

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Wrongful Conception: reflexiones sobre la concepción como daño antijurídico*

Wrongful Conception: reflections on conception as unlawful damage

José López-Oliva¹ , Andrea Alarcón-Peña² , Lina María Cardozo-Hernández³ 

* El presente artículo constituye un resultado del proyecto de investigación INVDER – 3928 “La protección del nascitur en el ordenamiento jurídico y la vida como un daño: acciones wrongful birth, wrongful life y wrongful conception: análisis de su recepción en la jurisprudencia y doctrina colombiana”, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG) para la vigencia fiscal del 2024, como parte del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UMNG.

¹ Doctor (PhD) en Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Postdoctor en Altos Estudios del Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia). Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Profesor e investigador de carrera en la Universidad Militar Nueva Granada, sede Bogotá, Colombia.

² Doctora en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Postdoctora en Altos estudios del Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia). Abogada Cum Laude Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Comercial y de los negocios, Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Profesora investigadora de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada.

³ Abogada Magna Cum Laude y joven investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada, con énfasis en derecho económico y de los seguros. Diplomada en estrategias de litigio por parte del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario.

Forma de citar: López-Oliva, José; Alarcón- Peña, Andrea y Cardozo-Hernández, Lina María. “Wrongful Conception: reflexiones sobre la concepción como daño antijurídico”. En: *Revista CES Derecho*. Vol. 16. No. 2, mayo-agosto de 2025. pp. 9-20. <https://doi.org/10.21615/cesder.7904>

Resumen

El presente artículo resultado de investigación tiene como propósito analizar los distintos presupuestos de la acción wrongful conception, abordando la concepción como daño indemnizable. Se analizan los antecedentes jurisprudenciales norteamericanos, al recepción en el derecho continental europeo y la evolución en la jurisprudencia colombiana. Se hace énfasis en el reconocimiento del daño al proyecto de vida y en la afectación de los derechos reproductivos de los padres. Para desarrollar el tema se acude al análisis de los diferentes escenarios que permiten configurar la wrongful conception como las fallas en los métodos anticonceptivos, los defectos en los procedimientos de esterilización y la práctica de interrupciones de embarazo involuntarias. Se advierte en estos casos una relación entre la falla médica y los derechos fundamentales. La investigación se realizó bajo un enfoque cualitativo, de tipo exploratorio, a través de la consulta en bases de datos como Publiindex, Latindex, Scopus, Scielo, entre otros. Se concluye que en el contexto nacional, la concepción no planeada derivada de fallas en la prestación de los servicios de salud sexual y reproductiva pueden constituir un daño resarcible por la afectación al proyecto de vida y la autonomía personal.

Palabras clave: Wrongful conception; Daño al proyecto de vida; Derechos Reproductivos; falla en el servicio de salud; autonomía personal; responsabilidad médica.

Abstract

The purpose of this research article is to analyze the various assumptions underlying the action of wrongful conception, addressing conception as compensable harm. The study examines the American jurisprudential precedents, the reception of the doctrine in continental European law, and its evolution in Colombian case law. Emphasis is placed on the recognition of harm to the life plan and the impact on the reproductive rights of parents. To develop the topic, different scenarios that may give rise to wrongful conception are analyzed, such as failures in contraceptive methods, defects in sterilization

procedures, and involuntary pregnancy terminations. In these cases, a direct relationship between medical malpractice and the violation of fundamental rights is observed. The research was conducted using a qualitative, exploratory approach, through the consultation of specialized sources in databases such as Pubindex, Latindex, Scopus, Scielo, among others. It is concluded that, in the national context, unplanned conception resulting from deficiencies in the provision of sexual and reproductive health services may constitute compensable harm due to the violation of the life plan and personal autonomy.

Keywords: Wrongful conception; Damage to the life project; Reproductive rights; health service failure; personal autonomy; medical liability.

Introducción

La teoría de la vida como daño indemnizable ha generado una serie de debates de suma relevancia en el campo jurídico, tanto a nivel doctrinal como en los tribunales. Esto, toda vez que una de sus premisas es la posibilidad de que la vida humana se tenga como un perjuicio¹, susceptible de ser reparado económicamente.

El punto de partida de esta corriente tiene su origen en las controversias relativas a los daños relacionados con la concepción² y el nacimiento de las personas, que tuvieron como causa el error o la imprudencia médica³, resultando en una carga económica y emocional adversa, tanto para niño, como para los progenitores. Es así como el derecho de daños, en el marco de esta teoría, se ha enfocado en determinar si los hechos de la concepción y el nacimiento, en condiciones que fueron negativamente alteradas debido a la imprudencia médica, pueden configurarse como daños susceptibles de ser resarcidos.

En la actualidad, la diferencia en la aplicación de esta teoría, entre los sistemas anglosajón y continental europeo, radica en la determinación concreta del daño, así como en el reconocimiento del derecho que se vulneró como resultado de la mala praxis médica. En sistemas como el de *common law*, son emblemáticas las acciones “wrongful life” y “wrongful birth”, donde los progenitores o aquellos que nacieron y sufrieron un daño, demandan por la privación del derecho a evitar una existencia gravemente limitada por condiciones médicas genéticas o discapacidades congénitas, lo que hace entonces de la vida con limitaciones, un daño en sí misma.

En sistemas jurídicos como el continental europeo, la teoría de la vida como daño ha sido abordada con mayores precauciones. En las concepciones jurídicas tradicionales, la vida ha sido entendida como el bien jurídico principal, del que necesariamente se desprenden las demás garantías asociadas a la protección del ser humano. Es por ello que, considerar este bien jurídico como daño, resultó en la resistencia de los sectores más conservadores.

