentencia T-756/1998. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (26 de febrero de 1999). Sentencia T-124/1999. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (6 de noviembre de 2001). Sentencia SU-1167/2001. [MP Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (15 de agosto de 2002). Sentencia T-659/2002. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (4 de octubre de 2002). Sentencia T-823/2002. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (17 de octubre de 2002). Sentencia T-881/2002. [MP Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355/2006. [MP Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (28 de febrero de 2008). Sentencia T-209/2008. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (2 de octubre de 2008). Sentencia T-946/2008. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (28 de mayo de 2009). Sentencia T-388/2009. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (22 de julio de 2010). Sentencia T-585/2010. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (25 de agosto de 2011). Sentencia T-636/2011. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

- Corte Constitucional. (9 de abril de 2011). Sentencia T-841/2011. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (3 de mayo de 2012). Sentencia T-328/2012. [MP María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (10 de agosto de 2012). Sentencia T-627/2012. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (11 de marzo de 2014). Sentencia C-131/2014. [MP Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (18 de julio de 2014). Sentencia T-532/2014. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (15 de diciembre de 2014). Sentencia T-970/2014. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (13 de abril de 2016). Sentencia C-182/2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (22 de junio de 2016). Sentencia C-327/2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (9 de junio de 2016). Sentencia T-301/2016. [MP Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Constitucional. (14 de julio de 2016). Sentencia T-375/2016. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional. (1 de septiembre de 2016). Sentencia T-476/2016. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (13 de diciembre de 2016). Sentencia T-697/2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (24 de mayo de 2017). Sentencia C-341/2017. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (2 de junio de 2017). Sentencia T-365/2017. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (4 de julio de 2017). Sentencia T-423/2017. [MP Iván Humberto Escrucería Mayolo].
- Corte Constitucional. (30 de octubre de 2017). Sentencia T-665/2017. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

- Corte Constitucional. (12 de diciembre de 2017). Sentencia T-721/2017. [MP Antonio José Lizarazo Ocampo].
- Corte de Apelaciones de California. (11 de junio de 1980). *Curlender v. Bio-Science Laboratories*. 106 Cal. App. 3d 811.
- Corte de Apelaciones de California, Primer Distrito, División Uno. (24 de mayo de 1967). *Custodio v. Bauer*. 251 Cal. App. 2d 303.
- Corte de Apelaciones de Illinois, Primer Distrito, División Tres. (11 de junio de 1963). *Zepeda v. Zepeda*. 190 N.E.2d 849.
- Corte de Apelaciones de Illinois, Primer Distrito. Segunda División. (5 de junio de 1979). *Wilczynski v. Goodman*. 391 N.E.2d 479.
- Corte de Apelaciones de Michigan. (26 de febrero de 1971). *Tropi v. Scarf*. 187 N.W.2d 511.
- Corte de Apelaciones de Nueva York. (27 de diciembre de 1978). *Becker v. Schwartz*. 386 N.E.2d 807.
- Corte de Casación de Francia, Cámara Civil 1. (25 de junio de 1991). No. de apelación: 89-18.617.
- Corte de Casación de Francia, Cámara Civil 1. (16 de julio de 1991). No. de apelación: 90-14.645.
- Corte de Casación de Francia, Cámara Civil 1. (26 de marzo de 1996). No. de apelación: 94-13.145.
- Corte de Casación de Francia, Cámara Civil 1. (8 de julio de 2008). No. de apelación: 07-12.159.
- Corte de Casación de Francia, Sala Plena. (17 de noviembre de 2000). No. de apelación: N° 99-13.701.
- Corte de Casación de Francia, Sala Plena. (28 de noviembre de 2001). No. de apelación: 00-11.197.
- Corte de Casación de Francia, Sala Plena. (28 de noviembre de 2001). No. de apelación: 00-14.248.
- Corte de Casación de Francia, Sala Plena. (13 de julio de 2001). No. de apelación: 97-17.359.
- Corte Europea de Derechos Humanos. (6 de octubre de 2005). *Draon v. Francia*.
- Corte Europea de Derechos Humanos. (6 de octubre de 2005). *Maurice v. Francia*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2012). Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica. *Serie C No. 257*.
- Corte Suprema de Justicia del Reino Unido - Corte de Apelaciones. (19 de febrero de 1982). McKay v. Essex Area Health Authority. 1978 M No. 2947.
- Corte Suprema de Justicia del Reino Unido - Corte de Apelaciones. (24 de julio de 1984). Emeh v. Kensington, Chelsea and Westminster Health Authority. 1979 E. No. 446.
- Corte Suprema de Justicia del Reino Unido - Corte de Apelaciones. (11 de diciembre de 1985). Thake v. Maurice. 85/831.
- Corte Suprema de Justicia del Reino Unido - Corte de Apelaciones. (11 de abril de 2001). Parkinson v. St James and Seacroft University Hospital NHS Trust. B3/2000/3842 & B3/2000/3842.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016). Sentencia SC13925-2016. [MP Ariel Salazar Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de mayo de 2017). Sentencia SC7110-2017. [MP Luis Armando Tolosa Villabona].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (12 de enero de 2018). Sentencia SC002-2018. [MP Ariel Salazar Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016). Sentencia SP8759-2016. [MP José Luis Barceló Camacho].
- Cricenti, G. (4 de febrero de 2014). Wrongful Life. *Revista Jurídica La Ley*, 78(4), 1-4.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (2003). Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria. *InDret*, 1, 1-27.
- División de Apelación de la Suprema Corte de Nueva York, Segundo Departamento. (11 de diciembre de 1977). Park v. Chessin. 400 N.Y.S.2d 110.
- Domínguez Angulo, J. P. (2016). *El concepto normativo del daño*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Duque Osorio, A. L. (2014). *Tema de prueba en la responsabilidad médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Elizari Urtasun, L. (2009). El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life. *Revista Derecho y Salud*, 19, 139-163.

