



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

La vida como daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano

Juan Pablo Morante Gómez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Área Curricular de Derecho
Bogotá, Colombia
2017

La vida como daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano

Juan Pablo Morante Gómez

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

Director:

LL.M. Roberto Molina Palacios

Línea de Investigación:

Maestría en derecho - perfil de profundización en derecho administrativo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Área Curricular de Derecho
Bogotá, Colombia
2017

Resumen

La despenalización parcial del aborto en casos de una grave enfermedad que haga inviable la vida del *nasciturus*, abre la puerta para que en Colombia se promuevan demandas por *wrongful birth* y *wrongful life*. Por las que se reclama un daño derivado del nacimiento de un hijo gravemente enfermo y por haber nacido en esas condiciones, respectivamente. En ambos casos, esa situación es originada en la información errada del médico que no advierte a la madre el delicado estado de salud de su hijo, quitándole la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo.

Palabras claves: interrupción voluntaria del embarazo, responsabilidad extracontractual, daño antijurídico, *wrongful birth* y *wrongful life*.

Abstract

The partial decriminalization of abortion in cases of a serious illness that opens the door to life in Colombia. Claiming damages arising from the birth of a seriously ill child and having been born under these conditions, respectively. In both cases, this situation originates in the wrong information of the doctor who does not warn the mother the delicate state of the health of his son, taking away the possibility of voluntarily interrupting the pregnancy.

Keywords: abortion, civil tort liability, tort, *wrongful birth* y *wrongful life*.

Contenido

	Pág.
Resumen	V
Introducción	1
1. Aparición de las pretensiones indemnizatorias relacionadas con la vida	3
1.1 La evolución de la responsabilidad extracontractual hasta considerar la vida como daño	3
1.2 Reclamaciones que suponen considerar la vida como daño	8
1.2.1 Reclamaciones por <i>disadvantaged</i> o <i>dissatisfied life</i>	10
1.2.2 Reclamaciones por <i>wrongful conception</i>	11
1.2.3 Reclamaciones por procreación irresponsable	13
1.3 Reclamaciones por <i>wrongful life</i> y <i>wrongful birth</i>	13
1.3.1 Particularidades de las reclamaciones por <i>Wrongful birth</i>	15
1.3.2 Particularidades de las reclamaciones por <i>Wrongful life</i>	16
2. Panorama de las reclamaciones relacionadas con la vida en Colombia	19
2.1 El punto de partida: la interrupción voluntaria del embarazo	19
2.2 El primer paso: reconocimiento del daño por lesión a la autodeterminación reproductiva	22
2.2.1 Pronunciamientos de la Jurisdicción Constitucional	22
2.2.2 Pronunciamientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa	25
2.3 Lo necesario: estructurar el daño antijurídico	28
2.3.1 Carácter cierto	30
2.3.2 Carácter personal	33
2.3.3 Antijuridicidad	34
3. El daño reclamado por <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> en Colombia	37
3.1 Sí hay daño en las pretensiones por <i>wrongful birth</i>	37
3.2 No hay daño en las pretensiones por <i>wrongful life</i>	56
Conclusiones	61
Bibliografía	65

Introducción

Al despenalizarse el aborto en Colombia, se podría considerar la vida como daño, ya que al no adelantarse el procedimiento de interrupción cuando este sea permitido, se perjudica, por un lado, a los padres que son compelidos a afrontar la paternidad, por el otro, a quien nace afectado con una enfermedad o malformación incurable, pues su existencia es enferma y llena de limitaciones. En ambos casos, es posible intentar pretensiones indemnizatorias; sin embargo, en estos eventos, la respuesta que *prima facie* otorga el ordenamiento es rechazarlas, pues la vida tiene una importancia prevalente ante otros derechos y principios, además, en virtud de la estirpe conservadora del ordenamiento sería de difícil aceptación las pretensiones así formuladas.

A pesar de lo anterior, los derechos no son absolutos, por tanto, al aceptarse que pueda interrumpirse el embarazo, quien así lo decida, el ordenamiento le garantiza que de desconocérsele esa prerrogativa, se le generaría la legítima expectativa de ser indemnizado por ello, pues no se le puede obligar a aceptar el nacimiento de un hijo enfermo, o bien, vivir con una grave enfermedad porque su nacimiento no fue evitado.

El objeto de este trabajo es exponer las razones, en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, que permitan tener por configurado el daño en las situaciones en comento. Por tanto, el análisis se efectuará solo cara al primer elemento del juicio de responsabilidad –el daño antijurídico–¹.

¹ El daño es el primer elemento del juicio de responsabilidad y sin él carece de sentido abordar el resto de elementos: “La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1993, exp. 6144, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

1. Aparición de las pretensiones indemnizatorias relacionadas con la vida

1.1 La evolución de la responsabilidad extracontractual hasta considerar la vida como daño

En el siglo XIX, el instituto de la responsabilidad partía de una concepción fatalista de la vida, es decir, se pensaba que los sufrimientos padecidos en la tierra eran recompensados en el más allá y que, por lo tanto, cada persona debía cargar con las consecuencias de los daños padecidos. Lo anterior como consecuencia de la concepción individualista extrema imperante en aquella época. Por ello, la responsabilidad civil y el correlativo deber de indemnizar eran considerados la excepción a la regla.

Debido a un cambio en el plano de las ideas políticas, que incidió directamente sobre la conformación psicológica del hombre contemporáneo, se ha dado un giro en la concepción del instituto de la responsabilidad civil, y en particular sobre la noción del daño. Se pasó de una concepción fatalista del destino a buscar al responsable del daño para que asumiera sus consecuencias; “nadie se resigna a soportar de primera intención un perjuicio; siempre se piensa que es otro el causante del mismo, y que por tanto, a este otro corresponde cargar con las eventuales contingencias de dicho mal”².

La idea del resarcimiento de los daños sufridos por las personas ha permeado la vida en sociedad; al sufrir un menoscabo en sus bienes o en su integridad física o moral, los individuos quedan en una posición desventajosa en comparación con su estado anterior. De ahí que el deber de resarcir los daños surja como un elemento necesario para la vida en comunidad, pues la inconformidad de haber tenido que soportar un daño y las

² PEIRANO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1979. p. 5.

consecuencias que de este se desprenden, crean, en cabeza del sujeto perjudicado, la pretensión de ser puesto en las condiciones anteriores al daño.

De la idea de convivencia pacífica en comunidad, se desprende el mandato de no dañar al otro en su vida y bienes, y si se llegare a causar un daño procurar la reparación de este³, pensar lo contrario sería aceptar el rompimiento del orden social y la posibilidad ilimitada de causar daño y aparejado a ello, el deber de soportar los daños por quien no debía padecerlos.

Como consecuencia de la revolución industrial europea, del auge de las maquinas, del aumento y perfeccionamiento de los medios de transporte, de la elaboración de productos en masa, del creciente desarrollo del tráfico jurídico, la ocurrencia de daños siempre está presente en la vida en comunidad, es más, el desarrollo social e industrial y la presencia de daños van de la mano. Al decir del profesor Moreau:

[E]l modelo de una sociedad que pretendiera estar totalmente conforme a las normas jurídicas sería aquel de las personas y colectividades que hubieran excluido toda clase de riesgo de sus relaciones, que hubieran dominado todos los peligros, que hubieran eliminado cosas o actividades peligrosas. Debemos sin embargo admitir que una tal sociedad pertenece a la República de la Utopía: en el corazón mismo de la vida jurídica reina el riesgo y en las relaciones sociales se presentan riesgos irreductibles⁴.

³ De antaño se indicaba que el deber de reparar en los procesos de responsabilidad estatal surgía si entre el hecho dañoso y el daño existía una relación de causalidad, en palabras Ghersi: “[L]os elementos estructurales básicos de la responsabilidad civil subjetiva son la ilicitud y la culpabilidad; obviamente, también requiere de un hecho humano y que haya relación de causalidad”. GHERSI, Carlos. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p. 5. Sin embargo, la tendencia actual es imputar el daño bajo criterios predominantemente normativos y no naturalísticos, al respecto Gil Botero precisó: “La imputación o la atribución de ese daño constituyen un proceso dirigido a establecer a quién se le puede atribuir la lesión o afectación que aquél representa. En ese orden de ideas, la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que esta última presupone la existencia del daño como una entidad material o fenoménica”. GIL BOTERO, Enrique. La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. (eds.) La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 473.

⁴ MOREAU, Jacques. Les Choses dangereuses en droit administratif français. En: Travaux Henri Capitant. Paris, 1967. p. 256. Citado por: HENAO, Juan. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 27-28.

Por lo tanto, como antes se anotó, la convivencia en sociedad y el avance tecnológico suponen riesgos. Esto significa, necesariamente, que las personas están más expuestas que nunca a sufrir algún daño, o bien a obrar siempre con algún grado de riesgo.

De la imposibilidad de evitar la ocurrencia de daños y la necesidad de su reparación, surge el instituto de la responsabilidad civil, como una institución necesaria para el desarrollo económico y social, pues la prohibición de actividades riesgosas dificultaría el desarrollo y avance de las sociedades, es por ello que, a través, de la responsabilidad civil, el ordenamiento jurídico impone a toda persona el deber de reparar los daños causados en el desarrollo de sus actividades, bien sea en el seno de una relación contractual o por algún comportamiento activo u omisivo, asimismo, permite la realización de actividades potencialmente dañosas.

Este giro en la noción del instituto de la responsabilidad deriva en la toma de conciencia por parte de los sujetos en que no deben soportar el daño como consecuencia del destino, sino que a través de esta institución pueden obtener la reparación del daño. De ahí que la atención de la responsabilidad civil se centre en la reparación del daño y no en la censura del comportamiento dañino.

Como consecuencia de lo anterior, la importancia de la responsabilidad civil va aumentando a pasos agigantados, sobre todo durante el siglo XX y lo que va del siglo XXI. Ese avance se ve reflejado en variadas peticiones indemnizatorias, pues donde haya alguna inconformidad, las personas están en la posición de pedir indemnización con base en lo que ellos consideran una lesión a sus intereses o bienes⁵, así como en la

⁵ En este punto hay que aclarar que la sola inconformidad de un individuo con respecto a un hecho por él considerado como lesivo, no es razón suficiente para que efectivamente se configure un daño, pues una cosa es lo que se pretenda demandar y otra es lo que el ordenamiento admita.

aparición de nuevas pretensiones indemnizatorias⁶ y el reconocimiento de nuevos tipos de daños patrimoniales y inmateriales⁷ por parte de la jurisprudencia.

El ejercicio de la medicina ha evolucionado de la mano de los adelantos tecnológicos, lo que ha traído consigo múltiples consecuencias en lo que respecta a la responsabilidad de los profesionales que la ejercitan. En efecto, de los adelantos científicos resulta un nuevo catálogo de derechos y deberes, tanto para los pacientes como para los galenos.

El avance de la medicina en el campo de la reproducción humana ha resultado en nuevos métodos de cuidado y vigilancia sobre el desarrollo del embrión y del feto (v. gr. ecografías ginecológicas, fetoscopia, amniocentesis, embrioscopia, etc.), por lo tanto, actualmente son diagnosticables malformaciones y enfermedades desde antes del nacimiento, además de estos diagnósticos prenatales⁸, existe la posibilidad de realizar diagnósticos preimplantatorios⁹, lo cual amplía aún más la posibilidad de la ocurrencia de algún un daño, derivado del errado diagnóstico.

⁶ Sobre algunos eventos que podrían considerarse como novedosos, por su reciente desarrollo jurisprudencial, Piallet indicó: “El Consejo de Estado en alguna oportunidad debatió la responsabilidad del Estado con ocasión de la función legislativa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 30 de julio de 1992, exp. 6897. C.P. Daniel Suarez Hernández, y 24 de agosto de 1992, exp. 6754. C.P.: Carlos Betancourt”. PIALLET, Michael. La Responsabilidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 33.

⁷ El reconocimiento del daño a la vida de relación por parte del Consejo de Estado. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 1993, exp. 6897, C.P. Julio César Uribe Acosta. Aunque el Consejo de Estado varió el entendimiento de ese perjuicio, comoquiera que fue reemplazado por el de alteración grave de las condiciones de existencia. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. 2003-00385(AG), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Posteriormente, dicha Corporación abandonó esa concepción para privilegiar el daño a la salud y el daño a bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

⁸ Emaldi Cirión sobre el alcance de este término indica que: “Son todas las acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendido por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer, hereditaria o no, única o múltiple” EMALDI CIRIÓN, Aitziber. El consejo genético y la responsabilidad de los médicos que asesoran. Referentes jurídico-morales desde el marco legal español. En: Revista latinoamericana de Bioética. Enero, 2002, no. 2. p. 71.

⁹ La misma autora, sobre el particular, advierte que: “Las pruebas preimplantatorias pretenden detectar las posibles anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas que pudieran tener los preembriones *in vitro* antes de ser transferidos a la mujer” *Ibid.*, p. 73.

Estos avances médicos plantean nuevos retos a la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, entre ellos, en el contexto en que se verifique una afectación el derecho a la autodeterminación reproductiva¹⁰ por la acción u omisión de un tercero en proporcionar la información necesaria para ejercer ese derecho. Por ejemplo, las reclamaciones derivadas del nacimiento de hijos con malformaciones que pudieron ser detectadas y tratadas por el médico durante el embarazo, y sin embargo, por diversas circunstancias, no lo fueron. Este tipo de desavenencia da lugar a demandas de responsabilidad referidas al comienzo de la vida, que se constituyen en un caso particular dentro de la responsabilidad médica.

En los ordenamientos jurídicos foráneos, por ejemplo en EE. UU., desde tiempo atrás habían sido rechazadas por los tribunales de ese país las pretensiones indemnizatorias cimentadas en considerar que había un daño derivado de la vida, con fundamento en la ausencia de un daño resarcible, en la contrariedad de este tipo de pretensiones con el orden público, o bien, por el temor de abrir paso a un sinnúmero de pretensiones análogas¹¹, si bien, en su momento, estas pretensiones no prosperaron, abrieron paso a la pregunta de si el hecho de la vida puede ser considerado como un daño.

La consideración de la vida como daño ha dado paso a los denominados *Birth Torts*¹² los cuales han dado lugar a la interposición de demandas por *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful pregnancy* o *conception*¹³. Tales reclamaciones judiciales han tenido desarrollo

¹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, exp. D- 6122, D-6123 y D-6124, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentera.

¹¹ MACÍA MORILLO, Andrea. Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2006, no. 10. p. 73.

¹² Este término se utiliza para agrupar los *wrongful birth tort*, *wrongful life tort* y *wrongful pregnancy tort*, es decir, las reclamaciones de responsabilidad extracontractual que tienen como punto de partida considerar la vida de una u otra forma como un daño. Cfr. STRETTON, Dean. The Birth Torts. Damages for wrongful birth and wrongful life. En: Deakin Law Review. 2005, no. 1. p. 319; y MARTTILA GAST, Kristen. Cold Comfort Pharmacy. Pharmacist Tort Liability for Conscientious Refusals to Dispense Emergency Contraception. En: bepress Legal Series. Febrero, 2007, Working Paper 2017. p. 5.

¹³ Algunos doctrinantes han propuesto la traducción al español de estos vocablos. *Wrongful birth* por “Nacimiento injusto”, *wrongful life* por “vida injusta” y *wrongful pregnancy* por “embarazo injusto” Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. Pamplona: Civitas, 2007. p. 298; y del mismo autor. GALÁN CORTÉS, Julio César. La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia. En: Revista española de Medicina Legal. 1998, Año XXII, no. 84-85. p. 10-

legal, doctrinal y jurisprudencial principalmente en Estados Unidos, España, Alemania, Australia, entre otros.

Las reclamaciones por *wrongful birth* y *wrongful life* plantean la posibilidad de que la vida misma pueda ser considerada como un daño. El nacimiento de un niño afectado por enfermedades o defectos físicos o psíquicos ha generado una clase especial de reclamación en el marco del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado, en la cual los padres pueden reclamar una indemnización por no haber recibido la información necesaria para poder decidir si traer al mundo al niño enfermo (pretensiones por *wrongful birth*); e incluso, el propio niño solicita ser indemnizado por el hecho mismo de haber nacido (pretensiones por *wrongful life*).