La doctrina ha intentado resolver estas divergencias realizando distinciones entre lo que realmente puede considerarse como daño, y su clasificación como patrimonial o extrapatrimoniales. En algunas de estas posturas, que tienen como norte la adecuación de las acciones wrongful al derecho continental europeo, se sostiene que los costos y gastos derivados de la negligencia médica al momento de la concepción o el nacimiento, pueden ser objeto de reconocimiento a título de indemnización. De esta manera, es posible predicar un resarcimiento del daño sin reconocer a la vida como el perjuicio mismo.

Aceptada entonces la armonización de las acciones wrongful con el ordenamiento jurídico, el reconocimiento de la responsabilidad se extendió al amparo de otros bienes tutelados distintos a la vida, como lo es la integridad, o el derecho a decidir libre e informadamente. Entonces, consecuencias del daño como la carga económica y emocional de un hijo no planeado, o la atención de uno con discapacidades severas, también lograron

¹ En el campo de la responsabilidad, se predica una diferencia entre daño y perjuicio. El daño, es el hecho generador, la lesión propiamente dicha, mientras que el perjuicio, es la consecuencia derivada de ese hecho generador, entendido como daño. Por lo anterior, es posible señalar que el daño es único, mientras que los perjuicios pueden representarse de forma diversa, dependiendo de la esfera que impacten (Troncoso, 2011).

² En el campo de la biología, la concepción se refiere al acto de la fecundación, entendido como la fertilización del óvulo con el gameto masculino (Cruz-Coke, 1980).

³ Se tiene como imprudencia médica la falta de cuidado, omisión o inobservancia del deber de diligencia exigible en la realización de los actos médicos (Vera, 2013).

reconocerse en los estrados judiciales. De este modo, la reparación no se concede por el hecho de existir, sino por la afectación a las condiciones en las que se desarrolla esa existencia.

Ahora bien, en este escenario y puestas en punto las diferencias que existen entre los diferentes sistemas jurídicos, es preciso adentrarse en el objeto de estudio del presente artículo: la acción por wrongful conception.

Wrongful conception, que también puede figurar bajo la denominación de wrongful pregnancy, refiere a la acción de responsabilidad que interponen los padres de un hijo no deseado, contra los profesionales sanitarios que administraron tratamientos anticonceptivos fallidos. Uno de los diferenciales de esta acción frente a las wrongful birth y life tiene que ver con la integridad en la salud del nacido, toda vez que esta no sufrió perjuicio que haya resultado en discapacidad alguna. Entonces, el daño causado tiene que ver directamente con el proyecto de vida de los padres, que se embarcan en un tratamiento anticonceptivo con el fin de evitar la procreación, y en el momento en el que este procedimiento médico falla y se concibe un niño, se predica una mala praxis médica⁴. Este artículo constituye un resultado del proyecto de investigación INVDER – 3928 “La protección del nascitur en el ordenamiento jurídico y la vida como un daño: acciones wrongful birth, wrongful life y wrongful conception: análisis de su recepción en la jurisprudencia y doctrina colombiana”, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG).

La categoría jurídica de la persona en el derecho colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano, la definición y reconocimiento de la persona como sujeto de derechos ha sido objeto de análisis tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El Código Civil colombiano prescribe en su artículo 90 que la existencia legal de la persona principia al nacer, es decir, al separarse completamente de la madre y sobrevivir por lo menos un instante. La Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- reconoce en el artículo 4 que “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” por lo que un debate jurídico se había registrado en el estado colombiano por la aparente discordancia entre los dos instrumentos normativos (Paúl Díaz, 2012). Sin embargo, es preciso reconocer que la existencia legal difiere de la existencia biológica y que, aunque existen obligaciones para proteger al nasciturus, la persona gestante tiene derechos que puede ejercer y limitar el valor de la vida del que esta siendo gestado (Corte Constitucional, 2016).

No obstante, la discusión sobre si el nasciturus es titular de derechos ha generado debates. Algunos sectores sostienen que, aunque el nasciturus no es considerado persona en sentido jurídico pleno hasta el nacimiento, posee una expectativa de derechos que el ordenamiento debe proteger (Alarcón, 2022). Otros argumentan que otorgarle derechos fundamentales al no nacido podría entrar en conflicto con los derechos de la mujer gestante, especialmente en temas como la interrupción voluntaria del embarazo (Corte Constitucional, 2022).

Por esto se ha reconocido que la categoría jurídica de la persona en Colombia se encuentra en una intersección entre el reconocimiento legal de la personalidad desde el nacimiento y la protección de la vida del nasciturus, generando tensiones y debates en la doctrina y la jurisprudencia nacional. La legislación colombiana establece que la vida no es un valor absoluto y que se registra una diferencia entre el derecho a la vida y el valor de la vida. Las personas naturales son titulares del derecho a la vida y el nasciturus es protegido a través del reconocimiento que del valor de la vida se reconoce constitucionalmente. (Galvis Plaza, 2017). Por estas razones se mantiene válido el contenido del artículo 90 del Código civil y se reconoce a la existencia de la persona ligada al nacimiento de un individuo vivo. En los demás casos es propio aludir a un nasciturus que no cuenta con personalidad jurídica.