- Fabra Zamora, J. L., & Morante, J. (2 de abril de 2012). *Wrongful birth y wrongful life en Colombia*. Obtenido de Blog Filosofía del Derecho (Colombia): <http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2012/04/wrongful-birth-y-wrongful-life-en.html>
- Feuillet, B. (2011). The Perruche case and french medical liability. *Drexel Law Review*, 4(1), 139-149. Obtenido de [http://drexel.edu/~media/Files/law/law%20review/fall\\_2011/Thouvenin.ashx?la=en](http://drexel.edu/~media/Files/law/law%20review/fall_2011/Thouvenin.ashx?la=en)
- Fischer, D. A. (1992). Causation in fact in omission cases. *Utah Law Review*, 1335-1384.
- Galán Cortés, J. C. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. *Revista Médica del Uruguay*, 15(1), 5-12.
- García Amado, J. A. (2013). Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 253-280). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Giesen, I. (2012). The use and influence of comparative law in 'wrongful life' cases. *Utrecht Law Review*, 8(2), 35-54.
- Gil Botero, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 472-511). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gille, L.-J. (Ed.). (1979). Wrongful Conception [Sherlock v. Stillwater Clinic, 261 N.W.2d 69 (Minn. 1977)]. *William Mitchell Law Review*, 5(2), 464-508.
- Gosseries, A. (2011). Causalité, dommage et vie préjudiciable. *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 84(3), 1-22. Obtenido de <https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reldot/etes/documents/Goss.WL.2011.Penult.pdf>
- Goyes, L. G. (2013). Wrongful birth cases en Estados Unidos y España: análisis jurisprudencial desde la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas. (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana). Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9020/BastidasGoyesLuisGuillermo2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Greenhouse, L., & Siegel, R. (2012). *Before Roe V. Wade: Voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling*. New Haven, CT (EEUU): Escuela de Derecho Universidad de Yale.