1.2 Reclamaciones que suponen considerar la vida como daño

La responsabilidad extracontractual por actos médicos es uno de los campos más fructíferos, dentro del instituto de la responsabilidad en general, en cuanto a desarrollo y avances se refiere, ello debido, entre otras cosas, al creciente número de quejas y reclamos provenientes de los usuarios de los servicios médicos; la universalización de la seguridad social; los pronunciamientos que, al respecto, la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha hecho; el alza en la contratación de seguros de responsabilidad civil por parte de los médicos; el avance de la ciencia y de la tecnología que permiten exigir una mayor responsabilidad¹⁴.

14. Por otro lado, Nacimiento evitable para hacer referencia a *wrongful birth* y eugenesia fallida para *wrongful life*. Cfr. SALÁS DARROCHA, Josep Tomás. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En: Actualidad Administrativa. 2005, no. 22. p. 2692-2711. En este trabajo utilizaremos los términos en su idioma original, pues su traducción puede conllevar mayores imprecisiones de las que se pretendan evitar.

¹⁴ La proliferación de reclamaciones judiciales para declaratoria de responsabilidad extracontractual basadas en posibles daños derivados de la actividad médica ha sido uno de los principales desarrollos en el instituto de la responsabilidad, al respecto Pemán Gavín precisó lo siguiente: "La materia sanitaria ha venido a sumarse en nuestro país en los últimos años a otros ámbitos de la actividad pública en los que resulta frecuente la litigiosidad y, concretamente, el ejercicio de pretensiones resarcitorias. Ello resulta en efecto una novedad, pues hasta hace relativamente pocos años era muy infrecuente el ejercicio de acciones de responsabilidad en relación con la actividad médica o sanitaria en general, y en particular en relación con la actividad sanitaria realizada en centros asistenciales de titularidad pública". PEMÁN GAVÁN, Juan. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público. En:

En este escenario es donde se comienzan a presentar el hecho de la vida como daño dentro de la responsabilidad extracontractual, primeramente dentro de las reclamaciones por *disadvantaged* o *dissatisfied life*, seguidas de las pretensiones por *wrongful conception*, luego las llamadas reclamaciones por procreación irresponsable, hasta llegar a las de *wrongful birth* y *wrongful life*. Adicional a esto, están las denominadas *wrongful living*, que si bien no toman como eje central la vida de un nuevo ser, sí se estructuran desde la consideración de la vida como daño. El supuesto de esta reclamación es la prolongación de la vida por un tratamiento médico no pedido o autorizado¹⁵. Igualmente, se ha dado paso a las pretensiones por *wrongful adoption*, las que si bien no parte del nacimiento de una persona enferma, se reclama por la adopción de un niño con graves quebrantos de salud¹⁶.

A partir de 1973, con *Roe v. Wade* se abrieron paso en los tribunales norteamericanos las reclamaciones por *wrongful birth* y *wrongful life*. En el mencionado fallo se estableció que una mujer tiene el derecho constitucionalmente protegido a decidir, sin intervención del Estado, si desea terminar su embarazo¹⁷.

Documentación Administrativa [en línea]. Junio, 1994, no. 237-238. p. 283-284. Disponible en: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5356>> [citado en 4 de octubre de 2017].

¹⁵ Cfr. STRASSER, Mark. A jurisprudence in disarray. On battery, wrongful living, and the right to bodily integrity. En: San Diego Law Review. 1999, vol. 36, no. 4. p. 997-1041.

¹⁶ Koteich Khatib analizó la sentencia condenatoria del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en donde se formularon pretensiones indemnizatorias por la adopción de una niña enferma, el resumen fáctico del asunto es: “Los adoptantes decidieron demandar en acción de reparación directa al ICBF [Instituto Colombiano de Bienestar Familiar] y a Medicina Legal por una presunta ‘falla del servicio’ en virtud de los ‘errores que se presentaron en los exámenes médicos practicados a la menor por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que llevaron a que la familia, recibiera a la menor con el convencimiento de que se trataba de una menor completamente sana. De lo contrario ellos hubieran rechazado de plano recibir en adopción a la menor en dichas condiciones”. KOTEICH KHATIB, Milagros. Wrongful adoption ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia? En: Revista de Derecho Privado [en línea]. Enero-junio, 2015, no. 28. p. 438. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n28.13>> [citado en 4 de octubre de 2017]. La sentencia fue apelada por las partes y la segunda instancia correspondió a la consejera Marta Nubia Velásquez Rico de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con radicación 54001-23-31-000-2002-00173-01(50805), sin que a la fecha [4 de octubre de 2017] cuente con decisión definitiva.

¹⁷ Sine nomine. Wrongful birth actions: the case against legislative curtailment. En: Harvard Law Review. 1986-1987, no. 100. p. 2017.

Con anterioridad a este fallo, está el caso *Gleitman v. Cosgrove*, resuelto por la Corte Suprema de New Jersey en 1967, en el cual la señora Sandra Gleitman demandó a sus ginecólogos, los doctores Cosgrove y Dolan, quienes le aseguraron, cuando ella tenía dos meses de embarazo, que la rubéola que había contraído en su primer mes de gestación, no tendría consecuencias adversas sobre la salud de su hijo. Confiada en la información proporcionada por los médicos que la trataron, la señora Gleitman dio a luz a un niño que padecía del síndrome de la rubéola, por tanto, su capacidad de habla, visual y auditiva estaban seriamente comprometidas. La demandante planteaba que de haber conocido los riesgos que el contagio tendría sobre la salud de su hijo, hubiera acudido a otro especialista con el fin de que le practicaran un aborto. La Corte de New Jersey denegó las pretensiones, para ello argumentó que era imposible cuantificar los perjuicios derivados de ser padre de un niño enfermo, y aun pudiendo calcular la cuantía, el derecho a la vida del niño desplaza cualquier pretensión de ser indemnizados por el hecho de esa vida enferma¹⁸.

1.2.1 Reclamaciones por *disadvantaged o dissatisfied life*

Las reclamaciones por *disadvantaged life* (vida privada de ventajas) o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria) tienen como supuesto de hecho el siguiente: “un hijo reclamaba una indemnización frente a uno o ambos progenitores por el daño que le suponía que le suponía haber nacido en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas (ilegitimidad, pobreza, color de la piel, etc.), siendo la vida en tales circunstancias el daño por el que se reclamaba”¹⁹.

La primera demanda por *disadvantaged o dissatisfied life* es el caso *Zepeda v. Zepeda*, en el cual un hijo, completamente sano, demandó a su padre por haber nacido en circunstancias familiares y sociales desventajosas (la privación de su derecho a ser un hijo legítimo, a tener un hogar normal, a heredar de su padre y ascendientes, así como

¹⁸ Cfr. MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002. p. 431. y BURNS, Thomas A. When life is an injury. An economic approach to wrongful life lawsuits. En: Duke Law Journal [en línea]. 2003, no. 52. p. 813. Disponible en: <http://burnslawpa.com/pdf/When_Life_Is_an_Injury-An_Economic_Approach.pdf> [citado en 4 de octubre de 2017].

¹⁹ MACÍA MORILLO, Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth y Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, Op. cit., p. 68.

por ser estigmatizado como un “*bastardo*”), argumentando que él –su padre– había engañado a su madre para poder tener relaciones sexuales con ella, con la promesa de casarse, promesa que incumplió pues él, ya estaba casado.

La Corte de apelaciones de Illinois, si bien reconoció que el padre tenía deberes con su hijo y que con su actuar le causó perjuicios, por lo que se le causó un daño que cumplía con los requisitos de la responsabilidad extracontractual; a pesar de ello denegó las pretensiones. La Corte admitió que era inconsecuente decir que el hijo fue perjudicado por un acto dañino, que podía interponer una demanda para buscar la indemnización de perjuicios, pero que a pesar de ello no podía acceder a las pretensiones, pues temía una avalancha de pretensiones de este tipo²⁰, o que se llegase a considerar daño cualquier particularidad con la que se naciera (*v. gr.* nacer con una enfermedad hereditaria, heredar las malas características familiares o simplemente que los padres tuviesen mala reputación). Además, la Corte, consciente de las repercusiones sociales que significaría conceder las pretensiones indemnizatorias, advirtió que el llamado a decidir si se debía aceptar que la vida bajo esas condiciones constituía un daño, era un órgano con representación popular, como la Asamblea General²¹.

1.2.2 Reclamaciones por *wrongful conception*

Las *wrongful conception* son interpuestas por uno o ambos padres para reclamar que concibieron un hijo que no habían planeado tener por negligencia de su médico al recetarles anticonceptivos, practicarles una esterilización voluntaria o un aborto, aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento de un hijo no deseado el daño en que se basa la reclamación de responsabilidad extracontractual.

Uno de los escenarios en los que con mayor frecuencia se presenta este tipo de reclamaciones, tiene que ver con la prescripción de anticonceptivos, pues estos no

²⁰ Pues se estimaba que, en la década de los sesenta, en Estados Unidos habían 250.000 potenciales demandantes por este tipo de pretensiones. Cfr. BURNS, Op. cit., p. 822.

²¹ Cfr. STRASSER, Mark. Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment. Can reasonable jurisdictions recongnize all but one? *En*: Missouri Law Review [en línea]. 1999, vol. 64, no. 1. p. 35. Disponible en: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=mlr>> [citado en 4 de octubre de 2017].

producen los efectos esperados. Son dos las principales hipótesis sobre las cuales gravitan las pretensiones de declaratoria de responsabilidad por anticonceptivos. De un lado, se produce un embarazo pues el anticonceptivo es defectuoso. De otro lado, “se plantea la responsabilidad cuando un profesional sanitario aplica mal un anticonceptivo eficaz, prescribe un anticonceptivo inadecuado para el paciente, prescribe como método anticonceptivo un medicamento que carecía de tal virtud o no prescribe método anticonceptivo alguno, en la creencia de que no era necesario para impedir el embarazo por estimarse una situación de esterilidad”²².

En el caso de la práctica de una esterilización voluntaria –vasectomía, histerectomía o ligadura de trompas– son dos las hipótesis en las que se puede presentar: práctica negligente de la cirugía y omisión de información respecto de la posibilidad que existe de que ese método anticonceptivo pueda fallar, o bien, sobre los cuidados y precauciones posteriores que se deben tomar para asegurar la eficacia del método²³.

En este último supuesto, la demanda se estructura sobre el hecho de haberse sometido la mujer a la práctica de una esterilización voluntaria y, pese a ello, no consiguió el resultado que buscaba, pues nació un niño no deseado.

El hecho de considerar el nacimiento de un hijo como daño es *prima facie* contrario a los valores que inspiran la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. Consientes de esto, los demandantes cambian el enfoque de su pretensión e identifican el daño con un interés que pueda ser aceptado como jurídicamente protegido. “Separan, pues, el daño reclamado del hecho de la vida del hijo –aplicando el mismo razonamiento que maneja la doctrina alemana de la separación, o *Trennungslehre*– y centran este, bien en la lesión de la libertad de procreación (...), o bien en los gastos que acarrea el niño”²⁴.

²² MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*). Tesis de Doctorado en Derecho Civil. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2003. p. 27-28.

²³ Cfr. *Ibid.*, p. 26-27.

²⁴ MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Revista de Derecho [en línea]. Junio, 2007, no. 27. p. 10. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102702>> [citado en 4 de octubre de 2017].

1.2.3 Reclamaciones por procreación irresponsable

A través de este tipo de reclamación, se plantea la responsabilidad de los padres frente a sus hijos, pues como consecuencia directa o indirecta del comportamiento de los padres, el hijo sufre una grave malformación o enfermedad, o bien, por estos haber llevado a término un embarazo o concebir, aun siendo conscientes del riesgo de que su descendencia sufriera una grave malformación o una enfermedad incurable²⁵.

1.3 Reclamaciones por *wrongful life* y *wrongful birth*

El hecho de la vida como daño y la reclamación de responsabilidad, bien sea por los padres o por el hijo, da lugar a dos pretensiones de declaratoria de responsabilidad extracontractual distintas: pretensiones por *wrongful birth* y por *wrongful life*²⁶. Aunque ambas tengan como base el mismo conjunto de hechos esenciales “son distintas puesto que cada una de ellas consiste en una pretensión ejercitada por un sujeto diferente que reclama un daño diferente”²⁷.

La reclamación por *wrongful birth* es interpuesta por uno o ambos padres, a nombre propio, cuando un niño con una grave enfermedad nace como resultado de la negligencia médica al diagnosticar o hacer algún procedimiento en particular²⁸, solicitando la reparación del daño, consistente en la privación de la posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo que hubiese evitado el nacimiento, así como los gastos relacionados con dicho nacimiento y manutención del niño enfermo. En cambio, aquella intentada por *wrongful life* es la reclamación hecha en nombre del niño, para solicitar la

²⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 11.

²⁶ Sobre la distinción de esta tipología de pretensiones, véase, STRASSER, *Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment. Can reasonable jurisdictions recognize all but one?*, Op. cit., p. 35. En especial la parte IV del escrito: *Wrongful life versus wrongful birth*; del mismo autor. *A jurisprudence in disarray. On battery, wrongful living, and the right to bodily integrity*, Op. cit., p. 997-1041.

²⁷ MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005. p. 52.

²⁸ Cfr. STRASSER, Mark. *Yes, Virginia, there can be wrongful life. On consistency, public policy, and the birth-related torts*. *En: The Georgetown Journal of Gender and the law*. 2003, vol. 4, no. 3. p. 843.

reparación del daño que supone su propia existencia²⁹, pues habría sido mejor no nacer que vivir en las condiciones que lo hace.

Cabe aclarar que en ninguna de las dos reclamaciones, el médico fue el causante de la enfermedad o deformidad del niño. Si un doctor intencionalmente o por negligencia receta un medicamento, por ejemplo, talidomida, a una mujer embarazada, y esto causa una enfermedad o deformidad en el niño, el médico podría ser demandado por negligencia médica. En contraste, en el caso de las reclamaciones por *wrongful life* y *wrongful birth*, el niño padecía la enfermedad o malformación antes de que el médico fallara en el diagnóstico de su estado o no entregara la información con que contaba sobre el delicado estado de salud del *nasciturus*. Entonces, para continuar con el ejemplo de la talidomida, en las reclamaciones por *wrongful life* y *wrongful birth*, el médico simplemente ha sido negligente en informarle a la madre que, a causa de la ingestión previa de talidomida, el niño o el feto sufrió deformidades o una grave alteración a su salud³⁰.

De lo anterior, se puede extraer que la procedencia de las demandas por *wrongful birth* o *wrongful life* está condicionada a que se presenten los siguientes supuestos³¹:

1. Un médico informa erróneamente –acción– o no informa –omisión– a los padres sobre el estado del feto o los riesgos que lo amenazan. Esta conducta del médico que priva a la gestante de su posibilidad de decidir sobre la interrupción de su embarazo, puede agruparse en tres supuestos:
 - a. El médico se equivoca en el diagnóstico, interpretando erróneamente el resultado de las pruebas –falso negativo–³², con lo que los progenitores reciben la

²⁹ Cfr. MACÍA MORILLO, La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, Op. cit., p. 52.

³⁰ BURNS, Op. cit., p. 809-810.

³¹ Cfr. MACÍA MORILLO, La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, Op. cit. p. 70-74.

³² Sobre el alcance de esa noción, Emaldi Cirió precisó: “Los identificados falsamente como negativos son casos en los que la prueba inicial no detecta la condición de portador y se supone que los individuos están libres de anomalías cuando, de hecho, son heterocigóticos portadores. (...) el médico no detecta malformaciones, de tal manera que la mujer no recibe la información

información incorrecta de que el feto está sano y se les priva de la posibilidad de interrumpir el embarazo.

- b. El médico, aun realizando un diagnóstico correcto, no lo comunica a los padres debidamente, bien no lo comunica, o lo comunica extemporáneamente, cuando ya no hay posibilidad de acudir al aborto porque ha transcurrido el plazo legal – aunque este último supuesto no aplica para el caso colombiano, ya que no se limitó la posibilidad de abortar a algún tiempo específico–.
 - c. El médico no aconseja sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal.
2. No se conoce cura a la enfermedad o anomalía detectada en el embrión o en el feto.
 3. La anomalía o enfermedad pudo ser detectada de acuerdo con los conocimientos científicos del momento y los indicios presentes en la gestante.
 4. Los progenitores hubieran podido optar por interrumpir el embarazo, es decir, el ordenamiento jurídico permitía el aborto en el momento en que se produjo la información errónea o la omisión de información.
 5. La concepción del hijo fue voluntaria, los padres querían tener un hijo.