⁴ Esta mala praxis médica también puede encontrarse acompañada de otros factores condicionantes que pueden agravar el daño causado, como una relación médico-paciente deteriorada, la ejecución con superficialidad de procedimientos clínicos asociados al tratamiento principal, el ejercicio en campos de la medicina que exceden el ámbito de especialización del profesional sanitario, entre otros. (Fuente del Campo & Ruiz, 2018)

Algunos antecedentes de la acción wrongful pregnancy o wrongful conception

Cuando se alude al inicio del derecho a la vida la teoría jurídica adopta dos posturas. La primera de ella alude al régimen de protección jurídica del niño o niña ateniendo a su condición como sujeto de especial protección constitucional y convencional. La restante ha surgido a partir del siglo XX y se concentra en los denominados birth torts que representan acciones que pueden adelantarse cuando se configura una mala práctica médica. Estas pueden ser de tres tipos: wrongful conception – pregnancy, wrongful birth y wrongful life (Bastidas Goyes & Rueda Barrera, 2020).

En la wrongful birth y life las víctimas presentan acciones judiciales por las fallas en el diagnóstico o en la información relacionadas con malformaciones del nasciturus que, no fueron debidamente informadas a los padres, impidiéndoles tomar una decisión sobre si interrumpir el embarazo o no. En las wrongful birth la acción es presentada por los padres y en las wrongful life la acción es impetrada por el hijo (Cabrera, Navarro & Woolcott, 2024).

Medina y Winograd (2001) señalan que los primeros antecedentes de la wrongful conception, se encuentran en los tribunales norteamericanos y se remontan al caso Christensen vs. Thornby, donde se aplicó la “doctrina de la bendición”. Esta doctrina dio lugar a una serie de pronunciamientos dentro de la jurisprudencia norteamericana, donde se resolvieron casos originados en las wrongful actions. En estas ocasiones, las Cortes se negaban a llamar “errores” a los niños nacidos bajo circunstancias no deseadas o adversas, señalando que estos menores no podían ser considerados un daño sino una “bendición” para sus padres.

Frente a los hechos del caso Christensen vs. Thornby, en 1934, un hombre en el estado de Minnesota se sometió a una cirugía de vasectomía para no poder engendrar más descendencia pues su esposa había sido diagnosticada con serias afecciones que podrían comprometer su vida si quedaba en embarazo. Sin embargo, después de la operación, la mujer concibió un hijo que nació completamente sano, sobreviviendo ella también al parto.

Frente a las pretensiones, la Corte Suprema de Minnesota resolvió negativamente la demanda formulada por la familia, rechazando la indemnización, con fundamento en que el embarazo se llevó a término en condiciones normales, sin perjuicios generados a la mujer (Munita, 2017). La Corte señaló:

“El objetivo de la operación correspondía a proteger a la mujer en cuanto a las posibilidades de daños respecto de su vida en atención a un parto. El propósito no correspondía a evitar los gastos propios del embarazo y parto. La mujer sobrevivió. En lugar de perder a su esposa, el demandante ha sido bendecido con la paternidad de otro niño” (Corte Suprema de Minnesota, Caso Christensen v. Thornby, 1934)⁵.

En el año 1957 se produce otro caso que sigue la teoría del “evento bendito”. Producto de una vasectomía sin éxito que culminó en un embarazo, el progenitor acciona alegando que el nacimiento de su hijo generaba una carga financiera extra representada en gastos de crianza y educación. La Corte Suprema de Pensilvania al resolver el caso Shaheen v. Knight determina “to allow damages for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people”. Se advierte en la decisión que si se accediera a la solicitud del pago de perjuicios, el médico debería entonces pagar por la diversión y alegría que los padres experimentarían como consecuencia de la crianza del hijo adicional. Reafirma su decisión aludiendo a normas de orden público y señalando que muchas familias estarían, más que dispuestas a mantener a ese infante si se les permitiera. En consecuencia negó las pretensiones de los accionantes (Common Pleas Court of Lycoming County Pennsylvania, 1957) y siguió la línea de la decisión de 1934.

Con posterioridad se resuelve el caso Custodio v. Bauer, en el estado de California en 1967. Esta decisión

⁵ Traducción de Munita (2017). Texto original disponible en <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/303.html>

representa un cambio significativo al reconocer la teoría del reconocimiento e indemnización del daño derivado de una wrongful conception. En esta ocasión, a diferencia del fallo de Minnesota, se estaban reclamando los perjuicios de crianza y posterior esterilización de un embarazo que llegó a buen término, con un nacido vivo sano. La progenitora se había sometido a un procedimiento de ligadura de trompas de Falopio⁶, pero aun así concibió.

La Corte Suprema de California concedió la indemnización solicitada, tomando como hecho generador la mala práctica de la cirugía, y como perjuicio, los gastos de la crianza, pero no el niño en sí. El tribunal señaló que “la alegría de un hijo no deseado no superaba los gastos económicos” (Cohen, 1989), y teniendo esto presente, tuvo como pilar del fallo lo que Medina y Winograd (2001) denominaron una “cuestión de equidad”: el matrimonio ya había procreado nueve hijos antes del embarazo no deseado, y un décimo restaría recursos a los demás miembros de la familia.

Posteriormente, en el año de 1997 y nuevamente en la Suprema Corte de Minnesota en el caso *Sherlock vs. Stillwater Clinic*, se reconoció a los padres de un niño concebido después de una esterilización realizada de manera negligente, la posibilidad de obtener una reparación de los daños y perjuicios como gastos médicos prenatales y postnatales, el dolor y el sufrimiento que experimentó la madre durante el embarazo y parto, la pérdida del consorcio.

y otros costes razonables de la crianza. Se advierte en esta decisión el desarrollo de una tendencia que muestra respeto por el derecho que tiene una persona para establecer límites a su capacidad procreadora y el derecho a ser indemnizado como consecuencia del nacimiento de un hijo no planificado. Se trataba en este caso de un padre de siete hijos que se sometió a una vasectomía, recibió el resultado de la prueba seminal postoperatoria, reanudó sus relaciones sexuales confiado en el resultado y, su esposa dio a luz a un niño sano 14 meses después de la cirugía (Minnesota Supreme Court, 1977).