- Guzmán, D. E., & Chaparro González, N. (2015). *Los remedios que da el derecho: El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Hanson, A. (1996). Suits for wrongful life, counterfactuals, and the nonexistence problem. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 5, 1-24.
- Henao, J. C. (2003). La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés. En *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro de homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría* (págs. 57-114). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* (págs. 31-118). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henríquez Herrera, I. (2006). La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo "infans conceptus pro iam nato habetur" en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 27(1), 87-113.
- Hinestrosa, F. (1969). *Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Huayama, J. C. (2016). Responsabilidad civil médica y consentimiento informado. *Derecho y cambio social*(44), 1-39.
- Hung Gil, F. A. (2009). Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*(23), 87-112.
- Jackson, A. (1995). Action for wrongful life, wrongful pregnancy and wrongful birth in the United States and England. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 17(3), 535-613.
- Kancler, M. (2009). To be or not to be born? civil liability for damage resulting from birth in a Comparative context: recent polish and irish caselaw concerning wrongful birth and wrongful conception. *Electronic Journal of Comparative Law*, 13(3), 1-9.
- Karosaite, M. (2017). Wrongful birth and wrongful conception: is there a right to compensation. *Teises Apžvalga Law Review*, 1(15), 4-37.

- Kelley, P. J. (1979). Wrongful life, wrongful birth, and justice in tort law. *Washington University Law Review*, 4(2), 919-964.
- Koteich Khatib, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Díaz, C. (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Díaz, C. (2005). La teoría de la imputación objetiva. En M. Bolaños González (Ed.), *Imputación objetiva y dogmática penal* (págs. 123-171). Mérida (Venezuela): Producciones Karol C.A.
- López Díaz, C. (2006). Acciones a propio riesgo. *Revista Cenipec*(25), 115-174.
- Lysaught, M. T. (2002). Wrongful life? The strange case of Nicholas Perruche. *Commonweal - Loyola University Chicago*(129), 9-11.
- Macía Morillo, A. (2003). *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid). Obtenido de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4418>
- Macía Morillo, A. (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. *Revista de Derecho*, 27, 3-37.
- Macía Morillo, A. (julio de 2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life. *Revista chilena de derecho privado*(12), 167-206.
- Macía Morillo, A. (2011). El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 23(1), 83-98.
- Manaouil, C., Gignon, M., & Jarde, O. (2012). 10 years of controversy, twists and turns in the Perruche wrongful life claim: Compensation for children born with a disability in France. *Medicine and Law*(31), 661-669.
- Martín Casals, M., & Solé Feliu, J. (2001). Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos. *InDret*, 3, 1-16.
- Martín Casals, M., & Solé Feliu, J. (2004). Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). *Indret*(2), 1-12.
- Martínez Malaver, J. M., & González Castro, D. M. (2011). El injusto imprudente en la responsabilidad médica. *Criterio jurídico garantista*, 3(5), 32-41.

- M'Causland Sánchez, M. C. (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial: situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- M'Causland Sánchez, M. C. (2015). Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* (págs. 183-233). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Medina Frisancho, J. L. (2010). La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 14, 55-76.
- Medina, G. (2008). Wrongful birth: Responsabilidad por nacer enfermo. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 10(9), 93-104.
- Mee, J. (1992). Wrongful conception: the emergence of a full recovery rule. *Washington University Law Review*, 70(3), 887-914.
- Ministerio de Salud y de la Protección Social. (junio de 2016). ABECÉ - Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>
- Molina Palacios, R. (2013). *Causalidad e imputación objetiva en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico*. (Tesis inédita de maestría). Universidad Externado de Colombia.
- Mondaca Miranda, A., Aedo Barrena, C., & Coleman Vega, 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.
- Monsalve Caballero, V., & Navarro Reyes, D. (2014). *El consentimiento informado en la praxis médica*. Bogotá: Editorial Temis.
- Montaña Plata, A. (2008). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo* (2 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montealegre Lynett, E. (1987). La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado. *Revista chilena de derecho*, 14, 259-311.
- Montero, E. (20 de diciembre de 2005). *La naissance handicapée: un prejudice indemnizable?* Obtenido de Institut Européen de Bioéthique: <http://www.ieb-eib.org/fr/document/prejudice-detre-ne-naissance-handicapee-22.html>