1.3.1 Particularidades de las reclamaciones por *Wrongful birth*

Las demandas por *wrongful birth* son interpuestas por uno o por ambos padres en contra del médico y/o institución médica por no haber detectado una grave anomalía genética o no haberles informado a tiempo que concebirían a un niño enfermo, privándolos, en

consecuencia, de tomar una decisión informada sobre la continuación o interrupción del embarazo³³.

La afirmación de un daño en este tipo de reclamación, se hace siguiendo la misma lógica empleada cuando se pretende indemnización por *wrongful conception*, es decir, se separa el daño reclamado del hecho de la vida del hijo y se identifica el daño, principalmente, con la privación de la facultad de elegir sobre la interrupción del embarazo lo que en últimas es un atentado contra la libertad de procreación.

En Estados Unidos, a nivel general, las reclamaciones por *wrongful birth* se han aceptado con el pasar de los años, pues las Supremas Cortes Estatales han ido sentando los precedentes de manera más o menos reiterada³⁴.

En Alemania hay una fuerte división en la opinión sobre aceptar este tipo de reclamaciones, por un lado, el Tribunal Federal Alemán está a favor de permitir las demandas por *wrongful birth*, indemnizando el costo de manutención y de crianza del niño. Por otro lado, la Cámara Segunda del Tribunal Constitucional está en contra, pues considera eso como contrario a la dignidad del niño³⁵.

1.3.2 Particularidades de las reclamaciones por *Wrongful life*

El argumento de separación entre la vida y el daño no resulta tan fácil de aplicar, en lo que respecta, a las reclamaciones por *wrongful life*³⁶, pues, precisamente, es la vida

³³ Cfr. GIESEN, Ivo. Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. En: Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR) [en línea]. Julio-agosto, 2008, no. 72. p. 259. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1424901>> [citado en 4 de octubre de 2017] y ZAPPALÁ, Francesco. Estatuto jurídico del concebido. En: Criterio Jurídico [en línea]. 2007, vol. 7. p. 271. Disponible en: <<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/281/1076>> [citado en: 4 de octubre de 2017].

³⁴ Véase, entre otros, *Duplan v. Harper* (1999); *Etkin v. Suárez* (1999); *Bader v. Johnson* (2000); *Dyson v. Winfield* (2001); *Kassama v. Magat* (2001).

³⁵ GIESEN, Op. cit., p. 262.

³⁶ Pacheco Jiménez al respecto indica que: “La acción de *wrongful life* es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo –o sus representantes legales– que ha nacido con algunas enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida”. PACHECO JIMÉNEZ, María. El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal. Acciones de *wrongful birth* y *wrongful*

misma lo que se presenta como daño en estas demandas. Tratar de identificar el daño sobre otros supuestos es realmente difícil, como lo anota Macía Morrillo:

[I]ntentos como los de identificar un daño en las propias malformaciones o en la enfermedad del niño quedan condenados al fracaso, por su descoordinación con el resto de los elementos de la responsabilidad: es innegable que tales malformaciones existen y que, con toda seguridad, son la verdadera causa del descontento del niño, pero su existencia no deriva del comportamiento del profesional sanitario, que lo único que hizo fue no detectarlas y ponerlas de relieve frente a los progenitores. Igualmente, tampoco se puede identificar el daño en relación a la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que dicha facultad es atribuida por el Ordenamiento a la gestante en atención a sus propios bienes e intereses, no en atención a los del *nasciturus*³⁷.

Además de lo anterior, y en virtud de las reclamaciones por *wrongful life*, la doctrina y jurisprudencia norteamericana han advertido la dificultad de que estas demandas prosperen, debido a lo que han denominado *the nonexisting paradox*, pues, por regla general, cuando se intenta verificar la existencia de lo que se llegue a considerar como un daño, se hace una comparación de la situación del demandante antes de la ocurrencia del pretendido daño con aquella en la que quedó con posterioridad a este. Es precisamente la imposibilidad de comparar la vida enferma con la no-existencia, donde encuentra la mayor dificultad el entendimiento o configuración del daño que se reclama por *wrongful life*.

Si se llegase a superar esa barrera y se estuviera en sede de liquidación de perjuicios, esa imposible comparación imposibilitaría cuantificarlos, ya que no habría compensación para intentar dejar indemne al allí demandante, pues no se podría resarcir sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, a tal punto de que pueda quedar en la situación más parecida hasta antes de la ocurrencia del daño, comoquiera que esa situación, precisamente no existe³⁸.

life. En: DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico *et. al.* (eds.) Retos de la abogacía ante la sociedad global. Madrid: Editorial Civitas, 2012, p. 1809.

³⁷ MACÍA MORILLO, Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, Op. cit., p. 86.

³⁸ BURNS, Op. cit., p. 811.

Con en ese argumento, se denegaron en varias oportunidades demandas por *wrongful life*³⁹, por ejemplo, en *Becker v. Schwartz*, la Corte de Apelaciones de New York negó las pretensiones por *wrongful life*, en tanto, los demandantes no sufrieron daño alguno y, en todo caso, los daños serían imposibles de cuantificar por la imposibilidad de comparar la no-existencia. Para ello, la Corte advirtió: “Si es mejor nunca haber nacido en absoluto que haber nacido con graves deficiencias es un misterio que es mejor dejarlo a los filósofos y teólogos. Seguramente el ordenamiento no tendría la capacidad para resolver el problema, particularmente por el alto valor que, casi de forma unánime, la ley y la humanidad han puesto en la vida humana, más que en su ausencia”⁴⁰.

El Tribunal Federal Alemán denegó una demanda por *wrongful life* de un niño afectado por el síndrome de la rubéola, que adquirió por madre quien padeció de esa enfermedad durante el embarazo. La razón para ello fue que no existía el deber de prevenir el nacimiento de un niño probablemente enfermo, aun si se le restara valor a esa vida humana, es una carga que debe ser aceptada⁴¹.

A pesar de lo anterior, este tipo de reclamaciones no deben ser desechadas inmediatamente, pues, a partir de la constatación de la relativización de los derechos al interior de la mayoría de los ordenamientos jurídicos, de la cual el bien vida no escapa, pues no es absoluto y puede ser limitado válidamente, entonces, no sería del todo descabellado aceptar una reclamación por responsabilidad extracontractual en estos casos, ya que con esta no se pretende poner fin a una vida, sino únicamente una indemnización por vivir una vida llena de incomodidades por la enfermedad que se padece⁴².

³⁹ Aunque el argumento de la no-existencia este referido principalmente a las pretensiones por *wrongful life*, la jurisprudencia norteamericana también ha utilizado este argumento para denegar demandas por *wrongful birth*. Por ejemplo, en *Hester v. Dwivedi*, la Corte Suprema de Ohio, sostuvo en una acción por *wrongful birth* que “bajo ningún concepto sopesaría la vida con discapacidades con la no vida”. MEDINA, Op. cit., p. 440.

⁴⁰ Traducción libre de: “Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians. Surely the law can assert no competence to resolve the issue, particularly in view of the very nearly uniform high value which the law and mankind has placed on human life, rather than its absence” BURNS, Op. cit., p. 815.

⁴¹ Cfr. GIESEN, Op. cit., p. 263.

⁴² Cfr. MACÍA MORILLO, Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, Op. cit., p.88.

2. Panorama de las reclamaciones relacionadas con la vida en Colombia

2.1 El punto de partida: la interrupción voluntaria del embarazo

El común denominador, en los países donde este tipo de pretensiones han tenido mayor desarrollo, es el reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico, a los individuos de poder elegir entre continuar un embarazo o interrumpirlo, bien sea en determinados supuestos, que el ordenamiento ampara esa decisión, como es el caso colombiano, o bien, el ordenamiento da total libertad para interrumpir un embarazo, como es el caso de Alemania, en donde, se permite dentro de las doce primeras semanas, previa una consulta médica obligatoria, la interrupción del embarazo.

El cimiento de las demandas por *wrongful life* y *wrongful birth* es el nacimiento de un niño gravemente enfermo o deforme como consecuencia de un falso negativo u omisión de información a los progenitores. Además de lo anterior es necesario que al interior del ordenamiento jurídico exista y se garantice la libertad reproductiva o la facultad de decisión sobre la interrupción del embarazo. Si el ordenamiento no garantiza la libertad reproductiva o la facultad de abortar, difícilmente se podría articular una reclamación de responsabilidad pues no habría privación de decidir, por lo tanto, no habría un daño, que como ya se había dicho, es el elemento clave en las demandas por responsabilidad extracontractual.

Un gran número de países reconocen a la mujer la posibilidad de decidir la interrupción voluntaria del embarazo, pues en determinados casos prevalecen los intereses de la mujer (integridad física, vida, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, entre

otros) que entran en conflicto con los *nasciturus*⁴³. Ahora bien, para que pueda configurarse como daño la lesión a la facultad de abortar, no basta el solo reconocimiento de ésta, sino, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, que también fuera posible. Esta precisión se hace pues en aquellos países donde está permitida la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, normalmente se establecen unos requisitos o unos límites para poder llevar a cabo esta práctica. Por tanto, para que se pueda dar la lesión a la decisión de interrumpir el embarazo, es necesario que en el caso concreto se compruebe el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, según el sistema en que se presente el caso. Caso contrario, no existiría lesión alguna a la facultad de decidir, ya que la práctica del aborto no estaría despenalizada.

Existen, básicamente, dos sistemas de regulación para la práctica de abortos, el de requerimientos y el de plazos, los cuales no se excluyen mutuamente, todo lo contrario, tienden a combinarse. En el sistema de plazos, la posibilidad de practicar un aborto queda sometida al arbitrio de la mujer, la única limitante es el tiempo en que se debe practicar este, pues de lo contrario sería punible el aborto, generalmente el primer trimestre. En el sistema de requerimientos para que sea posible la interrupción voluntaria del embarazo deben concurrir determinadas circunstancias, en las cuales los intereses de la madre están por encima de los del *nasciturus*: riesgo de lesión a la integridad de la madre, motivos económicos, embarazo producto de agresión sexual, o la presencia de una enfermedad o malformación grave en el feto.

En Colombia, este tipo de reclamaciones no han tenido mayor desarrollo, pero con la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, en la que se despenaliza el aborto en varios supuestos, se le da la potestad a la madre de continuar a no un embarazo y se impone el correlativo deber a los médicos y al Estado, de cumplir y hacer valer, respectivamente, este derecho.

⁴³ Entre los cuales podemos encontrar a Estados Unidos (1973); Alemania (1975); Italia (1975); Francia (1975); Portugal (1984); España (1985); Canadá (1988); Hungría (1991); Irlanda (1992); Polonia (1996), entre otros.

En esa oportunidad, dicha Corporación, luego de analizar las disposiciones que penalizaban el aborto⁴⁴, coligió que castigar sin ninguna restricción esa conducta implicaba la “completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”⁴⁵. Por tanto, esa contraposición de derechos debía matizarse en ciertos casos, pues de no hacerse implicaría desconocer sin más los derechos fundamentales de la mujer, pues su dignidad se vería seriamente comprometida si se le impide abortar, pues se vería reducida a “un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”⁴⁶.

El derecho a la autodeterminación reproductiva da a los progenitores la libertad de decidir sobre la procreación. Ese reconocimiento se da tanto positivamente, como negativamente, es decir, se faculta a los individuos no sólo la opción de procrear, sino también la de no hacerlo. Esta garantía de decidir se fundamenta en la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso la integridad y vida de la mujer.

Por ello y con el fin de no desconocer los derechos fundamentales de la mujer, se concluyó que podía practicarse el aborto en aquellos casos en que continuar con el embarazo resultara una carga excesiva para la mujer. Tales supuestos se restringieron a:

- a. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico –aborto eugenésico–;
- b. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico –aborto eugenésico–;

⁴⁴ En esa oportunidad, la Corte Constitucional estudio la exequibilidad de los artículos 32 (numeral 7), 122, 123 y 124 del Código Penal –Ley 599 del 24 de julio de 2000–.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, exp. D- 6122, D-6123 y D-6124, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

⁴⁶ Ibid.

- c. Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto –aborto ético–.

En tales eventos la interrupción voluntaria del embarazo no puede ser considerada como delito. De tal suerte que, para este trabajo, el segundo supuesto cobra especial relevancia, pues es el insumo básico para las reclamaciones que aquí interesan, ya que permite afirmar *prima facie* que de llegar a presentarse una vida gravemente enferma podrían promoverse demandas en contra del Estado para pedir la reparación de ese daño –vida gravemente enferma– producto de la no interrupción del embarazo.

Ello por cuanto se crea la posibilidad de interrupción del embarazo que culminará con el nacimiento de una persona gravemente enferma y esa posibilidad se erige en un derecho o bien un interés que debe ser respetado y protegido. Precisamente la transgresión a esa garantía es el punto de partida para considerar que una vida gravemente enferma es un daño, pues en principio los padres no estarían obligados a asumir la carga que subyace a la no interrupción del embarazo y tampoco lo estaría quien tiene que afrontar esa vida llena de limitaciones tampoco.

2.2 El primer paso: reconocimiento del daño por lesión a la autodeterminación reproductiva

2.2.1 Pronunciamientos de la Jurisdicción Constitucional

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional parece haber dado el primer paso hacia el reconocimiento de este tipo de reclamaciones indemnizatorias en el ordenamiento colombiano.

Con base en el anterior pronunciamiento, en sentencia T-209 de 2008⁴⁷, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela con la que se pretendía obtener el amparo del derecho de autodeterminación reproductiva de una menor que fue víctima de acceso carnal violento y quedó en estado de gravidez. Pues la entidad prestadora de salud a la que estaba afiliada se negó a interrumpir el embarazo de la menor, a pesar de que se configuraba una de las causales para que procediera la interrupción.

Lo interesante de ese pronunciamiento es que la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 25⁴⁸ del Decreto 2591 de 1991, condenó solidariamente a la entidad prestadora de la salud, a la institución prestadora de salud y a los profesionales de la salud que atendieron a la menor y no obraron de conformidad con sus obligaciones por los “perjuicios que se le ocasionaron a la menor accionante con la omisión puesta de presente en la solicitud de tutela”.

Igualmente, en sentencia T-946 de 2008⁴⁹, la Corte Constitucional abordó la misma problemática del anterior pronunciamiento. La tutelante era una menor que fue víctima de acceso carnal violento y quedó embarazada, a quien tampoco le fue practicada la interrupción voluntaria del embarazo. Oportunidad en la que se condenó solidariamente a la entidad prestadora de la salud y al profesional de la salud que atendió a la menor “a pagar los perjuicios causados a [la menor], por la violación de sus derechos fundamentales”.

Además, en sentencia T-841 de 2011⁵⁰ se condenó a una entidad prestadora de salud por no practicar la interrupción voluntaria del embarazo que presentaba riesgo para la salud mental de una menor “a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-209 del 28 de febrero de 2008, exp. T-1673450, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁸ “Cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo de tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como las costas del proceso”.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-946 del 2 de octubre de 2008, exp. T-1927682, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-841 del 3 de noviembre de 2011, exp. T-3130813, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

causados a la menor por la negativa ilegítima de la IVE (...) el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho”.

Aunque estos casos no se encuadran en las reclamaciones por *wrogful birth* ni *wrongful life*, pues del texto de las sentencias no se desprende que fueron niños gravemente enfermos, lo cierto es que presentan –aunque no en un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado– la lesión a la autodeterminación reproductiva como un daño que debe ser reparado y ello abre las puertas a las reclamaciones por *birth torts*.

Ahora, en sentencia T-301 de 2016⁵¹, la Corte Constitucional condenó a la entidad prestadora por los “perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental al aborto”, comoquiera que se negó a practicárselo a la ahí tutelante, a pesar de que su hijo padecía de hidrocefalia y por demorar “injustificadamente la atención completa y oportuna de la paciente, evitando que conociera un diagnóstico en el momento adecuado”.

En ese asunto, sí se presentan algunos de los supuestos fácticos que permitirían entender que se trata de un caso de *wronful birth* y *wrongful life*, pues el niño nació con una grave enfermedad que en su momento permitía que se interrumpiera el embarazo. Sin embargo, el hecho dañoso no se presentó, la información no fue errada, solo tardía. La madre sí conocía del delicado estado de salud de su hijo antes de su nacimiento y por ello intentó interrumpir el embarazo.