Ahora bien, frente a las decisiones tomadas por las cortes norteamericanas, es posible describir dos corrientes indemnizatorias:

“Por un lado, existen Cortes que confieren indemnizaciones parciales, mientras que existen otras que conceden indemnizaciones integrales. Las primeras comprenden los daños derivados del embarazo, la esterilización defectuosa y los costos del nacimiento, entre ellas: daño moral, daño patrimonial por los fallos de los sistemas contraceptivos; mientras que las segundas comprenden, además de las anteriores, los costos de manutención, educación y soporte del menor. Se hace presente que el carácter especulativo de esta categoría de daños es la que aleja a las cortes de acceder a indemnizaciones integrales” (Williams, 1990, como se citó en Munita, 2017).

Estas dos corrientes se podrían enmarcar en dos tesis. La tesis de la separación (moderada) y la tesis restrictiva. La primera de ellas (acogida en el primer caso de Minnesota -1934-) no considera a la vida como un daño. Reconoce que la vida al ser un valor esencial en la sociedad no puede tener la consideración jurídica de daño y, en consecuencia, no es posible acceder a un reconocimiento de indemnización alguna. La restante establece una diferencia entre la vida de un niño (nacimiento) y los gastos que se originan como consecuencia de tal circunstancia (Martín Casals & Solé Feliu, 2001).

En el caso colombiano la acción empieza su estudio a partir del año 2011 con la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia el 12 de julio de 2011. Aunque la acción de responsabilidad civil iniciada por el actor en contra de Profamilia no prosperó, se advierte en la decisión un primer antecedente del estudio de wrongful conception (Corte Suprema de Justicia, 2011). Es claro en todo caso que la decisión no menciona la expresión wrongful conception. En el caso en cuestión al demandante le fue practicada una vasectomía que resultó fallida

⁶ La ligadura tubaria, también conocida como oclusión bilateral de las trompas de Falopio, ligadura de trompas o Pomeroy, es un procedimiento de esterilización quirúrgico permanente, que tiene como fin impedir la posibilidad de fecundación (Figueira et al., 2016).

y derivó en el nacimiento de un quinto hijo que, no había sido deseado por sus progenitores. En el caso advierte la Corte que frente a la “falta de técnica en la formulación de la acusación” no es posible admitir la demanda pero refiere que las decisiones de primera y segunda instancia aluden a la prueba de la información que al progenitor le fue brindada al momento del procedimiento respecto a la posibilidad de recanalización espontánea del conducto ligado y, la consecuente posibilidad de engendrar.

Posteriormente, en el año 2016, el Consejo de Estado menciona de manera expresa la acción wrongful conception cuando al analizar una acción de reparación directa impetrada en contra de la ESE Moreno y Clavijo de Arauca y Comparta E.P.S por “Helena” decide fallar en favor de aquella declarando administrativa y extracontractualmente responsable a los accionados “de los daños al proyecto de vida de la señora Helena, derivados de la violación al derecho a la libertad reproductiva por cuanto se le impidió ejercerla de manera informada” (Consejo de Estado, 2016). Reconoce indemnización por perjuicios morales (50smlmv) pero no por materiales como había solicitado la actora. En el caso en cuestión la mujer (madre de 4 hijos) acudió a un programa de planificación con Nofertyl ampollas ante su negativa de desear tener más hijos. A pesar de su manifestación de voluntad no le fueron debidamente informados los posibles factores de riesgo y margen de error del método generando una privación de la “de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada, pues aunque acudió en procura de asistencia profesional para ello, el prestador del servicio se limitó a administrarle el anticonceptivo inyectable, sin dar cuenta a la paciente de sus ventajas, desventajas y margen de error, los que sin duda tenía derecho a conocer y sopesar de cara al resultado esperado por ella”.

Ahora bien, del caso también se desprende una consideración fundamental para la wrongful conception en Colombia, y es que parte desde la premisa donde ningún anticonceptivo es completamente eficaz. Por esta razón, la Corte señala que no es posible imponerle al prestador de servicios de salud una obligación de resultados, toda vez que este margen de error, aún en casos de esterilización, escapa del control del profesional sanitario. En este escenario, especifica el Alto Tribunal que en los casos en los que la responsabilidad no se circunscribe al resultado del procedimiento, es posible ampliar la responsabilidad “a aquellos casos en los que la falta de información suficiente impide al paciente la adopción de una decisión informada sobre el contraceptivo a utilizar y, sobre todo, conocer los eventuales riesgos del método escogido.” (CE, rad. 41262, 2016).

Por último, frente al caso, concluyó la Sala que no es jurídicamente dable imponer al proveedor de servicios médicos la obligación de asumir los costos materiales del nacimiento de un hijo no deseado, toda vez que esto solo es posible cuando (i) se le garantizó al paciente que el tratamiento era 100% efectivo, o en los casos en los que (ii) se acredite que los gastos a sufragar exceden de forma notoria los que, de forma ordinaria y previsible, se derivan de otras situaciones similares.

En el tercer precedente jurisprudencial analizado por el Consejo de Estado (2017), se debatió la posible responsabilidad del Estado derivada de una presunta falla en la prestación del servicio médico. La parte demandante sostuvo que le fue comunicado que se le había practicado una histerectomía, cuando en realidad se le realizó una histerorrafia. Esta equivocación llevó a la mujer a creer que había perdido de forma definitiva la capacidad de procrear. No obstante, aproximadamente un año después del procedimiento, quedó en estado de embarazo, lo cual, según su relato, generó diversos perjuicios tanto materiales como inmateriales, tanto para ella como para el padre del menor.

