



Vigilada Mineducación

**LA VIDA COMO DAÑO EN COLOMBIA:
RESPONSABILIDAD CIVIL POR USO DE ESPERMA EQUIVOCADA EN
CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

MANUELA MÚNERA IBARRA
JUAN PABLO JARAMILLO RESTREPO

Monografía

Asesor:
Juan Esteban Vélez Villegas

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
DERECHO
2022

Tabla de contenido

| | |
|---|-----------|
| Introducción | 4 |
| 1. Técnicas de reproducción asistida, algunos aspectos legales y <i>lex artis</i> | 9 |
| 1.1. Algunas cuestiones regulatorias de los procedimientos de reproducción asistida | 9 |
| 1.2. Procedimiento médico (<i>lex artis ad hoc</i>) | 12 |
| 2. Decisiones de otras jurisdicciones por <i>wrongful conception</i> y <i>wrongful fertilisation</i> | 21 |
| Macfarlane vs Tayside Health Board [2000] 2 AC 59 | 22 |
| Cattanach v Melchior [2003] HCA 38 | 33 |
| ACB v. Thomson Medical Pte Ltd and others [2017] SGCA 20 | 47 |
| SAP GC 951/2016 | 59 |
| 4. Criterios aplicables de la responsabilidad civil médica en casos de <i>wrongful fertilisation</i> | 71 |
| Principio de no opción | 71 |
| Contrato de prestación de servicios médicos | 73 |
| Obligaciones y deberes derivados del contrato | 74 |
| Remedios frente al incumplimiento del contrato | 76 |
| Elementos axiológicos de la responsabilidad civil médica | 77 |
| A. Existencia de un contrato válido | 77 |
| B. Inejecución del contrato – Incumplimiento | 78 |
| C. Daño | 81 |
| D. Nexo de causalidad adecuada | 85 |
| 5. Conclusiones | 87 |
| Bibliografía | 90 |

*“No es lo bastante rico, sir Robert,
para comprar su pasado.
Ningún hombre lo es”
(Oscar Wilde)*

Introducción

Desde los inicios de la historia de la humanidad, el conflicto ha estado presente jugando un papel de suma importancia, pues este ha desencadenado en infinidad de luchas en todas las sociedades y culturas. Los conflictos, según Jonan Fernández, son “la vida misma. Constituyen un componente vital básico. Están presentes en prácticamente todos los espacios de las relaciones humanas”¹. Es así como desde hace miles de años se han ido estructurando normas con el fin de evitarlos, y eventualmente resolverlos.

Una de las formas en que surge un conflicto es cuando se causa daño a otro, bien sea en su integridad –física o emocional– o en su propiedad. En este escenario se ha desenvuelto la responsabilidad civil, que se ha concebido “lato sensu como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente”². La finalidad de esta rama del derecho, y de todas las demás, es el restablecimiento de la víctima a su situación anterior (*status quo ante*) al daño que le ha sido infligido injustamente por otro³.

La forma en que se restablece a quien ha sufrido un daño, por regla general, se da a través de una compensación pecuniaria, que se podría decir es una compra del pasado de esta persona. Y como bien lo indicó Oscar Wilde, si nadie tiene las riquezas para comprar su propio pasado, mucho menos las tendrá para comprarlo a un tercero. Es este el problema al que se enfrenta constantemente el ámbito de la responsabilidad civil, tratar de encontrar un ‘precio’ que cualquier

¹ FERNÁNDEZ, Jonan 2008, Citado por PARIS ALBERT, Sonia. Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz. En: *Eikasia: revista de filosofía*. Oviedo: Eikasia Ediciones, 2013, vol. 1, nro. 50, p. (112) 109-116.

² Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namén Vargas, Rad. 11001-3103-038-2001-01054-01.

³ HENAO Pérez, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: *Revista de Derecho Privado*, nro. 28, pp. (286) 277-366.

víctima acepte⁴ y considere que le hará a vida será más llevadera después de aquella situación que la ha puesto en una posición más desfavorable.

Uno de los principios generales del derecho, que se ha extendido desde la antigua Roma, y que ha guiado la regulación de la responsabilidad civil, es: “casum sentit dominus”⁵ (los accidentes son sufridos por el propietario). Algunos autores afirman que: “todo sistema legal está basado en la noción que en principio la persona que encuentra sus bienes dañados debe soportar su pérdida”⁶, correspondiendo al campo de la responsabilidad civil establecer el “cuándo, por qué y de qué se responde”⁷, a través de los presupuestos que se han estructurado a lo largo de la historia, como lo son esencialmente: hecho u omisión, daño, nexo causal, además, de los criterios de imputación –que no son iguales para los diferentes regímenes de responsabilidad–⁸, postura que es compartida por el profesor Tamayo⁹.

Las actuaciones que se adelanten con ocasión de una profesión, y que se cause un daño injustificado a otro, van a estar sujetas a la responsabilidad civil, como ocurre en el campo de la medicina. La preocupación por reparar a las víctimas del ejercicio de los galenos no es reciente, pues incluso desde la antigüedad se

⁴ Como indica Daniel González: “puedo aceptar algo sobre lo que tengo dudas, o incluso que creo que es falso, y actuar como si fuera verdadero”, es decir, la víctima adecuará su conducta pretendiendo que su vida está por lo menos igual que antes del daño sufrido. Tomado de: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 2020, nro. 23, pp. 88.

⁵ El Digesto contenía este principio de la siguiente forma: “Los accidentes y muertes a animales que ocurran sin culpa, peleas entre esclavo que no estén bajo vigilancia constante, robos armados, revueltas, inundaciones, ataques de piratas no son culpa de nadie” – “Accidents to and deaths of animals which occur without culpability, flights of slaves who are not habitually under guard, armed robberies, riots, fires, floods, attacks of pirates are no one’s fault.” D. 50, 17, 23 (WATSON, Alan. The Digest of Justinian. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1998, vol. IV, p. 472).

⁶ WACKE, Andreas. Casum sentit dominus: Liability for accidental damages in Roman and modern German law of property and obligation, En: Journal of South African Law, 1987, vol. 1987, nro. 3, p. (319) 318-331.

⁷ Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namén Vargas, Rad. 11001-3103-038-2001-01054-01.

⁸ *Ibidem*.

⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, t. I. Bogotá: Legis, 2007, p. 40.

contemplaban sanciones para los médicos por causar daños o muertes a sus pacientes:

“218

Si un médico hace una incisión profunda a un hombre con su bisturí de bronce y causa la muerte, u opera en la cavidad del ojo con su bisturí de bronce y destruye su ojo, se le deberá cortar la mano.

219

Si un médico hace una incisión profunda en un esclavo de un hombre común con su bisturí de bronce y causa su muerte, deberá restituir un esclavo de igual valor”¹⁰.

En las últimas décadas, ha habido un aumento considerable en litigios en torno a procedimientos médicos anticonceptivos y conceptivos, pero las decisiones que se han tomado en torno a estos problemas no han sido sumamente pacíficas, y los tribunales que se han enfrentado a este tipo de problemas jurídicos han reconocido expresamente la dificultad para tomar una decisión, pues son escenarios novedosos para el campo legal: “[e]ste caso ha sido un caso difícil, tal vez uno de los más complicados que ha venido hasta esta corte hasta ahora”¹¹.