En todos los asuntos analizados por la Corte Constitucional se condenó a quienes se negaron a practicar el aborto, comoquiera que la lesión a la autodeterminación reproductiva indiscutiblemente causa un daño.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-301 del 9 de junio de 2016, exp. T-5331547, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

2.2.2 Pronunciamientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El primer proceso, o por lo menos el que se pudo rastrear, que haya abordado, al interior de un juicio de responsabilidad extracontractual, la problemática que aquí interesa, la posibilidad de derivar un daño de la vida, fue decidido en primera instancia el 18 de mayo de 2004⁵² y en segunda instancia el 9 de noviembre de 2015⁵³. Oportunidad en la que se resolvió una demanda interpuesta, en ejercicio de la acción de reparación directa, por una mujer, su compañero permanente y sus hijos, comoquiera que ella se sometió a un procedimiento de esterilización voluntaria y a pesar de ello quedó en embarazo.

En primera instancia, el juzgado absolvió de responsabilidad al municipio de Tunja y a Comparta A.R.S., declaró responsable extracontractualmente a la Clínica Santa Teresa Ltda. y la condenó a pagar diez salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales a la mujer y a su compañero permanente. Para ello, el juzgado se ocupó en verificar la configuración del daño reclamado⁵⁴ y lo enfiló bajo los criterios de la pérdida de oportunidad, así:

[E]l daño sufrido por los demandantes no consiste en la realización misma de la cirugía con efectos contrarios a los deseados (no tener más hijos), sino que se materializa en la pérdida de la oportunidad de decidir libremente en la posibilidad de complementar la anticoncepción con métodos adicionales al pomey, o no, doctrina que se equipara a la tesis francesa de la “*perte d’un chance*”. El daño resulta

⁵² JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, sentencia del 26 de enero de 2012, exp. 15001-31-33-009-2006-01969-00, J. Fernando Arias García.

⁵³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, sentencia del 9 de noviembre de 2015, exp. 15001-31-33-009-2006-01969-01, M.P. Víctor Manuel Buitrago González.

⁵⁴ Sobre el daño que se configuró en el asunto en comento, Arias García –el juez que profirió la sentencia en cita– y López Martínez precisaron: “La teoría de la separación es una de las nuevas ideas inspiradas en estos casos, que ha permitido ajustar el concepto de daño y aplicarlo en debates concretos de responsabilidad. El planteamiento compartido por padres, jueces y académicos, sugiere que debe distinguirse entre la vida del nuevo hijo y los gastos que genera su sostenimiento a la hora de establecer el daño; esto es, que el nacimiento del nuevo hijo no debe ser considerado como un perjuicio porque ello implicaría darle una valoración puramente económica a la existencia humana. En su lugar, es posible pensar que se lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres, representado en la limitación que se les impone a la hora de decidir libremente el número de hijos que desean tener. Se entiende que dicha afectación acarrea consecuencias morales y patrimoniales”. ARIAS GARCÍA, Fernando y LÓPEZ MARTÍNEZ, Miguel. Responsabilidad del estado por anticoncepción fallida. Estudio de caso sobre el ajuste de paradigmas. *En*: Revista Principia Iuris [en línea]. 2014, no. 22. p. 93-94. Disponible en: <<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/944/913>> [citado en 4 de octubre de 2017].

no sólo del hecho de haber privado, de modo negligente, a los padres de la posibilidad de decidir acerca de su nueva situación personal y familiar y de consentir dar la vida a un nuevo ser, sino de los efectos que esa privación conlleva.

Luego, sostuvo que el centro médico asistencial incumplió su obligación de obtener el consentimiento informado, por lo que le resultaba imputable el daño⁵⁵. En sede de liquidación de perjuicios, el juzgado negó los perjuicios materiales, deferidos a los gastos de manutención del menor hasta los veinticinco años de edad⁵⁶; igualmente, negó los perjuicios morales de los dos hermanos del menor⁵⁷.

Como la parte demandante apeló tal decisión para obtener el reconocimiento de los perjuicios negados y el aumento de los concedidos, el Tribunal Administrativo de Boyacá no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la configuración del daño y se limitó a confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

Otro asunto donde se abordó la temática en estudio fue resuelto en primera instancia el 17 de marzo de 2011⁵⁸ y en segunda instancia del 5 de diciembre de 2016⁵⁹. Ahí se resolvió la demanda interpuesta, en ejercicio de la acción de reparación directa, por una mujer que estaba en un programa de planificación familiar en el que mensualmente se le administraba un anticonceptivo inyectable y a pesar de ello quedó embarazada de su quinto hijo.

⁵⁵ Sobre la imputación, el juzgado sostuvo que dicho centro asistencial analizó en primer lugar si se configuraba una falla en el servicio médico y, luego de desechar varias hipótesis, sostuvo que dicho centro asistencial: “[D]ebió hacer suscribir a la actora un verdadero documento contentivo del consentimiento informado que expresamente revelara las ventajas, desventajas, riesgos y margen de error de la cirugía de trompas pomey para que los actores tuvieran clara la posibilidad o el chance de utilizar un método alterno de anticoncepción y de esta forma evitar el tercer embarazo que deseaban impedir los accionantes”.

⁵⁶ La negativa, siguiendo un pronunciamiento del Tribunal Supremo español, se sustentó, en que: “[L]a vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”.

⁵⁷ Como fundamento de esa decisión, el juzgado sostuvo: “[C]omoquiera [que] se indemniza a título de perjuicio moral el cambio en las condiciones y planes de vida de la familia (...) y la incertidumbre frente al nacimiento de un tercer hijo no esperado, la carga de dicha zozobra radica en cabeza de los padres [del menor], lo que excluye la indemnización a favor de [sus hermanos]”.

⁵⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA, sentencia del 17 de marzo de 2011, exp. 81001-23-31-000-2009-00051-01, M.P. Luis Ramón Giraldo Gutiérrez.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 41262, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En primera instancia se negaron las pretensiones, por cuanto la interesada no acreditó la falla en la prestación del servicio médico. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó tal decisión, declaró extracontractualmente a la Empresa Social del Estado Moreno y Clavijo y condenó al pago de perjuicios morales en suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En esa oportunidad, se diferenció la posibilidad de reclamar por la vida en sí considerada y se centró en la afectación a la decisión libre sobre la posibilidad de procrear, interés que está expresamente protegido por el ordenamiento, de tal suerte que su menoscabo comporta un daño antijurídico en los siguientes términos:

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

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

Luego, indicó que el daño resultaba imputable a la prestadora del servicio médico, comoquiera que no brindó la información suficiente a la paciente que permitieran sostener que hubo un consentimiento informado⁶⁰. En la liquidación de perjuicios negó los materiales⁶¹.

⁶⁰ “Esa transgresión es imputable a la E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca, por cuanto en la atención de la consulta de planificación familiar solicitada por la demandante omitió el suministro de una información de calidad que permitiera a la actora decidir con conocimiento de causa sobre el método a emplear y sus posibles riesgos, omisión de la que no hay duda por cuanto ningún registro de ello quedó en la historia clínica, con lo que se encuentra comprometida la responsabilidad del referido ente público”.

⁶¹ “[L]os gastos de crianza del menor no son inherentes al daño endilgado a la entidad, bajo el entendido de que el derecho a la libertad reproductiva, tal como lo entiende la Sala, impide la intervención estatal y de terceros en la decisión libre de las personas respecto a la conformación de su familia y les otorga el derecho a obtener la información requerida para ello de manera libre,

En ambos procesos se resolvieron pretensiones por *wrongful conception*. Aunque en el primero se indicó que el daño correspondía a una pérdida de oportunidad, lo cierto es que el daño se fijó en la lesión a la autodeterminación reproductiva, al igual que en el segundo. Por tanto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha recocado que la trasgresión a esa garantía es un daño antijurídico y ello abre paso a las reclamaciones que aquí interesan.

2.3 Lo necesario: estructurar el daño antijurídico

Una vez aclarado el desarrollo que han tenido las reclamaciones por *wrongful birth* y *wrongful life* en otras latitudes y verificada la posibilidad que existe de proponer ese tipo de pretensiones por la despenalización del aborto en Colombia, corresponde indicar los elementos que deben cumplirse en el ordenamiento jurídico colombiano para que pueda entenderse configurado el daño y así contrastar tales elementos con la idea que subyace a las reclamaciones en comento.

Pues bien, el daño es el primer elemento que se considera en un proceso de responsabilidad estatal. Su estudio puede ser abordado, básicamente, desde dos ópticas: desde el primer enfoque, el daño se estudia como un elemento integrante de la responsabilidad, analizando su concepto, características, naturaleza, requisitos y formas; por otro lado, desde el segundo enfoque, no se estudia el daño considerado individualmente, sino la reparación de éste y todo lo que ello conlleva⁶².

Como se indicó al inicio, en este trabajo el análisis se circunscribe al primero de los enfoques mencionados, es decir, al daño en sí mismo, en cuanto a su existencia como elemento integrante de la responsabilidad del Estado, dejando a un lado los problemas que suscita la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima. De tal suerte

pero no conlleva una garantía respecto de la no concepción en los casos en que esta no se desea, por tratarse de un fenómeno natural, cuya ocurrencia no puede ser materia de indemnización, en la medida en que no se haya garantizado en forma total la efectividad de un determinado método ofrecido al paciente con ese compromiso a cargo del prestador del servicio”

⁶² Cfr. PEIRANO, Op. cit., p. 531.

que previo a indicar como se estructuran los daños que aquí interesan, es necesario traer a colación los elementos que lo componen.

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. A pesar de la importancia que tiene el daño en ese precepto y al interior del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solo hace una remisión de su alcance a lo previsto en la Constitución⁶³, el Código Civil⁶⁴, al igual que otras disposiciones legales⁶⁵, tampoco se encargan de definirlo. Por lo que la jurisprudencia y la doctrina han estructurado la noción de daño.

Veamos algunas aproximaciones doctrinales al tema. Para el tratadista argentino Zannoni “el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”⁶⁶. Para Tamayo Jaramillo el “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”⁶⁷. Díez-Picazo, por su parte, establece que el daño es “la destrucción o los menoscabos ocurridos en los bienes materiales cuya propiedad o cualquier otro derecho real pertenezca a un determinado sujeto y que, por tanto, se

⁶³ En su artículo 140 prevé el medio de control de reparación directa, así: “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”.

⁶⁴ El artículo 2341 exige para que se configure la responsabilidad extracontractual la existencia de un daño, pero no establece en qué debe consistir, ni las características que debe reunir.

⁶⁵ A más de la legislación en cita, en la siguiente normativa también se exige la existencia de un daño para configurar responsabilidad, pero no traen la definición de este: artículos 34 de la Ley 472 de 1998, 1º de la Ley 610 de 2000, 4 de la Ley 678 de 2001, 17 de la Ley 1252 de 2008 y 5 de la Ley 1333 de 2009, entre otros.

⁶⁶ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 1.

⁶⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. p. 326 (t. II).

encuentran en su patrimonio”⁶⁸. Para Henao, daño “es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”⁶⁹. De los anteriores planteamientos, podemos concluir que el daño es la alteración de una situación⁷⁰, que afecta negativamente el patrimonio de la víctima. Entendiendo por patrimonio todos los derechos del afectado, sean económicos o no.

Precisado el concepto de daño como elemento de la responsabilidad, corresponde examinar ahora las características que debe revestir, es decir, los elementos necesarios para que exista, pues no basta la sola inconformidad de un individuo con respecto a una situación para que se configure un daño indemnizable.

Para que surja la obligación a indemnizar el daño debe tener ciertas características, “acerca de este punto, la ley no reclama ningún requisito en particular, pero tanto el buen sentido cuanto la jurisprudencia y la doctrina, han elaborado una concepción de acuerdo a la cual se exigen en el daño algunas características especiales, tales como la de ser cierto y personal a la víctima”⁷¹. Así, para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar los elementos que lo estructuran, esto es, que sea cierto, personal y antijurídico.

2.3.1 Carácter cierto

El primer elemento que debe presentar el daño para configurarse como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, según la doctrina y la jurisprudencia, es el de ser cierto. Se considera cierto aquel que es real y efectivo, y no meramente contingente o hipotético. Si su existencia no pasa de ser una mera especulación, una conjetura o suposición, no habrá lugar a indemnización alguna, ya que solo el daño

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999. p. 307.

⁶⁹ HENAO, Op. cit., p. 84.

⁷⁰ Según Tamayo Jaramillo hay una serie de situaciones jurídicas “que, sin reunir las características de los derechos reales o personales, conceden sin embargo a los individuos la facultad de disfrutar de todos aquellos beneficios que no han sido prohibidos por el orden jurídico. (...) Dentro de estas situaciones jurídicas lícitas encontramos la de la posibilidad de que los individuos puedan beneficiarse espiritualmente con la existencia de otras personas o con la ayuda gratuita que alguien les brindaba (...) En conclusión: el daño será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 5 (t. IV).

⁷¹ PEIRANO, Op. cit., p. 362.

cierto, y no el contingente, crea en cabeza de un individuo el derecho a ser reparado integralmente.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el particular, precisó que un daño es indemnizable siempre que “no [sea] un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada”⁷².

El criterio esencial, según la teoría de la diferencia, para determinar la certeza de un daño en un caso concreto, “resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo”⁷³.

Es necesario precisar que un daño es cierto a pesar que su cuantificación sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, de tal suerte, que basta el convencimiento que se tenga sobre la existencia del daño para declarar su ocurrencia sin necesidad de que este sea de determinada entidad, si se llegase a aceptar lo contrario, se llegaría al absurdo de reconocer la existencia de un daño, pero por no estar debidamente cuantificado no se podría indemnizar, cosa que es contraria a todas luces con el estado actual del instituto de la responsabilidad y con el principio *pro damnato o favor victimae*. De tal suerte que, si se llegare a probar la certeza del daño, pero no su cuantificación exacta, el juez puede, en virtud del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, valorar los daños atendiendo los principios de reparación integral y equidad con observancia de los criterios técnicos actuariales, en consecuencia, el juez deberá condenar *ex aequo et bono*.

El ordenamiento jurídico no se ocupa de imponer una cierta entidad al daño, para que este pueda ser considerado como cierto, bastando, por ende, para que se configure como elemento de la responsabilidad civil, que exista, sin importar su cuantía. Por lo tanto, el monto del daño, es simplemente un elemento de juicio para el demandante, con el cual puede determinar la conveniencia o no de interponer una demanda por responsabilidad.

⁷² HENAO, Op. cit., p. 129.

⁷³ PEIRANO, Op. cit., p. 363.

Otro aspecto importante a tratar es la temporalidad del daño cierto, este puede ser: pasado, presente o futuro. Los dos primeros no suponen mayor esfuerzo intelectual, pues no son más que la constatación de un cúmulo de situaciones existentes⁷⁴, de tal suerte que en la doctrina y en la jurisprudencia no suscita mayor discusión la indemnización de estos, otra es la situación del daño futuro pues la certeza del daño se pone en entredicho. Lo anterior, no quiere decir que el daño futuro no puede ser indemnizado, es solo que requiere mayor cuidado su prueba, pues si se llegase a demostrar la certeza de dicho daño, se debe indemnizar. Esta situación es un reflejo de la relación que existe entre la noción de cierto y actual, y la noción de eventual y futuro.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia abordan el estudio de la certeza del daño teniendo en cuenta, básicamente, el momento de ocurrencia del daño, bien sea anterior al pronunciamiento judicial, o bien, posterior al mismo⁷⁵, la primera forma de acercarse al estudio ha recibido el nombre de perjuicio consolidado, la segunda el nombre de perjuicio no consolidado.

El perjuicio consolidado y el no consolidado, son las dos caras de la moneda, pues, tanto en el primero como en el segundo, se hace referencia a un daño, solo que el primero ya se encuentra consolidado al momento en que el juez decide, y el segundo, si bien es un daño cierto, no se encuentra consolidado en dicho momento⁷⁶, otros autores, utilizan la noción de daño pasado y presente, para referirse a los perjuicios consolidados, y daño futuro para referirse a los perjuicios no consolidados⁷⁷.

⁷⁴ Al decir del profesor Ortiz, en estos casos, “el establecimiento de la certeza de los [daños] no presenta mayores problemas, lo que es normal, pues se trata de estudiar y atrapar una realidad fácilmente aprehensible. En estos casos, el juez tiene que estudiar daños que ya están cristalizados, consolidados o exteriorizados (...) y, por tanto, su constatación, que prácticamente trae consigo el establecimiento de su carácter cierto, es fácil a realizar”. ORTIZ, Luís. El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995. p. 69. Citado por: HENAO, Op. cit., p. 132.