El análisis jurídico del Consejo de Estado se centró en determinar si existió un daño antijurídico relacionado con la afectación del derecho fundamental a la libertad reproductiva. Para ello, evaluó si la confusión respecto al procedimiento quirúrgico podía considerarse una vulneración de dicho derecho, al haber afectado la capacidad de la pareja para decidir libremente sobre su proyecto reproductivo.

Sobre este punto, el Tribunal recordó que la histerectomía no constituye un método de anticoncepción, sino que se trata de una intervención quirúrgica empleada generalmente para preservar la vida de la mujer ante complicaciones obstétricas graves, o bien como parte de un proceso de reasignación de sexo (Consejo de Estado,

Rad. 40051, 2017). Aunque este procedimiento impide la posibilidad de futuras gestaciones, esa no es su finalidad esencial. En consecuencia, se concluyó que la confusión entre los procedimientos no permite deducir, por sí sola, que existiera una intención de la paciente de limitar su capacidad reproductiva, ni que su propósito fuera evitar un embarazo posterior.

Finalmente, en el año 2023 el Tribunal Superior de Medellín describe expresamente en su decisión del 8 de mayo la anticoncepción fallida o *wrongful conception*. El caso es consecuencia de una vasectomía que no fue exitosa y derivó en un nacimiento de un hijo sano no deseado que generó afectaciones a los padres accionantes dada su precaria condición económica. Existe una vulneración de la obligación de información médica por parte de los profesionales de la salud que no explicaron de manera adecuada al paciente los riesgos y consideraciones a tener en cuenta relacionadas con el procedimiento que le había sido practicado. Decide la Sala que los daños derivados de una anticoncepción fallida se analizan desde la trasgresión a otros derechos como la autodeterminación reproductiva que permite a cada individuo decidir si quiere procrear, cuando y en qué condiciones. La decisión reconoce perjuicios materiales y morales para los padres accionantes.

Nociones generales de la *wrongful conception*: la concepción como falla en el tratamiento médico

Como señalan Medina & Winograd (2001) la referencia a las acciones *wrongful*, en cualquiera de sus tres acepciones reconocidas, puede ser traducida como daño o afectación prenatal. En el caso de la *wrongful pregnancy*, que puede tenerse como un “embarazo injusto”, se debe producir un nacimiento en alguno de los siguientes escenarios:

- a. **Suministro errado de anticonceptivos.** Este primer escenario es uno de los más debatidos, toda vez que parte de la variación de la tasa de efectividad frente a los anticonceptivos suministrados. Es por eso que algunos doctrinantes han tomado a la falta de información concreta, clara y determinante a la hora de la receta, como el hecho generador del daño (López Oliva, Vargas & Alarcón, 2022). Lo anterior, toda vez que en reiteradas oportunidades se presentan casos en los que los progenitores alegaron en los tribunales el desconocimiento frente a las tasas de efectividad del método usado, y la falta de información frente al uso de otros métodos anticonceptivos (Niño et al., 2019).
- b. **Mala práctica médica en procedimientos de esterilización.** Este segundo escenario tiene que ver con los supuestos en los que los progenitores han pasado por cirugías de esterilización definitiva como la ligadura de trompas de Falopio y la vasectomía, y debido a una operación defectuosa, han concebido un hijo.

Bajo este presupuesto, lo primero es señalar que se excluye completamente de la *wrongful pregnancy by defective sterilization* la posibilidad natural de que los conductos deferentes o trompas de Falopio se reconecten autónomamente. Si bien es cierto, esta posibilidad es de aproximadamente 1% en las operaciones de Pomeroy (Torres et. al, 2024) y menos del mismo porcentaje en los procedimientos de vasectomía (American Pregnancy Association, s.f.), se reconoce que esta reconexión interna no se debe a una mala praxis médica, sino que obedece a causas naturales. Debe, en todo caso, hacerse énfasis en el deber de información que asiste al profesional de la salud para comunicar de manera efectiva, clara y precisa la concurrencia de este riesgo para que los pacientes tengan información que les permita comprender el contexto.

Fernández Muñoz (2021) reconoce además que en estos casos se extenderían los efectos a una posible falta a la ética médica, a la buena costumbre y a la moral como criterios que deben orientar el actuar del profesional de la medicina.

- a. **Fallos en los procedimientos de aborto voluntario.** Los errores en la práctica de un aborto voluntario, que resultan en un embarazo no deseado, pueden llegar a ser de la más alta complejidad a nivel jurídico.

Lo anterior, en tanto significan una doble violación a la autonomía reproductiva, toda vez que se vulnera el derecho a decidir sobre el cuerpo mismo, tanto en el momento en que el embarazo continúa a pesar de la intención de interrumpirlo, como en el nacimiento del hijo no deseado.

A diferencia de las acciones *wronful birth* y *wrongful life*, que se encuentran relacionadas con el nacimiento de un niño que presenta importantes discapacidades físicas y cognitivas, en la acción por *wrongful pregnancy*, los padres han procreado un niño sano, y el perjuicio tiene su núcleo en la vulneración a decidir sobre los derechos reproductivos de los progenitores. Como advierten Klepinger & Cramer (1988), los padres de un niño que ha nacido sano demandan por los daños emocionales y monetarios que sufren como consecuencia de un nacimiento no deseado. Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, puede enmarcarse dentro de los actos negligentes u omisivos de los protocolos reglamentarios.

En el ámbito jurídico, tratando dentro de los dos últimos escenarios que se explicaron en líneas anteriores, es posible señalar que los galenos tienen una obligación de resultados frente al tratamiento del paciente; sea esto por esterilización, o por interrupción voluntaria del embarazo. Lo anterior se encuentra relacionado directamente con el fin único que se espera de los procedimientos como el aborto o la ligadura de trompas, que no puede ser otro sino el retiro del feto del vientre materno, o el impedimento de la fecundación (López Oliva, 2015).