La ausencia de regulación de la materia en el ordenamiento jurídico colombiano, como bien lo resalta la sentencia T-968 de 2009, dificulta aún más la decisión de los jueces colombianos a la hora de establecer la responsabilidad de los sujetos que intervienen en estos procedimientos médicos. Si bien con el fallo del Consejo

¹⁰ POWIS SMITH, John Merlin. The origins and history of Hebrew law. Chicago: The University of Chicago, 1931, p. 211.

¹¹ Court of Appeal of Singapore, 22 de marzo de 2017, *ACB v. Thomson Medical Pte Ltd and others* [2017] SGCA 20 (Civil Appeal No. 17 of 2015).

de Estado, se ha marcado un precedente en torno a la imposibilidad de considerar la vida como un daño, no es posible tener esto como algo definitivo o como una concepción pacífica, ya que estas reglas pueden estar sujetas al vaivén de las concepciones jurisprudenciales, con base en nuevos conceptos y decisiones de otros países.

En este trabajo, primeramente, en el capítulo “Técnicas de reproducción asistida, algunos aspectos legales y *lex artis*” se abordarán cuestiones relevantes desde la regulación legal de los procedimientos de concepción, específicamente de la Inseminación Artificial, Fecundación *In Vitro* e Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides, y cuál ha sido la *lex artis ad hoc* establecida por la ciencia médica, para así individualizar algunos de los problemas asociados a estas prácticas.

En el segundo capítulo “Decisiones de otras jurisdicciones por *wrongful conception* y *wrongful fertilisation*”, se tratarán algunas de las decisiones más recientes e importantes –por sus amplios y variados argumentos–, con el fin de identificar algunos criterios de responsabilidad civil e indemnización de perjuicios.

Posteriormente, en el tercer capítulo “Criterios aplicables de la responsabilidad civil médica en casos de *wrongful fertilisation*”, se indicarán los criterios necesarios para la estructuración de la responsabilidad civil médica que serían aplicables en casos de *wrongful fertilisation* y que eventualmente permitirían una indemnización de perjuicios, centrándonos en el análisis del daño¹².

¹² No se pretende analizar la estructura del perjuicio ni de su eventual indemnización, solo si la conducta desplegada por el personal médico causa un daño jurídicamente relevante que habilite la responsabilidad civil.

Finalmente, en la sección cuarta, se darán las conclusiones que se desprenden del análisis realizado a lo largo del trabajo, que incluye algunas reflexiones para una eventual regulación de la responsabilidad civil médica en este tipo de casos.

1. Técnicas de reproducción asistida, algunos aspectos legales y *lex artis*

1.1. Algunas cuestiones regulatorias de los procedimientos de reproducción asistida

La infertilidad, de acuerdo con la OMS, es una problemática en salud¹³ que afecta a alrededor de 186 millones de personas en el mundo¹⁴. El Ministerio de Salud y Protección Social colombiano, en la Resolución 228 de 2020, indica que (basado en la Encuesta Nacional de Demografía en Salud), el 12,1% de mujeres entre los 15 y 49 años –que desean un hijo o más– ha reportado algún problema de fertilidad, de las cuales un 25,4% son mujeres entre los 40 y 44 años.

De acuerdo con la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (por sus siglas en inglés, ESHRE) desde el primer procedimiento de fecundación *in vitro* en 1978, a nivel mundial, han nacido alrededor de 10 millones de bebés gracias a las técnicas de reproducción asistida¹⁵. Desde una perspectiva más cercana, el seguimiento que ha realizado a Colombia desde el año 2000 por parte del Comité Internacional para el Monitoreo de la Tecnología de Reproducción Asistida (por sus siglas en inglés, ICMART) ha mostrado lo siguiente:

- En el año 2000, se realizaron 683 ciclos de reproducción asistida con gametos no donados¹⁶ (no incluye el uso de gametos congelados).

¹³ Organización Mundial de la Salud (OMS). Clasificación Internacional de Enfermedades, 11ª revisión (CIE-11) Ginebra: OMS, 2018.

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Esterilidad. Organización Mundial de la Salud [página web]. (14, septiembre, 2020). [Consultado el 6, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>.

¹⁵ ESHRE. ART Fact Sheet January 2022. ESHRE [página web]. (enero, 2022). [Consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.eshre.eu/Europe/Factsheets-and-infographics>>.

¹⁶ ICMART. World collaborative report on in vitro fertilization, 2000.

- En el año 2005, se realizaron 929 ciclos de reproducción asistida con gametos no donados¹⁷ (no incluye el uso de gametos congelados).
- En el año 2014, se realizaron 1196 ciclos de reproducción asistida con gametos no donados¹⁸ (no incluye el uso de gametos congelados).

A raíz de la clasificación de la infertilidad como una problemática de salud y del creciente número de procedimientos realizados de reproducción asistida en el mundo, se han ido desarrollando diversas regulaciones en Colombia, y en el mundo¹⁹, con el fin de establecer parámetros mínimos en el desarrollo de estos tratamientos médicos y garantizar a las parejas que padecen de infertilidad el acceso a estos, salvaguardando sus derechos reproductivos.

Uno de los primeros avances en la normatividad colombiana en la materia, fue la expedición del Decreto 1546 de 1998, en que se adoptaron diversas medidas relacionadas con los procedimientos de donación de gametos –femeninos y masculinos– y de los centros de biomedicina reproductiva. Este cuerpo normativo fue derogado en parte por el Decreto 2493 de 2005, dejando vigente lo atinente a las técnicas de reproducción asistida. A pesar de contar con esta regulación, la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-644 de 2010, al conocer del caso en que una maestra al ser diagnosticada con función ovárica ovulatoria alterada le fue ofrecido un tratamiento de fecundación *in vitro* con óvulo donado, por lo que solicitó a la Institución Prestadora de Salud (IPS), la autorización para dicho procedimiento, la cual le fue otorgada. Pero una vez realizada la fecundación *in vitro* debía acceder a unos medicamentos necesarios

¹⁷ ICMART. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies world report: assisted reproductive technology, 2005.

¹⁸ ICMART. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies world report: assisted reproductive technology, 2014.

¹⁹ La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, adoptados por la ONU en 2015, reconocen los derechos reproductivos como derechos de las personas.

para el sostenimiento del embrión, los cuales fueron negados por la EPS. La Corte decide en este caso tutelar los derechos de la mujer, y garantizar la continuación normal del tratamiento que fue iniciado –suministrando los medicamentos necesarios–. El máximo tribunal constitucional ha dejado muy clara su postura frente a este tema de que no es posible la negativa de las entidades de salud a brindar estos procedimientos de concepción asistida –sentencias C-313 de 2014, T-528 de 2014, T-274 de 2015 y T-377 de 2018–. Finalmente, con la expedición de la Ley 1953 de 2019, reconoce el problema de la infertilidad y establece la necesidad de adelantar una política pública de prevención y tratamiento de esta condición de salud.

A pesar de la existencia de dichas regulaciones y decisiones constitucionales, estas no han abarcado el tema de la responsabilidad médica por defectos en estos procedimientos o tratamientos de infertilidad. Si bien la ciencia médica ha identificado algunos problemas derivados de las etapas que se adelantan en las técnicas de reproducción asistida, como por ejemplo, a raíz de la estimulación ovárica puede ocasionar el síndrome de ovarios poliquísticos e incluso el desarrollo de cáncer ovárico; y los pacientes han asumido o consentido el riesgo derivado, existe un problema asociado a estos procedimientos que ha cobrado especial atención en muchas cortes de otros países, es el uso de esperma equivocada –un tercero– en técnicas de reproducción asistida homóloga –uso de gametos de ambos miembros de la pareja–²⁰. Puede que esto ocurra por diversas circunstancias en la manipulación de los espermatozoides o de los óvulos: etiquetado errado de los envases, mezcla de muestras, uso de recipientes contaminados con otros fluidos seminales, entre otros. Por lo que, estos tribunales, ante la falta de regulación en el ámbito de la responsabilidad civil, han acudido a los criterios generales de esta rama del derecho con el fin de resolver estas controversias, situación que eventualmente no sería muy diferente en Colombia.