⁷⁵ Cfr. MARTÍNEZ, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 3 ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1986. p. 128; PEIRANO, Op. cit., p. 366 y HENAO, Op. cit. p. 123.

⁷⁶ Cfr. HENAO, Op. cit., p. 132.

⁷⁷ Cfr. MARTÍNEZ, Op. cit., p. 128 y PEIRANO, Op. cit., p. 366.

2.3.2 Carácter personal

Dentro de las definiciones de daño que se dieron –*supra* 3–, a todas era común un elemento de hecho, la alteración negativa de un estado de cosas –atentado–, y un elemento jurídico, los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima –intereses–. Así, el carácter personal del daño se encuentra en la relación que tenga la persona con el interés lesionado, vínculo que precisamente la legitima para reclamar.

Sin embargo, la noción de carácter personal del daño “no debe [centrarse], necesariamente, en la persona que ha sido víctima del hecho dañoso, sino en el interés que ese hecho ha afectado”⁷⁸, de tal suerte que personas distintas a aquél que ha padecido directamente la lesión puedan válidamente reclamar, como serían el caso de los damnificados indirectos.

Así, a modo de ejemplo, de un lado, tenemos la integridad física, la propiedad y la libertad que son intereses protegidos expresamente por el ordenamiento jurídico y, de otro, la lesión a algunos de estos bienes, de tal suerte que la conjunción de estos dos elementos conforma el daño, según la hipótesis bajo revisión. De esta manera, si una persona es herida o afectada en su propiedad, o bien privada de su libertad, sufre una lesión de sus derechos y está legitimada para pedir indemnización. En el caso de que la persona fallezca, su cónyuge o sus herederos están en capacidad de pedir indemnización, pues sufren un perjuicio porque pierden la ayuda proveniente del fallecido.

Entonces, para que el daño sea personal es necesario “que sea padecido por quien lo depreca, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso”⁷⁹. Ello quiere decir que solo la víctima del daño o sus herederos pueden reclamar su reparación, pues no se podría indemnizar a alguien que no ha sufrido perjuicio alguno, por tanto, es indispensable que “la persona que incoa

⁷⁸ ZANNONI, Op. cit., p. 22.

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 21466, C.P. Enrique Gil Botero.

la demanda establezca durante el proceso que se le lesionó un interés del cual es titular”⁸⁰.

2.3.3 Antijuridicidad

En tratándose de la responsabilidad estatal, el daño igualmente debe ser antijurídico, esto es, que el afectado no tenga que soportarlo por disposición del ordenamiento⁸¹, pues “superan la normal tolerancia”⁸². Por tanto, para ello se exige que los efectos nocivos sean injustamente padecidos por la víctima⁸³, pues es “provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁸⁴.

En ese orden, la antijuridicidad del daño que se reclama al Estado puede entenderse como aquella que:

[L]a persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado. (...)

[L]a antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la administración (...) a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate.

[H]ay lesión y, por lo tanto, responsabilidad de la Administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado⁸⁵.

⁸⁰ HENAO, Op. cit., p. 108.

⁸¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y LUCIANO PAREJO, Alfonso. Derecho administrativo de jurisprudencia del Tribunal Superior. Madrid: Centro de Estudios Ramón Creces, 1989. p. 693. “[E]l daño es antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a derecho, sino porque el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, dado que no existen causas de justificación que lo legitimen”.

⁸² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, exp. 12158, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁸³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 31190, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, exp. 16460, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. 8 ed. Madrid: Editorial Civitas, 2002, p. 379. (t. II).

Entonces, lo antijurídico es una “calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ‘causales de justificación’”⁸⁶.

El daño puede ser considerado como justo, jurídico o legítimo cuando se presenten tales causales de justificación, las que pueden resumirse en los siguientes eventos:

- i) cuando el interés afectado es lícito pero existe una norma, regla o principio en el ordenamiento jurídico que autoriza su detrimento, sin la concurrencia de la respectiva indemnización; ii) cuando se afecta un interés que es lícito, pero el detrimento no representa una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, sino que se mantiene en los parámetros tolerables e inherentes a la vida en comunidad; y iii) cuando el interés o bien menoscabado es ilícito o ilegítimo, pues como ya se dijo la ilicitud no puede ser fuente de derechos⁸⁷.

De esa forma, para poder tener por configurado el daño que se reclama por *wrongful birth* y *wrongful life* tiene que ser, en primera medida, cierto y personal, una vez verificados estos elementos se puede analizar su antijuridicidad, ese orden resulta apenas obvio pues si el daño no existe, sería imposible saber si la víctima estaba en el deber de soportarlo o no⁸⁸. En todo caso, a falta de alguno de esos elementos la reclamación debe ser desestimada, por no superar el primer momento de análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado.

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1999, exp. 10948, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 31185, C.P. Enrique Gil Botero.

⁸⁸ Sobre el particular, el Consejo de Estado precisó: “[E]l primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos (...) es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado” y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 12625, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

3. El daño reclamado por *wrongful birth* y *wrongful life* en Colombia

Precisadas las características del daño antijurídico como elemento del juicio de responsabilidad estatal, se pasa a exponer aquello que se podría reclamar como daño en las pretensiones *wrongful birth* y *wrongful life*, según las particularidades del ordenamiento jurídico colombiano.

En cada una de las demandas bajo análisis el daño es diferente, aunque tengan como base el mismo conjunto de hechos esenciales, razón por la cual merecen una exposición por separado. En las reclamaciones por *wrongful birth*, el daño consiste en la imposibilidad de elegir y autodeterminarse reproductivamente, en cambio, en las demandas por *wrongful life*, el daño consiste en la vida misma del niño enfermo

3.1 Sí hay daño en las pretensiones por *wrongful birth*

Las demandas por *wrongful birth* reclaman la responsabilidad por el nacimiento de un niño gravemente enfermo. Como consecuencia del nacimiento del niño, que si bien fue planeado, pero no bajo esas circunstancias, se ocasiona a los padres gastos y problemas imprevistos, pues no contaban con las especiales circunstancias que conllevó el nacimiento, situación que, de no haber nacido el niño, se hubiese podido evitar.

La indeterminación del concepto de daño en el ordenamiento colombiano abre la posibilidad de incluir como daño una gran cantidad de eventos. Con todo eso, hay que tener en cuenta que no todo lo considerado como daño tiene tal calidad, pues el interés lesionado no puede ir en contra del mismo ordenamiento ante el cual, eventualmente, se pedirá su resarcimiento.

La identificación de la vida como un bien protegido por el ordenamiento, resulta en indemnización si se llegare a afectar dicho bien, pero si ese interés protegido es el que se presenta como daño, el fracaso del medio de control de reparación directa que se promueva con apoyo sobre tal hipótesis sería apenas lógico y entendible.

La vida como valor universalmente aceptado, implica *prima facie* la caracterización de esta como un bien absoluto dentro del ordenamiento, por lo tanto, merece protección ante cualquier situación, de ahí, que se considere la vida enferma como algo provechoso y consecuente con eso la imposibilidad de considerar como daño lo que es benéfico. La posición, un tanto rígida, de pretender que hay bienes absolutos, como la vida, encuentra restricciones desde el mismo ordenamiento jurídico, pues hay casos en que otros bienes se consideran más importantes (aborto, suicidio, eutanasia, etc.).

No obstante, la dificultad de considerar la vida como daño se funda, en últimas, en la lesión de la dignidad del niño enfermo, motivo por el cual se ha intentado evitar la calificación de la existencia del niño o de sus defectos como daño e identificar el perjuicio con otros supuestos distintos, pero el hecho de la vida enferma sigue siendo el eje y uno de los supuestos de hecho sobre las que gravitan las reclamaciones por *wrongful birth*.

Para desechar el enfoque según el cual se considera la vida enferma como daño, basta verificar si tal detrimento cumple con las características que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado para identificar que aquel es resarcible, esto es, cierto, personal y antijurídico.

Las dos primeras no supondrían mayor esfuerzo intelectual, pues el carácter cierto del daño estaría dado por la constatación de la grave enfermedad que padece el recién nacido y en punto al carácter personal, bastaría acreditar el parentesco de los padres con su hijo gravemente enfermo.

La limitación a las reclamaciones así planteadas vendría dada porque el daño no resultara antijurídico, pues afrontar o asumir la paternidad de un hijo, independientemente del estado de salud en que se encuentre, es una carga que todos están llamados a asumir, pues hace parte de los deberes paterno-filiares, que históricamente han conformado y dado alcance al instituto de la familia.

En efecto, el artículo 42 de la Constitución Política otorga el derecho a los padres de decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener, pero igualmente les impone el deber de sostenerlos y educarlos mientras sean menores de edad o si son impedidos.

Como desarrollo de esa obligación, se tiene que los padres deben criar y educar a sus hijos –artículos 253 y 264 del Código Civil–, así como velar para que estos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos –artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia–, tales deberes se correlacionan con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a quienes el artículo 44 de la Constitución Política les garantiza la vida, entre otras cosas, la integridad física, la salud y la seguridad social, el cuidado y amor, la educación, y tener una familia y no ser separado de ella.

En ese orden, el ordenamiento jurídico impone la obligación a los padres de velar por sus hijos y mantenerlos como algo apenas obvio y consecuente con su decisión de procrearlos. De tal manera que el deber de brindar a la descendencia los elementos para su formación y subsistencia no puede considerarse como una carga antijurídica en los términos de la responsabilidad estatal.

Por lo anterior, la procedencia de las reclamaciones por *wrongful birth* está fuertemente condicionada al hecho de alejar el daño de la obligación alimentaria y de sostenimiento que tienen los padres para con sus hijos. Siendo que para su prosperidad se puede partir de la teoría de la separación o *Trennungstheorie*, según la cual es posible diferenciar la vida o el nacimiento del niño, de los gastos que implica su manutención. Desde este punto de vista, es posible afirmar que es por la carga patrimonial y no por el nacimiento que se pide la reparación⁸⁹.

⁸⁹ En *Naccash v. Burger*, la Corte Suprema de Virginia hace uso de la teoría de la separación, los hechos son los siguientes: los esposos Burger temían que su niño llegare a tener la enfermedad de Tay-Sachs, motivo por el cual asistieron a un especialista, el cual le informó al señor Burger que él no era portador de esa enfermedad, pero, de hecho, sí lo era y su hija, Carrie, nació con Tay-Sachs. La Corte sostuvo que los Burger “were entitled to recover those damages which [were] the reasonable and proximate consequences of breach of duty owed them” y por ello reconoció como daño los gastos en que incurrieron los padres en el cuidado y tratamiento de Carrie, así

El planteamiento es importante pues, al parecer, supera las objeciones éticas y morales que supone considerar la vida como daño. En efecto, la teoría de la separación ha sido la base sobre la cual se ha alejado el hecho de la vida del daño en las reclamaciones por *wrongful birth*, con lo que podrían superarse los principales obstáculos en este tipo de pretensiones indemnizatorias, a saber: la imposibilidad de considerar el hecho de la vida como daño y la lesión de la dignidad del niño.

Sin embargo, la teoría en cita no puede aplicarse sin más para el caso colombiano, pues, como quedó visto, la obligación de sostener a los hijos no puede considerarse contraria al ordenamiento si se pretende derivar su antijuridicidad del simple nacimiento de un hijo enfermo. Entonces, el aporte de este enfoque y su principal aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano es encontrar la forma de alejar la identificación del daño de aspectos relacionados con la vida, así Elizari Urtasun, siguiendo a Macía Morillo, expone y desarrolla los cuatro principales escenarios de aplicación de la teoría de la separación en los siguientes términos:

- a) El daño que se produce en las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura, con dos variantes: 1. La privación del ejercicio de la libertad de procreación o de la facultad de abortar. 2. La pérdida de oportunidades. No obstante, esta teoría ha sido rechazada en los supuestos de *wrongful birth* por varios autores, por no encajar en sus presupuestos.
- b) El daño por lesión del derecho a la información, *per se*.
- c) La existencia de un daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado.
- d) La existencia de un daño moral y un daño patrimonial de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado⁹⁰.

Antes de analizar porque el daño debe formularse bajo el primer supuesto para tener mayores probabilidades de éxito, resulta pertinente exponer las razones por las cuales debe preferirse este supuesto sobre los demás, según el desarrollo que ha tenido el instituto de la responsabilidad estatal en nuestro país.

como el dolor emocional. STRASSER, Yes, Virginia, there can be wrongful life. On consistency, public policy, and the birth-related torts, *Op. cit.*, p. 834.

⁹⁰ ELIZARI URTASUN, Leyre. El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. *En*: Derecho y Salud. 2010, vol. 19. p. 142.

En punto a la **pérdida de oportunidad**, se ha entendido el daño como la privación a los progenitores de la oportunidad de evitar un perjuicio, consistente en el nacimiento de un hijo gravemente enfermo⁹¹. De tal suerte que la separación está dada en que las pretensiones girarían en torno a la oportunidad cercenada, pues los padres podían evitar o eludir el perjuicio por la intervención de un tercero –médico–, pero por la omisión del galeno o su intervención defectuosa, el resultado dañoso se produce y los progenitores padecen el perjuicio indeseado.

Ahora, sobre la pérdida de oportunidad el Consejo de Estado ha indicado, de un lado, que debe entenderse como un daño autónomo y, de otro lado, que es un criterio para facilitar la imputación⁹². Sobre el segundo entendimiento que se le ha dado, basta decir que, por considerarse un mecanismo de imputación escaparía al objeto de este trabajo, no serviría para explicar si de la vida puede derivarse un daño antijurídico o no.

Ahora bien, como daño autónomo la pérdida de oportunidad, a su vez, tiene dos variantes, que se distinguen por los elementos que deben cumplirse para que pueda entenderse configurada la pérdida de oportunidad como daño autónomo.

En el primer enfoque, el Consejo de Estado ha dicho que los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable son: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si

⁹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. La imposibilidad de abortar. Un supuesto más de responsabilidad civil. En: La Ley. 1998, no. 3. p. 1703 y GALÁN CORTÉS, La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia, Op. cit., p. 12.

⁹² Sobre la pérdida de oportunidad como criterio de imputación, el Consejo de Estado indicó que es: “[U]n factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada (...) Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 25869, C.P. Enrique Gil Botero.

el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar⁹³.

En el segundo, dicha Corporación reorganizó los elementos del daño de pérdida de oportunidad y explicó que estos corresponden a: (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 víctima⁹⁴.

Para desestimar la procedencia de la reclamación que se presente bajo la idea de la pérdida de oportunidad, bastaría con señalar que incumpliría el primer elemento que acaba de indicarse.

En efecto, según lo explicó el Consejo de Estado “para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado”⁹⁵.

Sin embargo, los fundamentos fácticos en los que se apoyan las pretensiones por *wrongful birth* impiden que se configure la pérdida de oportunidad, ya que no habría aleatoriedad en el resultado. En efecto, al momento en que se verifique el hecho dañino, esto es, cuando el médico comunica a los padres los datos erróneos sobre la salud del hijo que está por nacer, los progenitores no se encuentran en una situación de incertidumbre de evitar el perjuicio indeseado. Pues la decisión sobre si continuar o no el embarazo es del resorte exclusivo de los padres –principalmente de la madre– y no de algún hecho aleatorio.

⁹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, exp. 26706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁹⁵ Ibid.

Por tanto, no puede sostenerse que se perdió una oportunidad, pues es preciso que haya incertidumbre⁹⁶ respecto del resultado y ninguna incertidumbre hay si es la madre quien deciden afrontar o no el daño, por tanto, debe descartarse la pérdida de oportunidad para reclamar por *wrongful birth*.

Ahora bien, sobre la **lesión al derecho de información** por no recibir la información correcta y completa sobre la salud del hijo que está por nacer. Es preciso indicar que ese derecho es un desarrollo de la autonomía del paciente y de la titularidad que ostenta de su integridad y su salud, y ante todo de su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad⁹⁷.

Pues es deber del médico “entregar información a su paciente, con miras a que éste lo autorice a efectuar intromisiones en su integridad física, [y ello] ha dejado de ser un mero formalismo, puesto que, a través de la información suministrada por el médico, dicho paciente puede escoger con amplia libertad alguna de las opciones que la ciencia médica le ofrece, e incluso optar por no someterse a tratamiento alguno”⁹⁸.