- Mullen, M. J. (1980). Wrongful life: Birth control spawns a tort. *The John Marshall Law Review*, 13(2), 401-420.
- Murtaugh, M. T. (2007). Wrongful birth: The Courts' dilemma in determining a remedy for a blessed event. *Pace Law Review*, 27(2), 241-304.
- Pacheco Jiménez, M. N. (2013). Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones "wrongful birth" y "wronful life". Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido. *Anuario Parlamento y Constitución*, 287-308.
- Parra Sepúlveda, D. (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. (Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid). Obtenido de [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario\\_parra\\_tesis.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf?sequence=1)
- Patiño Domínguez, H. E. (2015). El trípede o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* (págs. 165-180). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez-Tenessa, A. (2001). Sobre el diagnostico prenatal como causa de responsabilidad. *Revista de Administración Pública*(154), 47-61.
- Perry, R. (2008). It's a wonderful life. *Cornell Law Review*, 93, 329-399.
- Pinzón Muñoz, C. E. (2015). *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pinzón Muñoz, C. E. (2016). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Polo Arévalo, E. M. (2007). Origen y significado del principio conceptus pro iam nato habetur en derecho romano y su recepcion en derecho historico español y en el vigente código civil. *Revista Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 719-739.
- Presidente de la República. (19 de noviembre de 1991). Decreto No. 2591 de 1991. DO: 40.165.
- Priault, N. M. (2002). Conceptualising harm in the case of the unwanted child. *European Journal of Health Law*(9), 337-359.
- Pulido-Ortiz, F. E. (2014). Análisis de la interpretación y construcción del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Dikaion*, 23(2), 277-298. doi:10.5294/dika.2014.23.2.4

- Raposo, V. L. (2017). Wrongful birth and wrongful life actions (the experience in Portugal as a continental civil law country). *The Italian Law Journal*, 3(2), 421-450.
- Reyes Alvarado, Y. (2005). El concepto de imputación objetiva. En M. Bolaños González (Ed.), *Imputación objetiva y dogmática penal* (págs. 173-204). Mérida (Venezuela): Producciones Karol C.A.
- Rojas Quiñones, S., & Álvarez P., A. O. (31 de agosto de 2017). *La responsabilidad por la anticoncepción fallida o 'wrongful conception'*. Obtenido de *Ámbito Jurídico*: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/la-responsabilidad-por-la-anticoncepcion-fallida>
- Romeo Malanda, S. (2003). Algunas cuestiones de Derecho Médico en España en los albores del siglo XXI. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 2(3), 25-52.
- Romero Coloma, A. M. (2010). Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 722, 2559-2608.
- Rozo Sordini, P. E. (1999). Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano. *Revista de Derecho Privado*(4), 139-149.
- Ruda, A. (2010). 'I didn't ask to be born': Wrongful life from a comparative perspective. *Journal of European Tort Law*, 2(2), 204-241.
- Rueda Prada, D. (2015). *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre el tema*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Revista Criterio Jurídico*, 4, 195-216.
- Saavedra Becerra, R. (2018). *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Salvador Coderch, P., & Fernández Crende, A. (2006). Causalidad y responsabilidad. *InDret*, 1, 1-25.
- San Martín Neira, L. C. (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Scott, R. (2003). Reconsidering wrongful life in England after thirty years: Legislative mistakes and unjustifiable anomalies. *Cambridge Law Journal*, 72(1), 115-154. doi:10.1017/S0008197313000044