²⁰ KLEINFELD, Joshua. Tort Law and in vitro Fertilization: The Need for Legal Recognition of "Procreative Injury". En: *The Yale Journal*, 2005, vol. 115, nro. 1, pp. 237-245.

Siendo apropiado realizar un análisis de la forma en que se ha estructurado algunos de los principales y más relevantes procedimientos que se adelantan en sede de la reproducción asistida, pues implicará desde el punto de vista jurídico –especialmente del campo de la responsabilidad civil–, la existencia de la violación a un deber de conducta, sea de origen legal o de la *lex artis*²¹, que se le ha impuesto al personal médico²² con ocasión del ejercicio de su profesión en estos escenarios, que podrá desencadenar en una indemnización de perjuicios a los afectados.

1.2. Procedimiento médico (*lex artis ad hoc*)

Con el avance vertiginoso de la ciencia, han surgido innumerables mecanismos anticonceptivos y también conceptivos, garantizando a millones de personas una adecuada planificación de su maternidad. Los procedimientos o tratamientos de reproducción asistida aumentan notablemente las probabilidades de embarazo en parejas o mujeres con problemas reproductivos. Algunos autores han definido a este tipo de tratamientos como: “el conjunto de procedimientos en el sentido de contribuir a la resolución de problemas de infertilidad humana, facilitando así el proceso de procreación cuando otras terapias o conductas hayan sido ineficaces para la solución y obtención del embarazo deseado”²³. En una línea similar, la Sociedad Española de Fertilidad, ha afirmado lo siguiente: “las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad. Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o

²¹ De acuerdo con la definición de la RAE, la *lex artis* es el “conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”.

²² PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad médica. Bogotá: Ibáñez, 2018, p. 87.

²³ Genival Veloso de França. Medicina Legal. Río de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, 6 ed., p. 225.

depósito de embriones en la cavidad uterina”²⁴. El diccionario médico de Mosby²⁵ define estas técnicas como “la manipulación de óvulos y espermatozoides en el tratamiento de infertilidad” dentro de estas se encuentran: “suministro de drogas para inducir la ovulación, fertilización, transferencia de gametos en las trompas de Falopio, transferencia de cigotos en las trompas de Falopio y criopreservación de gametos”²⁶.

Si bien en general todas las técnicas de reproducción asistida que se emplean tienen como objetivo en común la actuación médica ante la esterilidad humana y por ende la facilitación de la procreación, los dos procedimientos más conocidos y empleados alrededor del mundo, son la inseminación artificial (AI), la fertilización *in vitro* (IVF) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) –que es una modalidad de IVF–. Estas tres técnicas comparten los siguientes procesos: estimulación ovárica, preparación del semen y fecundación asistida²⁷.

Cada una de estas podrá ser clasificada de acuerdo con el origen de los gametos, es decir, si estos provienen únicamente de ambos miembros de la pareja, o alguno –incluso ambos– gametos provienen de terceros, por lo que se estará frente a una tecnología de reproducción asistida homóloga cuando se usan gametos de tanto de la mujer como del hombre, que conforman la pareja. Por su parte, será heteróloga, si se usa un gameto proveniente de un tercero ajeno a la pareja²⁸.

²⁴ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida. Madrid, s.f., p. 33.

²⁵ Es un diccionario que tiene gran relevancia en el campo médico, al ser un trabajo que reúne gran cantidad de renombrados especialistas, además de contener información detallada de la ciencia médica, es frecuentemente usado por estudiantes de medicina.

²⁶ O'TOOLE, Marie T. Mosby's dictionary of medicine, nursing & health professions. 9 ed. St. Louis, Mo: Elsevier/Mosby, 2013, p. 147.

²⁷ ROWELL, Paula y BRAUDE, Peter. Assisted Conception: I. General Principles. En: *BMJ*, 2003, vol. 327, nro. 799.

²⁸ A. ALDROCANDI y D. GALVAO DE FRANÇA. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. En: *Revista Jurídica Consulex*, nro. 7, 2002, p. 35. Citado en: PISETTA CECCHINI, Francieli. Inseminación artificial y fecundación *in vitro* homólogas post mortem: la filiación y la sucesión según la ley brasileña. En: *Foro, Nueva Época*, 2016, vol. 19, nro. 1, p. 357.

i) Estimulación ovárica o superovulación

Si bien la AI, se puede realizar durante un ciclo natural de ovulación, se ha afirmado por algunos autores que en los casos en que se realiza una estimulación ovárica hay evidencia de un índice mayor de embarazos. Esta etapa consiste en suministrar a la mujer, diversos medicamentos para la producción de un mayor número de óvulos fecundables. Posteriormente, la paciente debe someterse a diversos exámenes médicos –incluyendo ecografías y análisis de sangre– que tienen como finalidad “comprobar el aumento de los folículos [ováricos] y decidir el momento más adecuado para la inseminación”²⁹.

ii) Preparación muestra espermática

a) Toma de muestra

Uno de los métodos más usados para la obtención del semen, dentro del desarrollo del proceso de AI, es la masturbación tras un periodo de abstinencia sexual de entre 2 a 7 días³⁰, aunque Páez reconoce que existen otros métodos de obtención de esperma, como: “a partir de una relación sexual normal, utilizando un condón perforado; de la vagina de la mujer, después de una relación sexual sin utilizar condón; o, aprovechando el semen que puede encontrarse en la primera orina de la mañana”³¹, también se conocen otros mecanismos como la biopsia que permite recuperar espermatozoides del tejido testicular o del epidídimo³².

²⁹ GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA DE MÉXICO. Inseminación artificial homóloga. En: *Ginecología y Obstetricia de México*, 2011, vol. 79, nro. 11.

³⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. WHO Laboratory Manual for the Examination of Human Semen and Sperm–Cervical Mucus Interaction. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, p. 11.

³¹ PÁEZ, Gustavo. Op. Cit., p. 34.

³² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Op. Cit., p. 167.

El hombre debe recoger la muestra de semen en un contenedor estéril – de plástico o vidrio– que se debe encontrar a una temperatura entre los 20°C–37°C³³, en una habitación destinada para este fin por el laboratorio en el cual se realizará la inseminación³⁴. Posteriormente, dicha muestra deberá ser debidamente marcada con el nombre y número de identificación del hombre, hora y fecha de la toma de la muestra³⁵, con la aclaración de que esta no se podrá entregar una hora después de ser tomada para evitar cualquier daño producto de las células no-espermáticas³⁶.

b) Capacitación o preparación espermática

La Organización Mundial de la Salud (OMS), afirma que, en las técnicas de reproducción asistida se sobrepasan algunas de las barreras naturales que se presentan en el método natural, por lo que, resulta de gran importancia la separación de los espermatozoides del plasma seminal, pues este contiene prostaglandinas, zinc, espermatozoides muertos, células no sexuales y desechos, que son obstáculos para una efectiva fecundación del óvulo³⁷. Tanto la OMS como Páez, reconocen la existencia de tres métodos de preparación del semen para las técnicas de reproducción asistida:

- Simple lavado: se le agrega una solución, compuesta de antibióticos y suplementos proteicos, a la esperma obtenida para luego someterla a una mezcla de repeticiones de dilución y centrifugado con el fin de separar y

³³ BOURNE, Harold, ARCHER, Janell, EDGAR, David H. y GORDON BAKER, H.W. Sperm Preparation Techniques. En: *Textbook of Assisted Reproductive Technologies: laboratory and clinical perspectives*. Londres: Informa UK, 2009, p. 54.