En ese orden de ideas, la información proporcionada por el médico tiene que ser adecuada, clara, completa y debidamente explicada al paciente; comoquiera que ello constituye una condición *sine qua non* para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, si al paciente se le entrega información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una

⁹⁶ Respecto de esta condición se ha precisado que “la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba”. GIRALDO GÓMEZ, Luís. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 55.

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹⁸ PARRA, Darío. La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado. En: Revista médica de Chile [en línea]. Diciembre, 2013, vol. 141, no. 12. p. 1580. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872013001200012>> [citado en 4 de octubre de 2017].

vulneración de la libertad de decisión del paciente⁹⁹, como sería el caso de la información errada sobre la salud del hijo que está por nacer.

Sin embargo, de entrada, este enfoque presenta una dificultad, el titular del derecho a recibir la información adecuada es el paciente¹⁰⁰, esto es, aquella persona a la que se le presta el servicio de salud¹⁰¹, por lo queda en entredicho la lesión de este derecho al padre, pues la madre sería la titular –por ser la paciente– de esta garantía. De ahí que sea inadecuado, o por lo menos inconveniente, formular las pretensiones por *wrongful birth* desde esta óptica, ya que el carácter personal del daño, de cara al padre, estaría por lo menos en duda.

Otra dificultad que apareja este enfoque viene dada por el alcance que tiene la vulneración al derecho de información de cara a los derechos reproductivos, ya que el primero no incluye los segundos, esto es, la errada información no significa que exista transgresión a la autodeterminación reproductiva, pues el segundo derecho es autónomo respecto del primero. Lo que sucede es que la errada información es el punto de partida de estas reclamaciones, por tanto, la vulneración a la autodeterminación reproductiva sería un efecto de la falta de información¹⁰².

⁹⁹ Sobre la trascendencia de la posibilidad de elegir, el Consejo de Estado indicó que a los ahí demandantes: “los privó el médico ya citado de la posibilidad de elegir, con lo cual se les creó un vacío de existencias. So pretexto de evitar que ella corriera en el futuro con el grave riesgo de quedar nuevamente embarazada, con el argumento de que la futura criatura ‘iría a fallecer’, con la tesis de que el grave deterioro de los tejidos abdominales de la enferma, impedía futuras intervenciones quirúrgicas de esos mismos tejidos, etc. etc., se violó al derecho a decidir, que el hombre debe conservar y defender, en todo momento, ora para bien, ora para mal, pues sólo así podrá edificar, como lo recordaba algún escritor, el ‘Monumento de su existencia’. ‘Al hombre se le puede arrebatar todo, salvo una cosa: la última de las libertades humanas la elección de la actitud personal ante un conjunto de circunstancias para decidir su propio camino’”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1993, exp. 7795, C.P. Julio César Uribe Acosta.

¹⁰⁰ El artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 indica que en relación con los servicios de salud las personas tienen, entre otros derechos, el de obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Además, ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud.

¹⁰¹ El artículo 1º de la Ley 23 de 1981 advierte que la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud de las personas y el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es.

¹⁰² Al respecto, Macía Moriilo indica: “[L]a identificación de la lesión del derecho a la información como daño en sí mismo considerado plantea, sin embargo, un grave problema que hace dudar de

Tal distinción cobra relevancia si recordamos que para que se configure un daño, no es suficiente la transgresión o afectación a un derecho, sino la manifestación de esos efectos en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima. De ahí que la falta de información *per se* no sea un daño si no logra trascender y afectar los intereses de quien debió recibir la información.

A pesar de lo anterior, este enfoque no debe desecharse por completo, sus razones pueden servir de soporte para robustecer la reclamación por *wrongful birth*. Si bien el derecho de información no incluye los derechos sexuales y entre ellos el de autodeterminación reproductiva, lo cierto es que la información errónea es un requisito *sine qua non* para estas reclamaciones, por lo que el desconocimiento de tal garantía se podría proponer como un argumento adicional para entender configurado el daño, en especial su antijuridicidad.

Ahora, en punto al **perjuicio moral por la falta de preparación psicológica** para afrontar la llegada del nuevo miembro de la familia en un grave y delicado estado de salud, la separación se ha aplicado para reclamar precisamente por la falta de preparación derivada de la información errada, pues al final del embarazo o cuando ya no hay posibilidad de interrumpirlo –supuesto que no aplica en Colombia, pues la despenalización no se limitó en el tiempo–, los familiares se percatan del estado de salud, por lo que no tuvieron la oportunidad de aprehender o asimilar esa realidad, causándoles angustia.

Para desarrollar ese planteamiento, es preciso recordar que el perjuicio moral¹⁰³, en síntesis, corresponde al dolor, la aflicción y en general los sentimientos de

la conveniencia de emplear este tipo de argumentos en relación a las acciones de *wrongful birth*. La duda, concretamente reside en la determinación en estos casos de cuál es el daño realmente sufrido por la víctima: si la lesión del derecho de información o, más bien, los efectos de tal lesión (esto es, la privación de la libre decisión en relación a la libertad de procreación o de la facultad de aborto)". MACÍA MORILLO, La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*), Op. cit., p. 356.

¹⁰³ Los perjuicios morales, según Scognamiglio, son “esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses

desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo, según lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰⁴.

De lo anterior, se advierte a primera vista que el perjuicio moral es producto del daño antijurídico. Ello se explica por cuanto la tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado ha llevado a afianzar la tesis de que el daño es distinto del perjuicio. Esta se sustenta en la idea de que el daño –daño evento– es una lesión y el perjuicio –daño consecuencia– las consecuencias que de este se derivan¹⁰⁵. Es por ello que dicha Corporación advirtió que “se repara o compensa no el daño en sí mismo, sino las consecuencias que de él se desprenden”¹⁰⁶, esto es, los perjuicios.

La distinción entre daño y perjuicio¹⁰⁷, para lo que interesa a este trabajo, resulta útil puesto que a partir de ella se debe desechar la posibilidad de reclamar directamente el perjuicio moral. La configuración del perjuicio moral debe estar necesariamente precedida de la existencia de un daño, es decir, para que pueda hablarse de perjuicio moral debe existir un daño que lo produzca. De esa manera sería contrario a la

puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria”. SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual. Traducido por Fernando Hinestrosa Forero. Bogotá: Editorial Antares, 1962. p. 46.

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁰⁵ El Consejo de Estado advirtió que para obtener la declaratoria de responsabilidad estatal hay que “acreditar no sólo la afectación de un bien protegido por el ordenamiento –daño evento–, sino también, las consecuencias materiales o inmateriales de dicha afectación –daño consecuencia o perjuicio–”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 40261, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰⁷ Sobre el particular, Koteich Khatib precisó: “[E]sta distinción francesa entre el daño y el perjuicio recuerda la discusión que en su momento se dio en el ambiente italiano alrededor de las categorías (contrapuestas) del daño-evento y el daño-consecuencia. En efecto, puede establecerse un parangón entre el daño (opuesto al perjuicio) del ordenamiento francés y el daño-evento (opuesto al daño-consecuencia) del ordenamiento italiano, porque en ambos lo que se pretende por esa vía es negar (al menos teóricamente) la indemnización de la lesión inicial (en nuestro caso, la irrogada a la materia, al cuerpo), para que la valoración tenga cuenta de sus consecuencias en el patrimonio económico y/o moral de la víctima”. KOTEICH KHATIB, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extramatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 115.

dogmática que informa la responsabilidad estatal, presentar una demanda para pedir el resarcimiento de un perjuicio sin precisar el daño que lo produce.

La postura cimentada en reclamar el perjuicio moral de forma directa tendría el inconveniente de que la separación entre daño y perjuicio es prácticamente uniforme en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de tal suerte que la reclamación formulada de esa manera estaría condicionada a que exista un daño antijurídico y que este haya infligido la pena moral que se reclama, por tanto, si se propone la demanda de esa manera debe indicarse cuál es el daño que se reclama, que no puede ser el mismo moral.

Por tanto, surge el interrogante ¿cuál es el daño que produce el perjuicio moral por falta de preparación? Y la respuesta a ese interrogante es precisamente sobre la que gravita este trabajo. Al margen de que este enfoque de separación no aporté realmente a solventar dicha pregunta, lo cierto es que sí traza la línea a seguir cuando de pedir los perjuicios morales se trata.

En relación con los **perjuicios materiales e inmateriales de rebote** derivados de la condición enferma del niño. Se tiene que esta tipología de daño es aquella que “nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado”¹⁰⁸. Es claro que quienes reclaman no padecen el daño, pero “a consecuencia del siniestro [son] alcanzados en sus sentimientos, en su subsistencia, o por los gastos en que deban incurrir, derivados de la víctima inicial”¹⁰⁹.

Así pues, se tiene que la separación consiste en la posibilidad que tienen los padres – víctimas indirectas– de reclamar los perjuicios que les produjo el daño padecido por su hijo enfermo –víctima directa–. Por tanto, con este enfoque, los progenitores estarían habilitados para pretender ser reparados por las afectaciones morales que les produce el

¹⁰⁸ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Acerca del daño por repercusión o rebote. En: Revista Chilena de Derecho [en línea]. 1999, vol. 26, no. 2. p. 382. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650153.pdf>> [citado en 4 de octubre de 2017].

¹⁰⁹ Ibid.

delicado estado de salud de su hijo, así como los gastos y demás erogaciones que supone brindar la atención y comodidades que requiera el niño por su enfermedad.

Los daños de rebote o por repercusión¹¹⁰ no han tenido mayor desarrollo en la responsabilidad extracontractual por parte del Consejo de Estado¹¹¹, pues –como se verá– la figura está subsumida en la estructura del juicio de responsabilidad.

En efecto, dicha Corporación¹¹² sostiene que todo aquel que pretenda la reparación de los perjuicios personales derivados del daño sufrido por otra persona, está legitimado para demandar en calidad de víctimas indirectas o damnificados. Para hacerse acreedor a la reparación, el interesado está obligado a acreditar que el daño padecido por otro le produjo el perjuicio que reclama. Por ejemplo, el perjuicio moral que le ocasionó la lesión que otro sufrió o el lucro cesante por la muerte de la persona que le brindaba el sustento o ayuda económica.

Por lo dicho, este enfoque de separación atraviesa la misma dificultad que el anterior, pues la posibilidad de reclamar perjuicios por el daño sufrido por otro está supeditada a

¹¹⁰ En punto a la denominación de este perjuicio, Saavedra sostiene: “[E]s muy frecuente que el perjuicio afecte no solamente a la víctima inmediata sino también a otras personas. En la terminología jurídica francesa, los daños que sufren tales personas, como consecuencia del daño corporal o de la muerte de la víctima del daño inicial, se conocen como *domagges par ricochet*, aunque algunos autores los denominan *préjudices réfléchis*. Los españoles, por su parte, prefieren denominarlos ‘daños por rebote’ o daño indirecto”. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 607.

¹¹¹ Sobre el particular, el Consejo de Estado discurrió: “En el sistema jurídico colombiano, el concepto de “daño por repercusión” puede resultar un tanto extraño en la medida en que no suele aparecer en las referencias doctrinarias o jurisprudenciales locales referentes al ámbito de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, ello no significa que nuestro ordenamiento no reconozca como titulares del derecho a la reparación a las personas que sufren lesiones, sean de carácter patrimonial o extrapatrimonial, como consecuencia de acciones u omisiones que no recaen directamente sobre ellas pero que igual las afectan”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 17526, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹² Sobre la posibilidad que tienen las víctimas indirectas o damnificados de demandar, véase: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 26677, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de agosto de 2011, exp. 26677, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 16271, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

que exista el daño con todos sus elementos. De tal manera que este enfoque no resuelve la pregunta sobre cuál es el daño padecido por la víctima directa –niño gravemente enfermo– que produzca perjuicios a las víctimas indirectas –los padres–.

Ahora bien, como se indicó líneas atrás, el primer enfoque de separación parece ser el más adecuado para formular con cierto grado de probabilidad de éxito las reclamaciones judiciales por el nacimiento de un niño gravemente enfermo. Según el primer supuesto de separación expuesto es menester fijar el daño en **la privación a la madre de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo** que culminaría con el nacimiento de un niño gravemente enfermo, esto es, el daño se circunscribe a la lesión a la facultad de autodeterminación reproductiva, como expresión de la dignidad humana. Lo que permitiría reclamar los perjuicios morales y materiales derivados de la trasgresión a ese derecho que conllevó el nacimiento de un niño deseado, pero gravemente enfermo.

En efecto, la dignidad humana¹¹³ es el pilar fundamental sobre el que descansa la idea de permitir la interrupción del embarazo en caso de graves malformaciones que hagan inviable la vida, pues reconoce que la mujer cuenta con una esfera de autonomía –vivir como quiere– y de integridad moral que debe ser respetada y protegida –vivir sin humillaciones–. Estas garantías incluyen las decisiones relacionadas con su plan de vida y, para lo que aquí interesa, su autonomía reproductiva.

Entonces, la mujer como ser humano plenamente digno no puede quedar reducida a un instrumento de reproducción, y es por ello que no se le puede exigir a la madre llevar a su fin un embarazo para que luego afronte “la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable [pues] llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa

¹¹³ La Corte Constitucional ha precisado que la dignidad humana debe ser protegida bajo tres entendimientos: “(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)*”. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002, exp. T-542060 y T-602073, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”¹¹⁴.

Esa afrenta a la dignidad humana de la mujer, si bien se formuló en sede de revisión de exequibilidad de una norma, aporta luces al debate que aquí interesa. El ordenamiento reconoce que obligar a llevar a cabo un embarazo que culmina con el nacimiento de un niño gravemente enfermo, es contrario a los derechos de la mujer. Por lo que *mutatis mutandis* brindar una información errada sobre el estado de salud del *nasciturus* y con ello “obligar” –por inducir en error– a la mujer a llevar a fin el embarazo, sería a todas luces un daño antijurídico ya que afecta sus intereses y ello trasciende, comoquiera que genera perjuicios de índole moral y material.

Igualmente, se tiene que la posibilidad de interrupción del embarazo protege el libre desarrollo de la personalidad, ya que permite a la mujer elegir su plan de vida y su modelo de realización personal. El hecho de ser madre debe ser una decisión libre que corresponde al fuero interno de cada mujer, ya que impacta directamente la opción de vida que se escoja –ser o no ser madre–. Si escoge la opción de vida que incluye descendencia, el hecho de estar permitido el aborto en casos de graves enfermedades, otorga a la madre la posibilidad de escoger si afronta la maternidad bajo las condiciones que prefiera, si con la enfermedad que padece su hijo o bien si es su elección abstenerse de afrontar la maternidad bajo la condición enferma del *nasciturus*.

Una vez más, se advierte que la información errada que brinda el médico afecta el libre desarrollo de la personalidad de la madre, pues le arrebató la posibilidad de elegir su plan de vida, de tener o no un hijo que padezca una grave enfermedad.

A más de lo anterior, la autodeterminación reproductiva como manifestación de los derechos reproductivos goza de amplia protección en el ordenamiento, pues hace parte de los derechos humanos y por ello la Corte Constitucional ha indicado que “los derechos sexuales y reproductivos, dado su carácter de derechos humanos, han pasado a hacer

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, exp. D- 6122, D-6123 y D-6124, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

parte de la Constitución”¹¹⁵ y en tal sentido precisó que desde “la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva”¹¹⁶.

Además, los derechos reproductivos están estrechamente relacionados con otras garantías de raigambre constitucional, como la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Política), la vida digna (artículos 1º y 11 *ibidem*), la igualdad (artículos 13 y 43 *ibid.*), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 *ibid.*), a la información (artículo 20 *ibid.*) y a la salud (artículo 49 *ibid.*), pues los desarrolla y completa.

En esa consideración, los derechos reproductivos en su primera faceta, incluyen la autodeterminación reproductiva tanto para hombres como mujeres y ellos les garantiza la facultad de poder decidir libremente –sin influjos exógenos– si es su deseo procrear o no, en qué momento de su vida hacerlo o abstenerse de ello, así como el número de hijos que desee¹¹⁷. Tal derecho supone que las personas toman sus decisiones reproductivas libres de todo tipo de interferencias –como cualquier tipo de violencia o discriminación–, de ahí que resulte lesionado el derecho si se impide elegir si se desea descendencia o no y bajo qué condiciones se la quiera tener.