- Serrano Escobar, L. G. (2011). *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Serrano Escobar, L. G. (2012). *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Smith-Groff, M. K. (1996). Wrongful conception: When an unplanned child has a birth defect, who should pay the cost. *Missouri Law Review*, 61(10), 60-154.
- Soomrová, A. (2012). The Odd tort out: wrongful conception, wrongful birth, and relevant law and economics issues. *Common Law Review*, 16, 16-22.
- Steininger, B. C. (2010). Wrongful birth and wrongful life: basic questions. *Journal of European Tort Law*, 1, 125-155.
- Stretton, D. (2005). The birth torts: damages for wrongful birth and wrongful life. *Deakin Law Review*, 10(1), 319-364.
- Suprema Corte de California. (3 de mayo de 1982). *Turpin v. Sortini*. 31 Cal. 3d 220.
- Suprema Corte de Delaware. (26 de noviembre de 1975). *Coleman v. Garrison*. 349 A.2d 8.
- Suprema Corte de Justicia de EEUU. (7 de junio de 1965). *Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479.
- Suprema Corte de Justicia de EEUU. (22 de marzo de 1972). *Eisenstadt v. Baird*. 405 U.S. 438.
- Suprema Corte de Justicia de EEUU. (22 de enero de 1973). *Doe v. Bolton*. 410 U.S. 179.
- Suprema Corte de Justicia de EEUU. (22 de enero de 1973). *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113.
- Suprema Corte de Minnesota. (22 de junio de 1934). *Christensen v. Thornby*. 255 N.W. 620.
- Suprema Corte de Minnesota. (13 de diciembre de 1977). *Sherlock v. Stillwater Clinic*. 260 N.W.2d 169.
- Suprema Corte de Nueva Jersey. (6 de marzo de 1967). *Gleitman v. Cosgrove*. 227 A.2d 689.
- Suprema Corte de Nueva Jersey. (26 de junio de 1979). *Berman v. Allan*. 404 A.2d 8.
- Suprema Corte de Nueva Jersey. (1 de agosto de 1984). *Procanik by Procanik v. Cillo*. 478 A.2d 755.
- Suprema Corte de Washington. (16 de abril de 1964). *Ball v. Mudge*. 391 P.2d 201.

- Suprema Corte de Washington. (6 de enero de 1983). *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.* 656 P.2d 483.
- Suprema Corte de Wisconsin. (28 de junio de 1974). *Rieck v. Medical Protective Co.* 219 N.W.2d 242.
- Tamayo Jaramillo, J. (2014). *La responsabilidad del Estado*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Tapia Rodríguez, M. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de derecho (Valdivia)*, 15(2), 75-111.
- Thomas, C. (2003). Claims for wrongful pregnancy and damages for the upbringing of the child. *UNSW Law Journal*, 26(1), 125-158.
- Todd, S. (2005). Wrongful conception, wrongful birth and wrongful life. *Sydney Law Review*, 27, 525-542.
- Tomlinson, W. L. (1979). Torts -- Wrongful birth and wrongful life. *Missouri Law Review*, 44(15), 167-183.
- Tribunal de Causas Comunes del Condado de Lycoming (Pensilvania). (15 de marzo de 1957). *Shaheen v. Knight*. 11 Pa. D. & C. 2d 41.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (25 de abril de 1994). STS 2851/1994.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (31 de enero de 1996). STS 559/1996.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (31 de enero de 1996). STS 7782/1996.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (6 de junio de 1997). STS 3999/1997.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (27 de junio de 1997). STS 4569/1997.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (11 de febrero de 1997). STS 877/1997.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (5 de junio de 1998). STS 3675/1998.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (24 de septiembre de 1999). STS 5762/1999.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (4 de febrero de 1999). STS 679/1999.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (2 de noviembre de 2000). STS 7942/2000.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (11 de mayo de 2001). STS 3882/2001.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (7 de junio de 2002). STS 4137/2002.

- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (18 de diciembre de 2003). STS 8215/2003.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (21 de diciembre de 2005). STS 7433/2005.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (6 de julio de 2007). STS 4806/2007.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (19 de junio de 2007). STS 4827/2007.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (23 de noviembre de 2007). STS 7945/2007.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (24 de octubre de 2008). STS 5536/2008.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (3 de octubre de 2000). STS 7033/2000.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (4 de noviembre de 2005). STS 8169/2005.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (30 de junio de 2006). STS 5418/2006.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (26 de enero de 2006). STS 987/2006.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (10 de mayo de 2007). STS 3216/2007.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (16 de octubre de 2007). STS 6490/2007.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (5 de diciembre de 2007). STS 8332/2007.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso. (4 de noviembre de 2008). STS 5899/2008.
- Valencia Caballero, C. J. (2013). La imputación objetiva en la responsabilidad penal médica. Estudio de casos a partir de la tesis de Clause Roxin. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 32(65), 117-136.
- Vallejo Jiménez, G. A. (2014). Alcances del principio de confianza en la actividad médica. *Revista Ratio Juris*, 9(19), 53-76.
- Vicandi Martínez, A. (2003). El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*(3), 40-59.
- Zappalá, F. (2007). Estatuto jurídico del concebido. *Revista Criterio Jurídico*, 7, 263-280.