³⁴ *Ibíd.*, p. 54.

³⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. WHO Laboratory Manual for the Examination of Human Semen and Sperm–Cervical Mucus Interaction. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, p. 11.

³⁶ Ginecología y Obstetricia de México, 2011, 756.

³⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Op. Cit.*, p. 161.

eliminar el líquido seminal de las células seminales concentradas, ya que son estas las que serán utilizadas para la inseminación³⁸.

- Gradientes de densidad discontinuos: la muestra obtenida es colocada en una pipeta de densidad junto con medio para gradientes de densidad, la cual se somete a centrifugación, lo que formará una pequeña capa en la parte inferior del tubo con espermatozoides móviles³⁹.
- *Direct swim up*: se vierte un medio de cultivo sobre el líquido seminal, luego los espermatozoides móviles suben hasta este medio de cultivo⁴⁰.

iii) Fecundación asistida

Entre las tres técnicas de reproducción asistida que se han mencionado, el proceso de fecundación asistida busca la unión de los espermatozoides capacitados con los ovocitos, sin embargo, cada una de estas técnicas cuenta con unas características particulares que merecen su diferenciación.

- Inseminación artificial:

Para Séguin⁴¹, la inseminación artificial “consiste en una inyección de semen, previamente recolectado y seleccionado, en la cavidad uterina o en el canal cervical, en el período en que el óvulo esté maduro para fecundación”⁴². Por lo que, este procedimiento no implica la extracción del gameto femenino (ovocito) del cuerpo de la mujer. De acuerdo con Páez, que sigue a Rowell y Braude, este

³⁸ *Ibíd*em, p. 163.

³⁹ *Ibíd*em, p. 165.

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 164.

⁴¹ Abogada brasileña de la Universidad Federal de Río de Janeiro, experta en temas de ‘bioderecho’.

⁴² SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3 ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 90.

tipo de reproducción asistida se recomienda en los siguientes casos: “infertilidad inexplicada, infertilidad masculina, imposibilidad de concebir después de un tratamiento de inducción a la ovulación, imposibilidad para eyacular y eyaculación retrógrada”⁴³.

Actualmente, se usan tres grandes métodos de inseminación en esta técnica de reproducción asistida:

- Inseminación intrauterina: “se inserta la cánula a través de la abertura interna del cérvix en la cavidad uterina, después de sujetar el labio anterior del cérvix con un tenáculo”⁴⁴. Con la cánula, de 0.2 o 0.3 centímetros cúbicos, se inyecta suavemente la solución espermática capacitada⁴⁵.
- Inseminación intracervical: la cánula es insertada a medio camino entre la cavidad exterior e interior del cérvix, se inyecta suavemente el semen –mientras se va retirando suavemente la cánula–⁴⁶.
- Inseminación vaginal: la paciente debe ubicarse en la camilla en una posición entre los 10 y 15 grados de Trendelenburg, se inyecta el semen capacitado en la cavidad vaginal, pero la abertura cervical no debe estar en contacto con el líquido seminal. Deberá

⁴³ PÁEZ, Gustavo. Aspectos clínicos de la inseminación homóloga: ¿Es actualmente una técnica eficaz?. En: *Persona y Bioética*, 2011, vol. 15, nro. 1, p. 28.

⁴⁴ BELAISCH, J., KREMER, I., STEENO, O. y PAULSON J. Insemination techniques. En: *Homologous Artificial Insemination (AIH)*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1980, p. 190.

⁴⁵ *Ibídem*, p. 190.

⁴⁶ *Ibídem*, p. 191.

permanecer en esta posición alrededor de veinte minutos⁴⁷.

- Fertilización *in vitro* (IVF):

En el proceso de fecundación *in vitro*, antes de proceder con la fecundación de los ovocitos con los espermatozoides capacitados, y posterior a la etapa de estimulación ovárica, se deben extraer los óvulos. A pesar de que se identifican dos métodos de recuperación de ovocitos, laparoscopia y aspiración por ecografía, la primera rara vez es usada, debido a que, entre ambos, es el método más invasivo.

La técnica de aspiración consiste en introducir una sonda ecográfica vaginal, con dirección a los ovarios, y se succiona el líquido de los folículos, para así proceder a la recuperación de los ovocitos. Posteriormente, el embriólogo deberá clasificar los óvulos, en maduros –que se podrán fecundar 5 horas después de su aspiración– o inmaduros –que se podrán madurar durante las 36 horas siguientes–⁴⁸.

Una vez los ovocitos se encuentran aptos para ser fecundados, se colocan en contacto con alrededor de 50.000 o 150.000 espermatozoides móviles capacitados, en una platina de microscopio previamente precalentada a 37° centígrados. Este proceso se usa para cualquier tipo de fertilidad, bien sea inexplicable, por factor masculino, relacionada con la edad, entre otras⁴⁹.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 191.

⁴⁸ MICHALAKIS, Konstantinos G.; DECHERNEY, Alan H. y PENZIAS, Alan S. Tecnologías de reproducción asistida: fertilización *in vitro* y técnicas relacionadas. En: Diagnóstico y tratamiento ginecoobstétricos [en línea]. 12a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2021 [consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=3087§ionid=266607089>>.

⁴⁹ *Ibíd.*

En casos de infertilidad por factor masculino (es decir, una presencia de menos de cinco millones de espermatozoides normales por mililitro⁵⁰), se recomienda la técnica de inyección intracitoplasmática (ICSI), en la que se inyecta un solo espermatozoide móvil dentro del ovocito, dando como resultado mayores tasas de fecundación⁵¹.

Después del intento de fecundación de los óvulos se incuban en un ambiente controlado (dióxido de carbono y a una temperatura de 37° centígrados), y someten a observación constante con el fin de identificar los ovocitos fecundados y la etapa de escisión –división celular–. Antes de proceder a la implantación de los embriones en el útero de la paciente, estos se podrán cultivar durante varios días (3 a 5 días), los cuales deberán contener como mínimo 2 o 4 células. El médico, el embriólogo y la paciente deberán decidir sobre la cantidad de embriones que se transferirán al útero, teniendo en cuenta la edad de la mujer, pues en menores de 35 años el número máximo es de 2, en cambio, en mayores de 40 años el número máximo de embriones es de 5⁵².

Una vez se han seleccionado los embriones aptos para la transferencia en el útero, “el médico limpia el cuello uterino con medio de cultivo y aspira la mucosa cervical extra, el catéter se pasa por vía transcervical al útero y los embriones se inyectan en la cavidad uterina bajo visualización directa, casi siempre en el espacio en la parte superior del útero”⁵³. Posteriormente, algunos médicos

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ HOFFMAN, Barbara, et al. Técnicas de reproducción asistida. En: Williams Ginecología [en línea]. 4a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2020 [consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=2974§ionid=250481631>>.