Hecha la claridad sobre las nociones que permiten contextualizar la *wrongful conception*, así como sus distintos presupuestos, es preciso adentrarse en su proyección en los planos de la responsabilidad y el derecho de daños.

Fallas en los métodos anticonceptivos y sus consecuencias a nivel jurídico

Es posible iniciar el análisis jurídico pertinente en el campo del derecho comparado, toda vez que en países como Alemania o Inglaterra, se han ponderado dos presupuestos de relevancia, con el fin de tasar el resarcimiento de la concepción de un hijo no deseado. El primero de ellos tiene que ver con vínculo que existe entre el tratamiento realizado con fallas y la concepción, y el segundo, con el nacimiento de un niño sano.

Sin embargo, en aras de realizar un matiz importante a la conversación, es preciso traer a colación que ambos presupuestos, se encuentran permeados por los derechos de los padres a decidir sobre su proyecto de vida; especialmente, el de la mujer sobre la determinación de su cuerpo. Cárdenas y Sánchez (2018) señalan que si bien en otros ordenamientos, como el español, han reconocido indemnizaciones en casos de concepción fallida, lo han hecho teniendo en cuenta que, “aunque en principio no hay nacimientos lesivos, sí hay derecho a una indemnización cuando ese nacimiento implica una vulneración del “poder de la persona a autodeterminarse”.

En el marco de las *wrongful actions*, especialmente en la *wrongful pregnancy*, se afecta de forma considerable uno de los pilares del derecho a autodeterminarse como ser humano: el proyecto de vida, perjudicado por la mala praxis médica como una falla en el servicio de salud de reproductiva.

Falla en el servicio de salud reproductiva

Como lo señala la OPS (s.f.), los derechos reproductivos apuntan hacia la garantía de un acceso universal y seguro, tanto a la información para una reproducción planeada, como a métodos anticonceptivos eficaces y modernos. Esto se encuentra directamente relacionado con las esferas internas y externas de protección a la autonomía de las personas, así como una medida de salud pública. Es claro que al estudiar la autodeterminación reproductiva como un derecho fundamental, se parte de la premisa de la necesaria protección, respeto y garantía de todas las personas para decidir, con libertad, sobre su procrean (o no) y con que frecuencia (Pérez Gregorio, 2014). El ordinal e) del artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, reconocen el derecho que asiste a las personas para decidir sobre los aspectos referidos previamente. Este precepto normativo encuentra correspondencia con lo normado por el artículo 42 de la Constitución que determina el derecho de las parejas -o personas- para decidir “libre y responsablemente el número de sus hijos”

(Corte Constitucional, 2009)

Actualmente, en Colombia, existen deficiencias estructurales en los servicios de salud sexual y reproductiva, que han activado varias alertas en el marco de un sistema sanitario que también atraviesa dificultades considerables. Frente a este particular, es posible señalar tres fallas a nivel macro:

1. **Accesibilidad limitada a los servicios esenciales.** Esto ocurre principalmente en zonas que pueden tenerse como marginadas, o en espacios rurales. Sin embargo, esta limitación no tiene que ver únicamente con el espacio geográfico, sino que también con las condiciones socioeconómicas, culturales, y educativas (Ministerio de Salud, s.f.)
2. **Insuficiencia en la calidad de la atención prestada.** En algunas zonas del país, especialmente en aquellas que se encuentran más alejadas de la urbe, existe una carencia que no solo abarca la déficit de implementos para la atención integral, sino que también tiene que ver con la ausencia de personal calificado, así como mecanismos eficaces de evaluación y supervisión de la prestación del servicio (Ministerio de Salud, s.f.).
3. **Falta de información y educación reproductiva.** En un tercer punto, es posible señalar que la falta de educación frente a temas reproductivos resulta en una de las más grandes barreras a la hora de tomar decisiones libres e informadas. Esta barrera comprende la poca o nula difusión de información en centros de salud o educativos, los prejuicios de la familia y la comunidad frente a los temas relacionados, y los discursos que estigmatizan la salud sexual y reproductiva (Ministerio de Salud, s.f.).

La falla en la prestación de los servicios médicos asociados a la salud sexual y reproductiva resultan en consecuencias que exceden la esfera individual de las personas para trasladarse al plano de la salud pública, con su necesaria afectación a los derechos fundamentales. Frente a esto, y desde una perspectiva constitucional, se avizora un incumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales, que tiene se ven reflejadas en la falta de acceso al sistema de salud, sumado a una atención deficiente (López, Alarcón & Rey, 2024).

Daño al proyecto de vida

El daño al proyecto de vida, como lo señala Woolcott (2017), tiene que ver con todos aquellos planes y propósitos únicos del ser humano, directamente relacionados con derechos como la libertad y el libre desarrollo. Esta concepción se inspira en la abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en casos como *Loayza Tamayo vs. Perú*, donde se señaló que el proyecto de vida “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas” (CIDH, 1998, en Sánchez, 2020).

Teniendo esto en cuenta, es posible acogerse también a la definición de daño al proyecto de vida que construye la CIDH, explicando que este daño “impide o menoscaba gravemente la realización de las expectativas de desarrollo personal, familiar y profesional factibles en condiciones normales en forma irreparable o muy difícilmente reparable” (CIDH, 1998, en Sánchez, 2020).