Precisamente, esa posibilidad de decidir sin influjos exógenos es la base de las reclamaciones por *wrongful birth*, ya que la información errónea entregada por el profesional médico impide que haya una decisión informada sobre la descendencia. Sin los datos correctos sobre el delicado estado de salud del *nasciturus* es imposible

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-605 del 3 de agosto de 2007, exp. T-1582084, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-732 del 15 de septiembre de 2009, exp. T-2302353, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁷ En efecto, el artículo 42 de la Constitución Política asigna la facultad a los padres de decidir libre y responsablemente el número de hijos. Igualmente, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEFD) –incorporada a la normatividad interna mediante Ley 51 de 1981 y promulgada con Decreto 2482 de 1982– en su literal e) del artículo 16 establece que hombres y mujeres tienen los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

sostener que la decisión sobre continuar el embarazo es libre. La imposibilidad de adoptar una decisión consciente sobre si se quiere afrontar la paternidad bajo esas especiales circunstancias, es el eje sobre el que gira la idea del daño antijurídico.

Igualmente, en su segunda faceta, los derechos reproductivos incluyen el acceso a servicios de salud reproductiva, en los que está incluida la “interrupción voluntaria del embarazo de forma segura en aquellos casos en que es legal”¹¹⁸, por ende, sino se otorga la información necesaria para poder ejercer el derecho de interrupción voluntaria del embarazo, se lesiona tal garantía.

Por lo dicho, los derechos reproductivos hacen parte del catálogo de derechos fundamentales que gozan de especial protección y ello significa que las facultades que de ellos se derivan deben ser respetadas, sin que sea admisible restringirlas por una información errada. En esa medida cobra fuerza la posibilidad de poder reclamar por *wrongful birth*.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional cuando indicó que “en realidad, en estos casos el daño vendría dado por la circunstancia de que la mujer no tuvo la posibilidad de acceder a un servicio que debía serle prestado en un espacio de tiempo determinado, agotado el cual, este resulta de imposible satisfacción. A esto se refiere precisamente la doctrina alemana, la cual, a través de la teoría de la separación o *Trennungslehre*, ha planteado que en estos casos el daño se encuentra precisamente en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce en determinadas circunstancias”¹¹⁹.

El daño se identifica entonces con la situación de los padres cuyo hijo nace gravemente enfermo sin que ellos hayan podido decidir sobre ese nacimiento. Se desvía el centro de atención del nacimiento del niño enfermo y se centra la reclamación “fundamentalmente, en la privación de la posibilidad de la madre de decidir en torno a la interrupción legal del

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-732 del 15 de septiembre de 2009, exp. T-2302353, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia del 18 de julio de 2014, exp. T-4280589, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

embarazo con todas las consecuencias que ello conlleva, lo que constituye una lesión de su derecho a la dignidad personal y al principio de libre desarrollo de su personalidad”¹²⁰.

Bajo ese contexto es claro que el daño no es la vida enferma del hijo, sino las lesiones a la autodeterminación reproductiva que envuelven el desconocimiento a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de información. Con ello la separación se presenta en una forma que cumple los requisitos para que pueda sostenerse la existencia de un daño cuando la mujer afronte el nacimiento de su niño gravemente enfermo.

Ahora, el Consejo de Estado advirtió que su posición se alejaba de la teoría de la separación, así:

La posición de la Sala difiere de la *Trennungslehre* alemana en la que se separa el nacimiento del menor de los gastos que ello conlleva; lo que se sostiene en esta oportunidad es que el verdadero daño susceptible de ser reparado tiene que ver con la vulneración del derecho a la decisión libre de procrear o no y sus consecuencias en el plano personal del titular de esa garantía, desligada de los derechos inherentes al nuevo ser, que siguen siendo protegidos. En suma, el daño no se erige por el hecho de la vida en gestación o por el nacimiento de un nuevo ser humano, sino por las consecuencias lesivas que puede producir la transgresión a la garantía de los padres de decidir en materia reproductiva y la repercusión de esos hechos en su proyecto de vida¹²¹.

De tal suerte que ese pronunciamiento introdujo al ordenamiento el cimiento para promover demandas por *wrongful conception* y con ello para reclamar por *wrongful birth*. La teoría de la separación así aplicada permite asegurar que en el ordenamiento jurídico colombiano se impone aceptar que hay un daño cuando se desconoce la autodeterminación reproductiva, sin que sea necesario que el *nasciturus* padezca de una enfermedad. Por tanto, en lo que toca al daño evento la mención de la enfermedad solo es necesaria para explicar la posibilidad que existía de interrumpir voluntariamente el aborto.

¹²⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad civil médica. En: Cuadernos de Derecho Judicial. 2003, no. 7. p. 259.

¹²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 41262, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Si bien es imposible hacer una separación total, pues este tipo de reclamaciones parte precisamente de dos supuestos: (i) la posibilidad de interrupción del embarazo y todas las garantías que se transgreden si se impide hacerlo, están condicionadas a que el niño tenga una grave malformación o enfermedad que haga inviable su vida y (ii) el *nasciturus* debe padecer una grave enfermedad para que surja la posibilidad de reclamar, si el bebé está sano no habría motivo para reclamar indemnización, pues ni siquiera se podría interrumpir el embarazo.

Como quedó visto para que se entienda configurado un daño resarcible este debe lesionar un interés, pero ello no basta, esa lesión debe trascender al patrimonio de la víctima y causar perjuicios, los que precisamente son los que se reparan. Con esa claridad se tiene que la afrenta a la autodeterminación reproductiva es la lesión al interés y dicha lesión impacta el patrimonio de la víctima precisamente por el dolor que le produce haber traído al mundo a una persona gravemente enferma para que sufra, los gastos que tiene que asumir por los cuidados médicos adicionales que requiera el niño por su enfermedad, inclusive lo dejado de percibir si alguno de los padres debe dejar su actividad productiva para ocupar todo su tiempo en atender y cuidar a su hijo gravemente enfermo.

La enfermedad servirá como un criterio para valorar la lesión a la facultad de autodeterminación reproductiva y una forma de explicar la afectación patrimonial que la lesión a ese interés supone¹²². Así, la enfermedad no desaparece en el juicio de responsabilidad que se haga, su mención es necesaria para dimensionar el daño consecuencia, esto es, el impacto en el patrimonio de la víctima.

¹²² Sobre la imposibilidad de separar el totalmente la formulación del daño del hecho de la vida, Macía Morillo advierte: "Por otra parte, se trata de argumentos en que se debería apreciar una clara separación entre el daño reclamado y el hecho de la vida o el nacimiento del niño. Pese a que tal evento se constituye como el origen o el presupuesto de estos daños (con lo que ciertamente una separación total no es posible), dicho acontecimiento no forma parte del daño reclamado. Este se apoya en la valoración de la lesión de facultades o intereses de los progenitores y no en el hecho del nacimiento del niño (que, como mucho, se tiene en cuenta de forma indirecta a la hora de valorar el daño)". MACÍA MORILLO, La responsabilidad por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*), op. cit., p. 379.

Por todo lo anterior, se advierte que sí es posible considerar que hay un daño en las reclamaciones por *wrongful birth*, aunque no provenga de la vida de un ser humano. En efecto, (i) es cierto, por cuanto la afectación a la autodeterminación reproductiva, junto con el resto de garantías que la acompañan, impactan negativamente el patrimonio –en sentido amplio– de la mujer, puesto que le generan las consecuencias adversas ya señaladas; (ii) es personal, comoquiera que son sus intereses los que se ven menguados y (iii) es antijurídico, ya que el ordenamiento no le impone soportar el desconocimiento a su autodeterminación reproductiva, pues ninguna causal de justificación hay para ello.

Ahora bien, respecto de la pareja de la mujer y sus otros hijos, también se entienden configurados tales elementos, en tanto, el concepto de víctima que maneja el Consejo de Estado extiende los efectos nocivos padecidos por la mujer a su núcleo familiar¹²³.

Ahora, como argumento adicional, a efectos de que se acepte sin mayores dificultades el daño por *wrongful birth* en los términos aquí señalados, se tendría que, desde una perspectiva de género¹²⁴, la vulneración de la autodeterminación reproductiva constituye, a todas luces, un acto de violencia contra la mujer¹²⁵. Situación que resulta transversal a todos los elementos del daño, en especial a la antijuridicidad.

¹²³ “[L]a Sala con fines de aclaración precisa que para la aplicación de esta excepción el concepto de víctima no puede quedar reducido solo a la persona que padece los efectos directos del daño antijurídico por la acción u omisión imputable al Estado, sino que también comprende a las personas que acrediten haber sido lesionadas injustamente en sus derechos o intereses legítimos. Por tanto, la Sala al entender que los derechos fundamentales hacen parte del corpus iuris de los derechos humanos, vistos como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar, estima que, para efectos de identificar a la víctima de un daño, sin caer en algún tipo de discriminación, esta abarca tanto a quien padece en su humanidad los efectos directos de una acción u omisión vulnerante de un derecho fundamental o convencional, o de un interés legítimo, constitutivo de daño, como a su núcleo familiar”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo del 2015, exp. 37310, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹²⁴ Sobre la aplicación de la perspectiva de género en el juicio de responsabilidad, véase: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2017, exp. 42088, C.P. Danilo Rojas Betancourt y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 29033, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹²⁵ Un acto de violencia contra la mujer se da cuando se verifique: “i) que haya una acción u omisión en contra de una o varias mujeres; ii) que se dirija contra ella por su condición de mujer, o por razones de género presentes en la sociedad, o iv) que las afecte de manera desproporcionada en razón a estas circunstancias; v) que se les cause un daño físico, sexual o psicológico,

3.2 No hay daño en las pretensiones por *wrongful life*

El punto de partida –hecho dañoso– de las pretensiones por *wrongful life* es el mismo que el anterior, los profesionales médicos entregan una información errada a la madre y la privan de decidir acerca de la posibilidad de interrumpir el embarazo y el niño nació con deformidades o enfermedades graves e incurables.

La distinción recae en la persona que reclama –aunque no exclusivamente¹²⁶– y la razón de que lo lleva a hacerlo, ya que es el sujeto afectado con las enfermedades o malformaciones que interpone la demanda para la declaratoria de responsabilidad por el hecho de su propia existencia enferma. La reclamación no va encaminada al hecho de no haber nacido sano, pues esa posibilidad no estaba en manos del médico, ya que no fue él quien causó la enfermedad o la deformidad –pues si lo hizo el supuesto para declarar la responsabilidad sería otro–, sino por haber nacido a causa de la negligencia médica en la entrega de información. Desde esta perspectiva, se agudizan las objeciones de identificar un daño hechas para las demandas por *wrongful birth*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta los planteamientos que controvierten la negación categórica de la vida como daño, el punto de partida, es la contradicción del argumento anterior, el cual parte de la idea de que la vida tiene un carácter absoluto y por tanto indiscutible. En el estado actual de cosas, es difícil pensar que hay derechos o bienes absolutos, pues, de hecho, es posible limitarlos para que otros puedan ser realizados. La vida no escapa a la posibilidad de ser relativizada y por ello puede ser válidamente

económico o patrimonial, sin importar el ámbito en el que se presente o de quien provenga la acción o la conducta”. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 40411, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹²⁶ Vicandi Martínez sostiene que la única diferencia entre las reclamaciones por *wrongful birth* y por *wrongful life* es la persona que las promueve, en una los padres y en la otra el hijo, sin embargo, esa distinción apenas es el primer elemento útil para poder distinguirlas, pero lo que realmente diferencia es el motivo por el que se reclama. En efecto, la doctrinante sostiene que: “Las semejanzas entre ambas ideas son manifiestas, hasta el punto de que sólo existe un aspecto que las diferencia: el actor. En los supuestos de *wrongful life* es el propio hijo, quien una vez alcanzada su mayoría de edad, inicia un proceso judicial contra el médico que no le diagnosticó el padecimiento que le aquejaba en el útero materno, alegando su derecho a no haber nacido”. VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu. El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. En: Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS) [en línea]. Septiembre-diciembre, 2013, no. 3. p. 43. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5232313.pdf>> [citado en: 4 de octubre de 2017].

limitada, como ejemplo tenemos la inclusión de la legítima defensa en casi todos los ordenamientos, así como, en algunos países, la despenalización del aborto, la eutanasia y la pena de muerte; lo que permite corroborar que la vida no es un bien absoluto como pretenden los que niegan la posibilidad de identificar un daño en el hecho de la vida.

Por otro lado, la protección que el ordenamiento le brinda a la vida va dirigido a evitar ataques que intenten ponerle fin; “no, en cambio, a excluir ataques contra su concepto como bien supremo. A partir de esta idea, se puede afirmar que la reclamación de un daño por el hecho de vivir no es contrario a la protección que contiene el ordenamiento, pues tal protección se dirige a la preservación física o material de la vida, no a mantener un determinado concepto de la misma como absoluta”¹²⁷. Si se tienen en cuenta estos argumentos, es posible, al menos, poner en duda la negación de un daño identificable con la vida.

A pesar de poderse plantear la duda sobre la relativización del bien de la vida, lo cierto es que el supuesto fáctico sobre el que descansan las reclamaciones por *wrongful life* no resulta admisible en nuestro ordenamiento. En esta tipología de pretensiones indemnizatorias no es posible aplicar la teoría de la separación para encontrar un supuesto alejado del hecho de la vida que dé soporte a estas reclamaciones¹²⁸, a diferencia de las pretensiones por *wrongful birth*, en las que se identifica el daño en la lesión de la facultad de autodeterminación reproductiva.

Aunque De Ángel Yágüez asegura que, si la reclamación es solo por los perjuicios económicos producto de la vida enferma, no habría problema en acceder a las pretensiones¹²⁹. Sin embargo, como ya se advirtió, la idea sobre la que gravita la

¹²⁷ MACÍA MORILLO, La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*), Op. cit., p. 192-193.

¹²⁸ Macía Morillo explora varias posibilidades para intentar identificar el daño en un supuesto diferente al nacimiento del niño, a saber: los defectos o enfermedades del niño, la lesión a la facultad de abortar de la gestante o la privación de decidir sobre su descendencia futura, la lesión del derecho a no nacer, la privación al niño del derecho a la información. Según la autora, estas hipótesis son objeto de un sin número de objeciones y no logran superarlas satisfactoriamente. Ibid., p. 399-438.

¹²⁹ “Si lo que se invoca es que habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en que lo hace, me parecen fundados los argumentos por los que la demanda se desestima. Cuestión distinta es que el hijo demandante reclame la reparación de los daños

responsabilidad estatal en nuestro país, impide que se puedan reclamar perjuicios directamente, sin antes precisar cuál es el interés afectado.

El supuesto de las reclamaciones por *wrongful life* ha sido rechazado doctrinaria¹³⁰ y jurisprudencialmente¹³¹. La argumentación esbozada establece, básicamente, que la idea de considerar la vida como daño es contraria a la idea de la vida como bien protegido, pues no se puede considerar como daño un bien que es garantizado por el ordenamiento jurídico, recuérdese que el daño es una lesión a un derecho, a una facultad o en ultimas a un interés que no vaya en contra del mismo ordenamiento. “Dicho de otra forma: siendo la vida un bien relevante para los ordenamientos, en general, parece que el daño en relación con ella surge por las lesiones que se puedan inferir, y no, como pretende la reclamación de *wrongful life*, por el hecho de la existencia de este bien jurídico”¹³².

En efecto, estas reclamaciones no encajan en los requisitos dogmáticos del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues no se puede, por lo menos en el estado actual, superar el escaño de análisis respecto de la antijuridicidad de haber nacido con alguna grave enfermedad. Así lo concluyó la Corte Constitucional:

[L]a Sala encuentra necesario precisar que en tales eventos lo que se define como daño no es el hecho mismo del nacimiento, ya que, a la luz de los principios y valores de la Carta Política de 1991, el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificada, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño. Aducir lo contrario, constituiría una grave lesión del derecho a la dignidad del menor, reduciendo su existencia a las cargas personales y económicas que su crianza puede generar, y desconociendo que el

económicos que acarrea su vida enferma. Si es esto lo que ocurre, no veo razones de peso por las que la demanda haya de ser desestimada”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *wrongful birth*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores. En: Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada. 2002, no. 17. p. 191.