⁵² MICHALAKIS, Konstantinos G.; DECHERNEY, Alan H. y PENZIAS, Alan S. Tecnologías de reproducción asistida: fertilización in vitro y técnicas relacionadas. En: Diagnóstico y tratamiento ginecoobstétricos [en línea]. 12a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2021 [consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=3087§ionid=266607089>>.

⁵³ *Ibidem*.

recomiendan a la paciente la ingesta de progesterona hasta las 8 semanas de gestación, con el fin de evitar un período corto de fase lútea⁵⁴.

La ciencia médica ha estudiado los problemas que se encuentran relacionados con estas técnicas de reproducción asistida, así por ejemplo, han encontrado “riesgos maternos como la preeclampsia, placenta previa y el desprendimiento de la placenta son más frecuentes en los embarazos concebidos por fertilización in vitro”⁵⁵, como también el embarazo múltiple derivado de la utilización de varios embriones o de la superovulación, las malformaciones congénitas de los fetos – en proporciones más altas que en la población en general–, entre otros⁵⁶. A pesar de esto, no se ha identificado como un riesgo inherente a los procedimientos de reproducción asistida la mezcla de muestras de gametos o su confusión, pues se ha evidenciado a lo largo de la descripción de estos procedimientos, existen mecanismo para evitar este tipo de problemas.

⁵⁴ *Ibídem*.

⁵⁵ HOFFMAN, Barbara, et al. Técnicas de reproducción asistida. En: Williams Ginecología [en línea]. 4a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2020 [consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=2974§ionid=250481631>>.

⁵⁶ *Ibídem*.

2. Decisiones de otras jurisdicciones por *wrongful conception* y *wrongful fertilisation*

En las últimas décadas, han comenzado a aumentar los litigios en torno a los daños y perjuicios derivados de los procedimientos médicos de anticoncepción y de técnicas de reproducción asistida, en los que si bien se analizan muchos de los elementos establecidos y generalmente aceptados en el campo de la responsabilidad civil, la dificultad surge en torno a nuevos daños que no se encuentran regulados ni intereses amparados expresamente por la ley, como lo serían el considerar la vida –fecundación o nacimiento– como un daño, y los gastos de crianza en los que incurren ordinariamente los padres con sus hijos considerándolo un perjuicio económico que merece un resarcimiento.

Diversos tribunales de otras jurisdicciones han abordado las nuevas formas de daño y de perjuicios, desde ópticas muy diferentes, nutriendo la discusión de variados argumentos, algunas veces siendo poco coherentes con los criterios legales propios de cada país, lo que ha suscitado gran controversia en el plano doctrinal y jurisprudencial.

Las primeras decisiones judiciales que se han ocupado profundamente de la vida como un daño (el nacimiento de un menor que no debió haber nacido de no ser por la intervención de una negligencia médica), fueron expedidas en los años sesenta, pero no tuvieron amplias repercusiones en el mundo legal, pues no fueron asuntos sometidos a altas cortes de las diversas jurisdicciones. Apenas, para 1986, en Israel, la Corte Suprema conoció del primer caso por concepción errónea (*wrongful conception*), en *Zeitsov v Katz* (1986) 40 (ii) P.D. 85⁵⁷. Y para el año 2000, el máximo órgano judicial de Inglaterra emitió la primera sentencia, que tuvo importantes repercusiones en otras jurisdicciones, pues algunos de los argumentos que fueron dados, tuvieron gran acogida, o se usaron como punto

⁵⁷ HEYD, David. Are “wrongful life” claims philosophically valid? A critical analysis of a recent court decision. En: *Israel Law Review*, 1986, vol. 21, nro. 3-4, p. 575.

de partida para elaborar razones en contrapeso a las expuestas por los *lords* – como sucedió en *Cattanach v Melchior* (Australia)–, siendo un pronunciamiento hito en la esfera de la indemnización de perjuicios por el nacimiento de un hijo no deseado.

Primeramente, se abordarán los dos casos más relevantes por negligencia médica en procedimientos anticonceptivos o de esterilización –*Macfarlane v Tayside Health Board* (Inglaterra) y *Cattanach v Melchior* (Australia)–, que han dado luces a otros fallos por errores en procedimientos de técnicas de reproducción asistida, para posteriormente analizar los argumentos que se han dado en los escenarios de fecundación errónea (*wrongful fertilisation*) –los más relevantes son *ACB v Thomson Medical Pte Ltd* (Singapur) y *SAP GC 951/2016* (España)–.

Macfarlane vs Tayside Health Board [2000] 2 AC 59

The House of Lords

Fruto de la unión matrimonial del señor y la señora Macfarlane nacen cuatro hijos; en el año de 1989, a raíz de la decisión conjunta de no procrear más, el Señor Macfarlane se somete al procedimiento anticonceptivo de Vasectomía.

El Dr. Irving, llevó a cabo la cirugía el 16 de octubre de 1989, aconsejando a la pareja que hasta tanto no se tuviesen los resultados negativos de las dos pruebas de conteo de espermatozoides subsiguientes al procedimiento, estos aún debían disponer de medidas anticonceptivas. Para dicho análisis el sr Macfarlane puso a disposición, en los meses de enero y febrero de 1990, 2 muestras de esperma.

El 24 de marzo de 1990, el Señor Macfarlane fue informado, mediante una carta del médico tratante, que el recuento de espermatozoides era negativo y, por lo tanto, ya no era necesaria la utilización de medidas anticonceptivas, por lo que la pareja actuó conforme a esta indicación.

A pesar de tratarse de una operación sin complicación alguna y de la información suministrada por el Dr. Irving, luego del análisis de los resultados, la señora Macfarlane resulta embarazada en el mes de septiembre de 1991 y posteriormente da a luz a una bebé saludable en mayo de 1992, llamada Catherine. Desde entonces la pareja cuidó y crió con amor a la menor.

El matrimonio Macfarlane decide demandar a la entidad encargada del sistema de salud de Tayside, Escocia (Tayside Health Board), reclamando la indemnización de los siguientes conceptos:

1. A la señora Macfarlane por el dolor e incomodidades sufridas durante el embarazo y el parto.
2. A ambos padres por los gastos pasados y futuros relacionados con el embarazo, nacimiento y crianza de la menor.

A raíz de lo anterior, en primera instancia, The Lord Ordinary (Lord Gill), sostuvo que dichos perjuicios no eran indemnizables, denegando la acción presentada, pues afirmó: “el privilegio de ser padre es incalculable en términos monetarios y los beneficios de la paternidad trascienden cualquier pérdida económica”. Esta decisión fue revertida en segunda instancia por The Court of Sessions (presidida por Lord Clerck, Lord McCluskey y Lord Allanbridge), admitiendo que ambos padres podrían ser indemnizados por dichos conceptos y probar el monto de los perjuicios. Esta decisión fue recurrida ante The House of Lords, que llevó a que se emitieran las opiniones que más adelante se describen, aceptando

parcialmente la apelación planteada por Tayside Health Service –en lo respectivo de los gastos de crianza de la menor–, y, por tanto, negando una parte de la pretensión de ambos padres.