En la jurisprudencia colombiana, este daño al proyecto de vida, en relación directamente con la acción por wrongful conception, se trató en el Consejo de Estado (2016) en el caso “*Helena vs. E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y E.P.S. Comparta*”. En esa ocasión, señaló el Alto Tribunal que las decisiones personales legítimamente planeadas hacia el futuro, conformaban un firme querer individual, cuya lesión resulta en una vulneración a las decisiones de conformar o no familia.

Conclusión

En el contexto del derecho comparado, la acción de wrongful conception —también conocida como wrongful

pregnancy— ha permitido que la jurisprudencia anglosajona reconozca la posibilidad de indemnizar los daños derivados de una concepción no deseada, originada en una falla médica. Esta figura jurídica se presenta cuando, debido a la negligencia del personal de salud, como puede ser una esterilización defectuosa, una información inadecuada sobre los riesgos de un anticonceptivo o una falla en su administración, se produce un embarazo no planeado. De este modo, la discusión jurídica se ha desplazado desde considerar el nacimiento en sí mismo como un daño —hipótesis rechazada por las cortes más garantistas— hacia la identificación de la lesión en derechos fundamentales, especialmente el de libertad reproductiva.

La tendencia más reciente, tanto en el common law como en la evolución del derecho continental, y particularmente en Colombia, reconoce que el verdadero núcleo del daño no reside en el nacimiento del hijo, sino en la afectación del proyecto de vida de los padres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al definir el proyecto de vida como el conjunto de aspiraciones razonables de una persona, cuyo menoscabo grave o irreparable puede ser objeto de reparación. Así, la imposibilidad de ejercer la autodeterminación reproductiva se configura como un agravio indemnizable. Este enfoque ha sido acogido en la jurisprudencia colombiana, donde se ha identificado que la información defectuosa sobre métodos anticonceptivos o la omisión en advertir sobre su margen de error impiden decisiones libres e informadas, afectando la autonomía personal.

En el caso colombiano se advierte la inserción de la acción wrongful conception que permite comprender que esta acción compromete la responsabilidad médica no por el resultado del nacimiento per se, sino por la transgresión al derecho a decidir si tener o no hijos. Esta vulneración se traduce, en términos de daño resarcible, en perjuicios materiales (como los costos del embarazo y eventualmente de crianza) y morales (como la angustia o el sufrimiento causados por la interrupción del proyecto de vida). En este sentido, la jurisprudencia nacional se alinea con la corriente doctrinal que considera que los daños derivados de una concepción fallida deben ser reparados por afectar derechos personalísimos amparados constitucionalmente, sin que ello implique considerar la vida del hijo como un perjuicio.

Así, la acción de wrongful conception reconfigura los límites de la responsabilidad civil en el ámbito médico, permitiendo que el debate jurídico incorpore nuevos contenidos vinculados con la libertad reproductiva, la dignidad y la autonomía personal. En lugar de entender la vida como un daño, se reconoce el valor de las decisiones informadas y responsables sobre la reproducción como bienes jurídicos tutelados. Esta transformación conceptual permite mantener el carácter inviolable de la vida, al tiempo que se resguarda el derecho de cada individuo a trazar su propio destino reproductivo, incluso frente a los errores del sistema de salud.

Referencias

- Alarcón Peña, Andrea. (2022). La vida como daño y la protección del nasciturus. *Prolegómenos*, 25(50) 11-14. Epub March 24, 2023. <https://doi.org/10.18359/prole.6610>
- American Pregnancy Association. (s.f.). El Embarazo Después de la Vasectomía. Obtenido de <https://americanpregnancy.org/es/getting-pregnant/pregnancy-after-vasectomy/>
- Bastidas Goyes, L.G & Rueda Barrera, E (2020). La aceptabilidad de las acciones wrongful birth en el marco de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 22(1), 145-174. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7633>
- Cabrera-Peña, K. I., Navarro-Reyes, D. y Woolcott-Oyague, O. (2024). La materialización del daño por métodos anticonceptivos en Colombia y una aproximación a la experiencia comparada. *Jurídicas*, 21(1), 23-41. <https://doi.org/10.17151/jurid.2024.21.1.2>
- Cárdenas Villarreal, Hugo, & Sánchez Rubín, José Antonio. (2018). Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación Wrongful conception claims in Chile: a proposal for their justification. *Acta bioethica*, 24(2), 237-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2018000200237>
- Cohen, L (1989) Recovery of Limited Damages in Wrongful Pregnancy Action: Johnson v. University Hospitals of Cleveland. 4(1) 83-109 <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=jlh>