¹³⁰ Cfr. GALÁN CORTÉS, Responsabilidad civil médica, Op. cit., p. 270 y 26. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ra, 18.12.2003. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho. 2004, no. 2. p. 10.

¹³¹ En Estados Unidos solo se aceptan las reclamaciones por *wrongful life* en los estados de New Jersey, California, y Washington, en los demás lo niegan. Cfr. STRASSER, Mark. Misconceptions and wrongful births. A call for principled jurisprudence. En: Arizona State Law Journal. 1999, vol. 31, no. 1. p. 184.

¹³² MACÍA MORILLO, Andrea. Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Revista Chilena de Derecho Privado. 2009, no. 12. p. 191.

ordenamiento constitucional identifica la vida como un derecho y un valor fundamentalmente protegidos¹³³.

En el mismo sentido, Lasso Urresta:

El daño entonces en su acepción de aminoración del patrimonio material o inmaterial de una persona, no se constituye por el hechos de la vida, por cuanto la vida en el estado en que se encuentre, según nuestro orden jurídico [se refiere al colombiano] es un valor que se debe proteger. Así, desde el punto de vista teórico no cabe el concepto vida dentro del concepto de antijuridicidad en la medida de que la vida sana o malformada es una condición que por el hecho del nacimiento debemos aceptar, bajo las circunstancias en que se ha estructurado nuestro orden jurídico; situación que podría cambiar al (sic) futuro, con una concepción diferente de la vida, hecho que tampoco es descartable como hemos visto, pues, la sociedad a partir de sus realidades ha ido a lo largo de la historia dándole a este concepto diferentes matices¹³⁴.

En ese orden, las pretensiones por *wrongful life* resultan, por lo menos por ahora, inadmisibles, ya que no habría un daño antijurídico que respalde y permita llevar a cabo un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado.

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-532 del 18 de julio de 2014, exp. T-4280589, M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

¹³⁴ LASSO URRESTA, Juan Carlos. Daños derivados de la vida. La despenalización parcial del aborto una nueva fuente de responsabilidad médica extracontractual del Estado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012. p. 151.

Conclusiones

La concepción y el alcance del daño en el instituto de la responsabilidad ha avanzado para abrir paso a nuevas y distintas tipologías de daños y con ello a buscar el responsable que debe reparar los efectos nocivos de los nuevos daños. Ello ha llevado, en otras latitudes, a presentar multiplicidad de reclamaciones de responsabilidad extracontractual por *disadvantaged* o *dissatisfied life*, *wrongful conception* y procreación irresponsable. Todas parten de la base de reclamar por daños relacionados, de una u otra forma, con la vida de un nuevo ser.

Estas pretensiones indemnizatorias resultan ser verdaderos retos para el ordenamiento jurídico donde se propongan y, principalmente, para los jueces, a quienes les corresponde abordar tales reclamaciones en el marco de un caso particular.

A más de las anteriores reclamaciones se han presentado las que se denominan reclamaciones por *wrongful birth* y *wrongful life*, puesto que la vida de un hijo y la propia existencia no ha escapado de esa transformación renovadora de la responsabilidad extracontractual. Precisamente a estas y a la posibilidad de incorporar esa tipología de pretensiones indemnizatorias al ordenamiento jurídico colombiano, se le ha dedicado el objeto de este trabajo.

La autorización para interrumpir el embarazo hecha por Corte Constitucional, con sentencia C-355 de 2006, se cimentó, entre otras muchas garantías, en la autodeterminación reproductiva como un derecho propio de la mujer, que no puede desconocerle bajo el pretexto de que la vida del *nasciturus* debe ser protegida en todos los casos. Reconocer esa prerrogativa a la mujer, genera una baraja de posibilidades para reclamar los daños que se deriven del desconocimiento de su derecho. En especial el supuesto para abortar por una grave enfermedad del que está por nacer, ya que ese

es el primer elemento que se necesita para poder promover demandas por *wrongful birth* y *wrongful life*.

Si bien, aún no se ha planteado ese tipo de reclamaciones, o por lo menos no se encontró registro de ello, las inquietudes que se plantean por considerar la vida como un daño, ya han sido ventiladas de una u otra forma antes los jueces colombianos quienes no han sido ajenos a su desarrollo en otras latitudes, pero claro está siempre atendiendo las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico. Bien en sede constitucional ora en la contencioso administrativa, los jueces han indicado, dentro de los límites del ordenamiento y del sistema jurídico, que sí hay un daño pero no derivado de la vida, sino que han sido enfáticos en ubicarlo en la lesión a la autodeterminación reproductiva que padece la mujer, por la intromisión en su esfera de libertad por parte de terceros.

Precisamente en los límites detectados por los jueces, es donde se planteó la pregunta sobre si era posible considerar la vida como un daño en el ordenamiento jurídico colombiano. Pues pareciera que ello resultaba posible, sin embargo, la respuesta varió una vez realizado el análisis sobre los elementos que deben cumplirse para que se estructure a cabalidad el daño antijurídico como requisito *sine qua non* tanto para interponer una demanda con alguna probabilidad de éxito como para poder llevar a cabo el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado.

Así, se encontró que el ordenamiento jurídico colombiano sí admite reclamaciones por *wrongful birth*. Pero no en la forma en que teóricamente se ha esbozado esa tipología de pretensiones indemnizatorias. La vida, por lo menos en el momento de desarrollo actual del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado, no puede ser considerada como un daño antijurídico, pues precisamente no se dan los elementos necesarios para que se estructure un daño, en especial la antijuridicidad.

Por ello, la solución que brinda el ordenamiento es separar la reclamación que se intente de la vida del nuevo ser, pues sería contrario a los postulados que cimientan el sistema legal pretender derivar un daño de la vida. De ahí que se puedan ventilar esta tipología de reclamaciones, siempre que se indique que el daño es la lesión a la autodeterminación reproductiva.

Si bien la separación no es total, puesto que no podría serlo, ya que uno de los supuestos de hecho que permiten la interrupción voluntaria del aborto es la grave enfermedad del *nasciturus*. Además, la enfermedad sirve como un criterio para dimensionar el impacto que tiene la lesión a la autodeterminación reproductiva en el patrimonio de la víctima.

Sin embargo, la separación resulta imposible en tratándose de las reclamaciones por *wrongful life* y esa dificultad impide que se pueda acceder alguna pretensión indemnizatoria que busque reparación por el hecho mismo de estar vivo. Es que la condición con la que se nazca no altera el disfrute de algún bien patrimonial o inmaterial que se tenga antes del nacimiento. Por tanto, no hay realmente un daño, por lo menos en lo que toca a la responsabilidad extracontractual del Estado, en el hecho de haber nacido con una enfermedad por muy grave que sea.

Por tanto, en Colombia no es posible reclamar por el presunto daño que significa el nacimiento de un hijo gravemente enfermo ni por haber nacido en esas condiciones, en ambos casos, originado en la información errada del médico que no advierte a la madre el delicado estado de salud de su hijo. Solo se abre paso la posibilidad de reclamar por *wrongful birth* cuando se verifique una transgresión a la libertad de autodeterminación reproductiva.

Bibliografía

1. ARIAS GARCÍA, Fernando y LÓPEZ MARTÍNEZ, Miguel. Responsabilidad del estado por anticoncepción fallida. Estudio de caso sobre el ajuste de paradigmas. En: Revista Principia Iuris [en línea]. 2014, no. 22. p. 87-106. Disponible en: <<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/944/913>> [citado en 4 de octubre de 2017].
2. BOTKIN, Jeffrey R. y Mehlman, Maxwell. Wrongful birth: medical, legal, and philosophical issues. En: Journal of Law Medicine & Ethics. 1994, vol. 22, no.1. p. 21-28.
3. BURNS, Thomas A. When life is an injury. An economic approach to wrongful life lawsuits. En: Duke Law Journal [en línea]. 2003, no. 52. p. 807-839. Disponible en: <http://burnslawpa.com/pdf/When_Life_Is_an_Injury-An_Economic_Approach.pdf> [citado en 4 de octubre de 2017].
4. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *wrongful birth*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores. En: Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada. 2002, no. 17. p. 179-202.
5. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. La imposibilidad de abortar. Un supuesto más de responsabilidad civil. En: La Ley. 1998, no. 3. p. 1700-1710.
6. DÍEZ-PICAZO, Luís. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.
7. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. El consejo genético y la responsabilidad de los médicos que asesoran. Referentes jurídico-morales desde el marco legal español. En: Revista latinoamericana de Bioética. Enero, 2002, no. 2. p. 70-90.

8. GALÁN CORTÉS, Julio César. La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia. En: Revista española de Medicina Legal. 1998, Año XXII, no. 84-85. p. 10-14.
9. ----- . Responsabilidad civil médica. Pamplona: Civitas, 2007.
10. ----- . Responsabilidad civil médica. En: Cuadernos de Derecho Judicial. 2003, no. 7. p. 133-318.
11. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. 8 ed. Madrid: Editorial Civitas, 2002. (t. II).
12. GHERSI, Carlos. Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.
13. GIESEN, Ivo. Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. En: Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR) [en línea]. Julio-agosto, 2008, no. 72. p. 257-273. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1424901>> [citado en 4 de octubre de 2017].
14. GIL BOTERO, Enrique. La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 471-511.
15. GIRALDO GÓMEZ, Luís. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

16. HENAO, Juan. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
17. ELIZARI URTASUN, Leyre. El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Derecho y Salud. 2010, vol. 19. p. 139-163.
18. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Acerca del daño por repercusión o rebote. En: Revista Chilena de Derecho [en línea]. 1999, vol. 26, no. 2. p. 369-398. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650153.pdf>> [citado en 4 de octubre de 2017].
19. KOTEICH KHATIB, Milagros. Wrongful adoption ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia? En: Revista de Derecho Privado [en línea]. Enero-junio, 2015, no. 28. p. 437-453. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n28.13>> [citado en 4 de octubre de 2017].
20. ----- . La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extramatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
21. LASSO URRESTA, Juan Carlos. Daños derivados de la vida. La despenalización parcial del aborto una nueva fuente de responsabilidad médica extracontractual del Estado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
22. MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Revista de Derecho [en línea]. Junio, 2007, no. 27. p. 3-37. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102702>> [citado en 4 de octubre de 2017].

23. ----- . La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.
24. ----- . La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*). Tesis de Doctorado en Derecho Civil. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2003.
25. ----- . Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. En: Revista Chilena de Derecho Privado. 2009, no. 12. p. 167-206.
26. ----- . Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 2006, no. 10. p. 65-93.
27. MARTTILA GAST, Kristen. Cold Comfort Pharmacy. Pharmacist Tort Liability for Conscientious Refusals to Dispense Emergency Contraception. En: bepress Legal Series. Febrero, 2007, Working Paper 2017. p. 1-46.
28. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ra, 18.12.2003. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho. 2004, no. 2. p. 2-12.
29. MARTÍNEZ, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 3 ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1986.
30. MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

31. MOREAU, Jacques. Les Choses dangereuses en droit administratiffrançais. En: Travaux Henri Capitant. Paris, 1967.
32. ORTIZ, Luís. El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995.
33. PACHECO JIMÉNEZ, María. El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal. Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En: DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico *et. al.* (eds.) Retos de la abogacía ante la sociedad global. Madrid: Editorial Civitas, 2012, p. 1801-1812.
34. PARRA, Darío. La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado. En: Revista médica de Chile [en línea]. Diciembre, 2013, vol. 141, no. 12. p. 1578-1583. Disponible en: < <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872013001200012>> [citado en 4 de octubre de 2017].
35. PIALLET, Michael. La Responsabilidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.
36. PEIRANO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1979.
37. PEMÁN GAVÁN, Juan. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público. En: Documentación Administrativa [en línea]. Junio, 1994, no. 237-238. p. 283-331. Disponible en: < <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5356>> [citado en 4 de octubre de 2017].
38. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

39. SALÁS DARROCHA, Josep Tomás. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En: Actualidad Administrativa. 2005, no. 22. p. 2692-2711.
40. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y LUCIANO PAREJO, Alfonso. Derecho administrativo de jurisprudencia del Tribunal Superior. Madrid: Centro de Estudios Ramón Creces, 1989.
41. SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual. Traducido por Fernando Hinestrosa Forero. Bogotá: Editorial Antares, 1962.
42. Sine nomine. Wrongful birth actions: the case against legislative curtailment. En: Harvard Law Review. 1986-1987, no. 100. p. 2017-2034.
43. STRASSER, Mark. A jurisprudence in disarray: on battery, wrongful living, and the right to bodily integrity. En: San Diego Law Review. 1999, vol. 36, no. 4. p. 997-1041.
44. ----- . Misconceptions and wrongful births. A call for principled jurisprudence. En: Arizona State Law Journal. 1999, vol. 31, no. 1. p. 161-202.
45. ----- . Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment. Can reasonable jurisdictions recongnize all but one? En: Missouri Law Review [en línea]. 1999, vol. 64, no. 1. p. 29-76. Disponible en: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=mlr>> [citado en 4 de octubre de 2017].
46. ----- . Yes, Virginia, there can be wrongful life. On consistency, public policy, and the birth-related torts. En: The Georgetown Journal of Gender and the law. 2003, vol. 4, no. 3. p. 821-861.

47. STRETTON, Dean. The Birth Torts. Damages for wrongful birth and wrongful life. En: Deakin Law Review. 2005, no. 1. p. 319-364.
48. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. (t. II).
49. TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Temis, 1999. (t. IV).
50. VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu. El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. En: Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS) [en línea]. Septiembre-diciembre, 2013, no. 3. p. 40-59. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5232313.pdf>> [citado en: 4 de octubre de 2017].
51. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. 3ra ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.
52. ZAPPALÁ, Francesco. Estatuto jurídico del concebido. En: Criterio Jurídico [en línea]. 2007, vol. 7. p. 263-280. Disponible en: <<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/281/1076>> [citado en: 4 de octubre de 2017].

Jurisprudencia

1. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suarez Hernández.
2. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6754. C.P. Carlos Betancourt Jaramillo.

3. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 1993, exp. 6897, C.P. Julio César Uribe Acosta.
4. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 1993, exp. 7795, C.P. Julio César Uribe Acosta.
5. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1993, exp. 6144, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
6. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
7. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1999, exp. 10948, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
8. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, C.P. María Elena Giraldo Gómez.
9. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 12625, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
10. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, exp. 12158, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
11. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, exp. 16460, C.P. Ruth Stella Correa Palacio
12. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. 2003-00385(AG), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
13. -----. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 16271, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

14. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.
15. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
16. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de agosto de 2011, exp. 26677, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
17. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.
18. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 21466, C.P. Enrique Gil Botero.
19. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22163, C.P. Enrique Gil Botero.
20. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 17526, C.P. Danilo Rojas Betancourth.
21. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, exp. 25869, C.P. Enrique Gil Botero.
22. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 26677, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
23. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 31185, C.P. Enrique Gil Botero.

24. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
25. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
26. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 31190, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
27. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 29033, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
28. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 40411, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
29. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo del 2015, exp. 37310, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
30. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 41262, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
31. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 40261, C.P. Danilo Rojas Betancourth.
32. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, exp. 26706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
33. ----- . Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2017, exp. 42088, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

34. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, exp. D-6122, D-6123 y D-6124, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.
35. -----, sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002, exp. T-542060 y T-602073, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
36. -----, sentencia T-605 del 3 de agosto de 2007, exp. T-1582084, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
37. -----, sentencia T-209 del 28 de febrero de 2008, exp. T-1673450, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
38. -----, sentencia T-946 del 2 de octubre de 2008, exp. T-1927682, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
39. -----, sentencia T-732 del 15 de septiembre de 2009, exp. T-2302353, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
40. -----, sentencia T-841 del 3 de noviembre de 2011, exp. T-3130813, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
41. -----, sentencia T-532 del 18 de julio de 2014, exp. T-4280589, M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.
42. -----, sentencia T-301 del 9 de junio de 2016, exp. T-5331547, M.P. Alejandro Linares Cantillo.
43. JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, sentencia del 26 de enero de 2012, exp. 15001-31-33-009-2006-01969-00, J. Fernando Arias García.

44. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA, sentencia del 17 de marzo de 2011, exp. 81001-23-31-000-2009-00051-01, M.P. Luis Ramón Giraldo Gutiérrez.

45. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, sentencia del 9 de noviembre de 2015, exp. 15001-31-33-009-2006-01969-01, M.P. Víctor Manuel Buitrago González.