LORD SLYNN OF HADLEY

Si bien este parte haciendo un recuento y mención de las diversas decisiones que se han tomado y como se le ha dado manejo a esta temática en Inglaterra, Escocia, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y otros países europeos; su decisión realmente se basa en los siguientes argumentos:

Primeramente, parte del rechazo a la llamada Regla de Beneficios (*benefits rule*), una concepción de origen norteamericano, la cual no es acogida por todas las cortes de Estados Unidos y que hace alusión a que, si bien los costos y todas las implicaciones económicas que conlleva el nacimiento y crianza de un niño pueden ser indemnizables, estos se compensan y casi que se nivelan con la felicidad y regocijo que trae consigo la paternidad. Argumenta que esta concepción es imposible de sostener, pues es sumamente difícil valuar en términos monetarios, cuestiones sentimentales como lo sería el regocijo derivado de “el nacimiento de un hijo sano, la sonrisa de un bebé y el entusiasmo de un adolescente”⁵⁸ que se ve “reducido por las noches en vela y la desobediencia de un adolescente”⁵⁹ e incluso si estas cuestiones pudieran llegar a valorarse de una manera económica, sigue sin existir certeza de si este menor “crecerá fuerte o débil, inteligente o estúpido, exitoso o fracasado tanto en lo personal como en lo profesional, honesto o embustero”⁶⁰.

⁵⁸ House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement, 25 de noviembre de 1999, MACFARLANE and Another, Respondents, v. TAYSIDE HEALTH BOARD, Appellants, [2000] 2 AC 59. Lord Slynn of Hadley.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

En segundo lugar, niega las ideas de que reconocer la indemnización de los costos de crianza de un menor por maternidad no deseada, llevarían a los médicos a recomendar a sus pacientes la práctica de abortos con el fin de incurrir en el pago de estas sumas de dinero y, por otro lado, que podrían ocasionar daños psicológicos a los menores cuando se enteren de que fueron no deseados. Frente al primer escenario manifiesta que los altos estándares éticos de los médicos “serían una protección suficiente en estos casos”⁶¹, así mismo, frente al segundo, afirma que, las concepciones no planeadas son algo recurrente y esto no implica directamente que una vez el bebé nazca no será querido o acogido por su familia.

Por último, Lord Slynn analiza el deber de cuidado que se requiere frente a los esposos, pues “el problema no es simplemente sobre la cuantificación de los perjuicios, sino de la responsabilidad”⁶². Partiendo de la regla que ha sentado The House of Lords que para indemnizar pérdidas económicas debe establecerse una relación estrecha entre el hecho y el daño indemnizar, más allá de lo que la previsibilidad establece. En este sentido retoma lo afirmado por Lord Bridge en el caso *Caparo Industries Plc. v Dickman* [1990] 2 A. C. 605 que, para la indemnización de estos perjuicios, debe haber una relación de proximidad o vecindad entre las partes, y que dicho vínculo depende de si es “equitativo, justo y razonable” para la ley imponer dicho deber de cuidado. Para Lord Slynn el deber que asume el médico en este caso está relacionado con evitar el embarazo, mas no los gastos de crianza del bebé y que sea aceptado en la familia, así que si desean recuperar estos perjuicios materiales deberá existir un contrato apropiado para tal fin. Sin embargo, la madre sí puede ser compensada por las consecuencias físicas del embarazo y nacimiento del menor.

De esta forma denegó la apelación respecto de la pretensión de compensación de la señora Macfarlane por los perjuicios inmateriales y económicos derivados

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

inmediatamente de la gestación y parto de Catherine. Frente a los gastos de crianza de la menor, aceptó la solicitud de los apelantes.

LORD STEYN

Al igual que Lord Slynn, hace un recuento de algunas de las decisiones inglesas más importantes con las cuales The Court of Sessions admitió la indemnización de los perjuicios a ambos padres, además de hacer mención a fallos de Estados Unidos, Australia, Alemania y Francia. Termina concluyendo de este primer análisis, que en los casos en que se han reconocido perjuicios materiales derivados de la crianza de los menores, el tema principal es: “simplemente lidiar con un caso ordinario de responsabilidad extracontractual en el que no hay factores que atenúen la responsabilidad aquiliana”.

En su opinión existen dos formas en las que se puede abordar el caso, la primera, parte de la justicia correctiva, en la cual se dice que “alguien que ha infligido daño a otro sin justificación”⁶³ debe indemnizarlo. La segunda, se aborda desde la óptica de la justicia distributiva en la que, debe existir una “justa distribución de cargas y pérdidas entre los miembros de una sociedad”⁶⁴, para lo cual afirma que si se adopta esta posición se debe preguntar lo siguiente a los hombres del común –o en sus palabras a los viajeros del Subterráneo⁶⁵–: “¿Los padres de un niño sano no deseado podrían demandar al doctor o al hospital por la compensación equivalente a los costos de crianza del niño por los años de su

⁶³ House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement, 25 de noviembre de 1999, MACFARLANE and Another, Respondents, v. TAYSIDE HEALTH BOARD, Appellants, [2000] 2 AC 59. Lord Steyn.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Underground (Subterráneo), es el nombre del sistema de metro de Londres, por lo que Lord Steyn utiliza la expresión *Commuters of the Underground* –viajeros del subterráneo– para hacer referencia al hombre medio o de la esfera del común.

minoría de edad, por ejemplo, hasta los 18 años?”⁶⁶, y que la respuesta que se obtendría de estos sujetos sería: “un enfático, No”⁶⁷.

Con base en la concepción de justicia distributiva, que “por supuesto es una concepción moral”⁶⁸, muchas cortes han denegado las pretensiones de indemnización por los gastos de crianza de bebés no deseados. Es así que, si bien The House of Lords debe actuar como corte de derecho y no de moral, frente a los casos en los cuales hay una situación de “dificultad e incertidumbre”⁶⁹ lo que no debe contar es “la visión subjetiva del juez”⁷⁰, sino aquello que él “razonablemente crea que el ciudadano promedio consideraría como correcto”⁷¹.

Desde su punto de vista, este tipo de casos –concepción de un bebé sano no deseado– “tener en cuenta consideraciones de justicia distributiva”⁷², que no son cuestiones de política pública, pues “la verdad es que el derecho de daños es un mosaico en el cual los principios de justicia correctiva y distributiva están entrelazados. Y en casos de dificultad e incertidumbre, algunas veces, debe hacerse una elección entre ambas aproximaciones”⁷³. Pero que dicha concepción no podría ser aplicada a los perjuicios morales reclamados por la madre, pues ella sí sufrió daños en su integridad, estando, por tanto, “presentes los elementos constitutivos de una reclamación en delito [responsabilidad extracontractual]”⁷⁴.

Por los argumentos anteriormente expuestos, rechazó la apelación de la compensación por los perjuicios inmateriales, pero aceptó el recurso frente a los gastos de crianza de la menor.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem.*

LORD HOPE OF CRAIGHEAD

El primer punto que analiza es la compensación a la madre por los sufrimientos e incomodidades asociados al embarazo. Desde su punto de vista, “el hecho dañoso es la concepción”, pues esta era la única cosa que no sucedería después del resultado negativo del análisis de esperma, que tuvo lugar luego de la vasectomía de su esposo, siendo esto “atribuible directamente a la negligencia de los demandados”⁷⁵. Y, por tanto, no hay razón alguna para que “la ley no otorgue los perjuicios donde la concepción tuvo lugar por la negligencia del cirujano o la negligencia de parte de los responsables de los exámenes en el laboratorio”⁷⁶.