- Common Pleas Court of Lycoming County, Pennsylvania. Caso Shaheen vs. Knight. 11 Pa. D. & C. 2d 41 (1957)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicado 81001233100020090005101(41262). 5 de diciembre de 2016. [M.P. Stella Conto.]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. 5 de diciembre de 2016. Radicado 81001233100020090005101 (41262). [M.P. Ramiro Pazos]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. 6 de julio de 2017. Rad. 2005-04752-01 (40051). M.P. Martha Nubia Velasquez
- Corte Constitucional (2009) Sentencia T-732 de 15 de octubre. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2016) Sentencia C- 327 de 22 de julio de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 12 de julio de 2011. Exp. 08001-3103- 013-2005-00124-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. 27 de noviembre de 1998.
- Cruz-Coke, R. (1980). Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana. *Revista chilena de pediatría*, 51(2), 121-124. <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41061980000200006>
- Fernández Muñoz, M.L. (2021 La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. *Revista IUSTA*, 54, 1-37. <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>
- Figueira Lina, Díaz Vanessa, Lemmo Andrés, García Alfredo, Carrasco David, Castillo Elías. Esterilización tubaria transvaginal: Experiencia en el Hospital Universitario de Caracas. *Rev Obstet Ginecol Venez* [Internet]. 2016 Jun [citado 2025 Abr 29] ; 76(2): 118-125. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322016000200007&lng=es.
- Fuente del Campo, A. & Ruíz, A. (2018). El ejercicio de la medicina y su entorno legal. *Revista Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana*, 44(2), 123-130. <https://dx.doi.org/10.4321/s0376-78922018000200002>.
- Galvis Plazas, Martha Ximena. (2019). Límites y alcances jurídicos sobre los derechos del nasciturus. *Prolegómenos*, 22(43), 93-107. <https://doi.org/10.18359/prole.3188>
- Keplinger, B & Cramer, J (1988) Wrongful pregnancy: a house divided. *Tort & Insurance Law Journal*. 23(2), 496-506 <https://www.jstor.org/stable/25761808>
- López Oliva, J. (2015). La teoría de la vida como daño en la responsabilidad médica en Colombia los aportes y vacíos de la corriente principalista en las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría. *Advocatus*, 25, 45-69. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.954>
- López Oliva, J., Vargas Chaves, I., y Alarcón Peña, A. (2022). La historia clínica: un medio de prueba estelar en los procesos de responsabilidad médica. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 137–154. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3813>
- López Oliva, J.; Alarcón Peña, A. y Rey Lema, D. M. (2024). La Teoría de la Vida Como Daño Indemnizable. Aproximaciones a Partir del Concepto de Persona y del Principalismo de la Bioética Médica y la Salud Pública. En: Marín Ordoñez, J. y Rincón Andreu, G. (ed. científicos). *Retos y Perspectivas del Derecho Médico*. (pp. 45-75). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali. DOI: <https://doi.org/10.35985/9786287604902.2>
- Martín Casals, M & Solé Feliu, J (2001) Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos. *Revista para el Análisis del Derecho*. 3. https://indret.com/wp-content/uploads/2007/06/056_es.pdf
- Medina, G., & Winograd, C. (2001). Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de jurisprudencia norteamericana y reseña de jurisprudencia francesa. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 429-456.
- Minnessota Supreme Court (1977). Eugene SHERLOCK, et al., Respondents, v. STILLWATER CLINIC, a Partnership Composed of Jon R. Stratte J. E. Jensen, M.F. Juergens, Neil M. Bealka Thomas Murphy, R. Powell and P. M Spilseth, Appellants. Case 46347. December 13. <https://case-law.vlex.com/vid/sherlock-v-stillwater-clinic-889441177>
- Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, Organización Internacional para las Migraciones – OMI & Fondo de Población de las Naciones Unidas (s.f.). Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos. Obtenido de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/lists/bibliotecadigital/ride/de/libro%20politica%20sexual%20sept%2010.pdf>
- Munita, R. (2017). Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las wrongful actions). *Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo*, 18(36), 97-139. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/concepcion-nacimiento-y-vida-su-cuestionable-merito-indemnizatorio-una-lectura-panoramica-relativa-a-las-wrongful-actions/>
- Niño-Avendaño Carlos Alberto, Vargas-Rodríguez

- Ledmar Jovanny, González-Jiménez Nubia Mercedes. Abandono, cambio o falla de los anticonceptivos hormonales en población universitaria. *Ginecol. obstet. Méx.* [revista en la Internet]. 2019 [citado 2025 Abr 29]; 87(8): 499-505. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0300-90412019000800002&lng=es Epub 06-Ago-2021. <https://doi.org/10.24245/gom.v87i8.2935>
- Organización Panamericana de la Salud (s.f.). Salud Sexual y Reproductiva. Obtenido de: <https://www.paho.org/es/temas/salud-sexual-reproductiva>
- Pérez Gregorio, R (2014). Derechos sexuales y reproductivos. *Revista de obstetricia y ginecología de Venezuela.* 74(2), 73-77. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322014000200001&lng=es.
- Paúl Díaz, A (2012). Estatus del no nacido en la Convención americana: un ejercicio de interpretación. *Ius et praxis.* 18(1), 61-112. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29196.pdf>
- Sánchez-Cascado, P. (2020). El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento político de J. Shklar. *Revista Andamios,* 17(42), 147-166. <https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.738>
- Torres, A., Barrenetxea, G., Agirregoikoa, Jon., Barranquero, M. & Salvador, Z. (2024). Posibilidad de embarazo con una ligadura de trompas de Falopio. En Reproducción Asistida ORG. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/ligadura-trompas-embarazo/#el-embarazo-natural-es-posible-con-una-ligadura-de-trompas>
- Tribunal Superior de Medellín. Sala Cuarta de Decisión. 8 de mayo de 2023. Exp. 05001 31 03 007 2017 00287 01. M.P. Piedad Cecilia Vélez Gaviria.
- Troncoso, M. (2011). La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado,* (21), 353-391. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2993/2637>
- Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz,* 19(2), 73-82. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010
- Williams, R. (1990). Johnson v. University Hospitals of Cleveland: Public Policy Over Traditional Principles. *Akron Law Review,* 23(3), 599-610. https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/akronlawreview/article/1661/&path_info=1719f4b3_9720_42c3_8f9b_dd1d8829c2a7.pdf
- Woolcott-Oyague, O. (2017). El daño al proyecto de vida: una categoría autónoma y necesaria en la jurisprudencia de la CIDH. En Ó, Agudelo-Giraldo, C. Castro- Buitrago, J. Cubides-Cárdenas, D. Reyes-García, J. León-Molina, J. Torres-Ávila & O. Woolcott-Oyague. *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana* (pp. 75-106). Bogotá: Universidad Católica de Colombia Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/a90c4b2a-5e74-4d5d-a518-db3a326b50a9>