Del mismo modo, agrega que, no sería correcto limitar estos perjuicios solamente hasta el momento del embarazo, pues la madre presenta problemas físicos y psíquicos después del embarazo, e incluso pérdidas económicas, por lo que es preferible aplicar la regla de la distancia del daño, que una franja de tiempo “estricta, y como la veo, irracional e irreal”⁷⁷.

Frente a los gastos de crianza de la menor hace un recuento de decisiones extranjeras en torno al tema. Parte del rechazo de tomar una decisión con base en una concepción de política pública, pues “la pregunta para la Corte es de derecho y no de política social. Si la ley es insatisfactoria, el remedio descansa en manos de la legislatura”⁷⁸. Y en su lugar afirma que a pesar de que las pérdidas económicas derivadas del embarazo y nacimiento de la bebé son

⁷⁵ House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement, 25 de noviembre de 1999, MACFARLANE and Another, Respondents, v. TAYSIDE HEALTH BOARD, Appellants, [2000] 2 AC 59. Lord Hope of Craighead.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

“razonablemente previsibles por el malhechor”⁷⁹, se debe establecer la “relación de proximidad entre la negligencia y la pérdida que se dice haber sido causada por esta y la imputación de la responsabilidad por el daño debe ser equitativa, justa y razonable”⁸⁰.

Es por esto que, en su opinión, no sería “equitativo ni justo ni razonable” dejar por fuera de la tasación de las pérdidas ocasionadas por el nacimiento de la menor, aquellos beneficios que trae consigo un bebé, pues en un principio está el placer que reciben los padres “de una menor en retorno por el amor y cuidados que ella recibe en su infancia”, y en el “largo plazo está la relación mutua de apoyo y afecto que seguirá bien más allá del final del período de su niñez”⁸¹, así que al no ser posible valorar económicamente estos beneficios, lógicamente se debe concluir que, los gastos de crianza no son perjuicios indemnizables.

Por lo tanto, permitió la apelación en los gastos de crianza de la menor, mas no en los perjuicios inmateriales derivados del embarazo, reclamados por la madre.

LORD CLYDE

Su opinión, primeramente, plantea las diversas respuestas que se han dado en este tipo de casos. Seguidamente, rechaza una decisión con base en consideraciones de política pública: “la función judicial puede extenderse más allá de la interpretación de la ley al problema de aplicar esta a nuevas circunstancias. Pero al hacer esto la Corte debe tener en consideración los principios existentes”⁸².

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement, 25 de noviembre de 1999, *MACFARLANE and Another, Respondents, v. TAYSIDE HEALTH BOARD, Appellants*, [2000] 2 AC 59. Lord Clyde.

En segundo lugar, reconoce que, entre las partes, existía la suficiente relación de proximidad para establecer un deber de cuidado de los demandados frente a los padres, pero plantea el interrogante de si, los demandantes han sufrido alguna pérdida que la ley deba reconocer. Respondiendo a esto, niega la aproximación de la compensación de las pérdidas económicas con los beneficios de la paternidad (*benefits rule*), pues afirma: “la reclamación de unos padres por la muerte de un hijo no es compensada por los ahorros en los costos de manutención que estos disfrutarán”⁸³.

Con el fin de establecer o no la indemnización por los perjuicios materiales sufridos por los padres acude la idea que subyace a la responsabilidad extracontractual, la restitución, que es tratar de poner a la víctima en la posición que hubiese estado si no hubiese sufrido el daño. Esta restitución debe ser razonable, pero esto último no se refiere únicamente a la responsabilidad que razonablemente los demandados hubiesen pensado estar asumiendo, sino también a la proporcionalidad entre el hecho dañoso y la pérdida. En el presente caso, ninguno de los dos criterios antes mencionados, se configuran respecto de los perjuicios materiales, pero sí respecto del sufrimiento e incomodidades que sufrió la madre durante el embarazo y nacimiento de su hija.

En el mismo sentido de los anteriores Lords, rechaza la apelación respecto de la compensación a la madre por los perjuicios inmateriales, pero la acepta frente a los gastos de crianza de Catherine.

LORD MILLETT

A pesar de llegar a una conclusión parcialmente cercana a las anteriores, no recurrió a argumentos de justicia distributiva, ni correctiva, ni al test para

⁸³ *Ibidem*.

establecer un deber de cuidado desde lo que es equitativo, justo y razonable. En su lugar, acudió a diversas decisiones no solo de Inglaterra, sino de otros países, para establecer los beneficios y detrimentos derivados del nacimiento de un bebé.

Hizo referencia a un pronunciamiento de la Suprema Corte de Nueva Gales del Sur en *C.E.S. v. SUPERCLINICS (AUSTRALIA) PTY LTD* (1995), en el cual se afirma lo siguiente: “no es la existencia del menor el daño en la acción [demanda]. El nacimiento del bebé es simplemente la ocasión por la cual la negligencia de los demandantes se manifiesta ella misma en el daño económico a los padres. Es el daño económico el principal elemento no deseado”⁸⁴. Para él, la dificultad del caso se deriva de la realidad de que el nacimiento de la menor y las consecuencias financieras derivadas de este son inseparables. “Si ellos pueden prevenir la concepción de otro bebé, podrán evitar los costos de mantenerlo. Incluso evitarán la angustia involucrada con contemplar la posibilidad de darlo en adopción o abortar”⁸⁵.

Para él es “moralmente ofensivo considerar a un bebé normal y sano más como un problema y un gasto que lo que este vale”, por lo que el nacimiento de un menor no debe ser considerado legalmente como un detrimento. Es un don que “trae regocijo y tristeza, bendición y responsabilidad”⁸⁶. Por lo que, los beneficios y desventajas están entrelazados, siendo imposible para los padres disfrutar de las ventajas, desprendiéndose de los inconvenientes. Incluso él acude a un escenario “mundano de la vida comercial”⁸⁷, para exponer que la ley adopta el planteamiento anterior, en el que “el *common law* no permite a un hombre

⁸⁴ House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement, 25 de noviembre de 1999, *MACFARLANE and Another, Respondents, v. TAYSIDE HEALTH BOARD, Appellants*, [2000] 2 AC 59. Lord Millett.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

quedarse con los bienes que le han sido entregados y negarse a pagar por estos con fundamento en que él no los ordenó”⁸⁸.

De acuerdo con esto, tanto los gastos de crianza como los perjuicios por la angustia y dolores del embarazo y nacimiento, no deben ser compensados. Aunque afirma que, los demandantes no “deben irse con las manos vacías”, siendo procedente una indemnización por el daño y la pérdida derivados de la pérdida de su autonomía personal, al serles “negada la posibilidad de limitar el tamaño de su familia”⁸⁹.

Concluye aceptando la apelación tanto por los gastos de crianza de Catherine como la compensación por los perjuicios inmateriales solicitados por la madre. Pero permitió cualquier enmienda que habilite la prueba de los perjuicios sufridos por la pérdida de la autonomía personal de los padres.

Algunas implicaciones

A raíz de este importante fallo de The House of Lords, aumentaron los litigios en torno a estos temas, en cierta medida por las opiniones tan variadas que dieron cada uno de los Lords “que pueden ser tomados en cualquier dirección por un litigante y juez por sus inconsistencias y preguntas evadidas”⁹⁰.

Posteriormente, se expidieron dos fallos, *Parkinson v St. James Seacroft University Hospital NHS Trust*, en el que se reconocieron los gastos adicionales de crianza a un menor que nazca discapacitado; y, *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, en el que no reconocen perjuicios a la madre discapacitada ni al hijo nacido sano, sino una suma convencional de £15.000, en la que The

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ HOYANO, Laura. *McFarlane v Tayside Health Board and Cattanach v Melchior*. En: *Landmark Cases in Medical Law*. Londres: Hart, 2017, p. 237.

House of Lords sostuvo que no tenía un fin compensatorio sino un reconocimiento del daño causado a la demandante. Este último pronunciamiento ha sido fuertemente criticado por la doctrina y por algunos miembros de dicha Corte, pues implica la creación de un nuevo tipo de perjuicio, además, de que estas tareas deben ser dejadas en manos del poder legislativo⁹¹.

Cattanach v Melchior [2003] HCA 38

High Court of Australia

Luego de traer al mundo a 2 niñas saludables y con el miedo de que una condición genética hereditaria⁹² pudiera afectar a un posible tercer hijo, en el año 1991 el Señor y la Señora Melchior deciden limitar su familia, por lo que ella buscó someterse a un procedimiento de esterilización, y de esta forma no seguir ingiriendo medicamentos anticonceptivos orales.

Ella consulta al Dr. Cattanach, por recomendación de su médico general, quien le sugiere que se proceda con el método de ligadura de trompas. La señora Melchior informa al Dr. Cattanach que, en el año de 1967, cuando ella tenía 15 años, su ovario derecho, al igual que su trompa de Falopio, había sido extirpado durante una apendicectomía.

El Dr. Cattanach lleva a cabo una ligadura de trompa izquierda sin ningún tipo de complicación y no encuentra ningún rastro o evidencia de la presencia de una trompa derecha, creyendo así en lo que la señora Melchior le hizo saber previamente. Sin embargo, posteriormente se comprobó que la trompa de

⁹¹ BIRGITTA ELSTE, Sandra. Analysis of common law judgements in regards of “wrongful birth” cases. En: *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, 2006, vol. 2, nro. 4, p. 2.

⁹² Esta condición médica no pudo ser probada durante el trámite del proceso.

Falopio no había sido removida, pero no era posible percibirla a simple vista, debido a que se encontraba disimulada por las adhesiones intestinales resultantes de la apendicectomía a la que se sometió en 1967.

A pesar de someterse a la cirugía, la señora Melchior queda embarazada en el mes de noviembre de 1996, y da a luz el 29 de 1997 a su tercer hijo, Jordan, quien nació completamente normal y sano.

A raíz de esto, la pareja de esposos decide demandar al Dr. Cattanach y al Estado de Queensland por incumplimiento contractual y negligencia. Durante el juicio, solo se procedió con la acción por responsabilidad extracontractual, ya que el proceso fue llevado a cabo sin costo alguno por un hospital público.

El juez de primera instancia, que posteriormente fue confirmado por la Corte de Apelaciones, encontró probada la negligencia del demandado por lo siguiente: (i) la historia manifestada por la señora Melchior no fue corroborada de forma positiva por el médico tratante; (ii) no haberle informado de que en caso de estar presente la trompa de Falopio, sería diez veces más probable de quedar en embarazo; y (iii), no realizar una histerosalpingografía, con el fin de revelar la existencia de la trompa de Falopio del lado derecho.

De conformidad con esto, se le reconoció a los demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización:

1. A favor de la señora Melchior, \$103,672.39 (AUD), correspondientes a los perjuicios por el dolor y sufrimiento con relación al embarazo y nacimiento del bebé, los efectos en su salud, el daño emergente (pasado y futuro), expensas médicas, gastos de transporte, gastos de vestido de maternidad y los cuidados que ella requería.

2. A favor del señor Melchior, \$3,000.00 (AUD), por la pérdida de la relación marital, como consecuencia de la condición de embarazo.
3. A favor de ambos, \$105,249.33 (AUD), por los costos pasados y futuros asociados a la crianza y manutención de Jordan hasta los 18 años.

Si bien los demandantes apelaron la decisión, únicamente lo hicieron respecto de los perjuicios enunciados en el numeral 3, al considerar que el juez de instancia se equivocó al no aplicar el precedente *Macfarlane v Tayside Health Board* de The House of Lords. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones, denegó el recurso. Por lo que, ante una solicitud especial de los demandados, acuden a la High Court of Australia, de si el tribunal de segunda instancia erró al reconocer los gastos de crianza y manutención del menor.

Se analizarán las opiniones de los magistrados en dos partes, quienes estuvieron a favor de denegar la apelación, y, en segundo lugar, quienes aceptaron este recurso.

i. Quienes denegaron la apelación

McHugh J & Gummow J

Estos parten de lo afirmado por los demandantes sobre la ‘política legal’, que se encuentra en estos casos, como lo son: el valor incalculable y sagrado de la vida, la estabilidad y unidad familiar, y el daño al menor al enterarse que los gastos de su crianza han sido cubiertos gracias a una acción de un “embarazo equivocado”.

A pesar de que ambos reconocen estos argumentos, advierten el peligro de seguir “la seductora, pero errónea, simplicidad de invocar valores amplios que muy pocos negarían. y después, deslizarse a la conclusión de que operan como

protección a los apelantes de todas las consecuencias de ley por la negligencia del Dr. Cattanach⁹³.

Su análisis se centra también en negar que la relación padre-hijo sea considerado el daño relevante que se sufre en estos casos, pues afirmar esto sería reconocer que esto es una pérdida que la ley no debe reconocer, por ser una cuestión de política pública. En su lugar, proponen: “no es el bebé no deseado el daño en virtud del cual el resarcimiento es pretendido en esta acción, es la carga de las responsabilidades legales y morales que surgen con ocasión del nacimiento del menor está en disputa”⁹⁴.

Por otro lado, rechazan la idea de que todo bebé es una bendición, argumentando que el uso generalizado de anticonceptivos por las parejas es una muestra de lo contrario. Además, de que “una disrupción en la relación familiar, por ejemplo, porque el tercer hijo de la familia Melchior se entere del litigio, es en el mejor de los casos especulativo”⁹⁵. En cuanto a los argumentos del valor incalculable de la vida y que es el nacimiento de un hijo sano, sería un trato diferenciado respecto de un menor discapacitado, pues le estaría asignando un menor valor a la vida de este.

Finalmente, concluyen que “los beneficios recibidos del embarazo de un niño no son legalmente relevantes para el daño que compensa por los gastos de manutención del menor”⁹⁶, siendo, por tanto, improcedente la aplicación de lo que sería la *benefits rule*. Incluso afirman: “el minero de carbón, que ha sido forzado a retirarse por una lesión, no recibe menos daños por la pérdida de la capacidad de ganancias porque ahora es libre para sentarse en el sol todos los días leyendo su periódico favorito”⁹⁷.

⁹³ Cattanach [77].

⁹⁴ *Ibidem*, [68].

⁹⁵ *Ibidem*, [79].

⁹⁶ *Ibidem*, [90].

⁹⁷ *Ibidem*.

Por tanto, niegan la apelación presentada, admitiendo la compensación de los gastos de crianza a los padres.

KIRBY J.

Primeramente, analiza algunas de las decisiones que se tomaron en otras jurisdicciones, en las que se excluyó la posibilidad de obtener indemnización de perjuicios por el nacimiento de un menor subsiguiente a una negligencia en procedimientos de esterilización. En las que encuentra que estos tribunales fijan mecanismos como límite a cuáles perjuicios son compensables que varían significativamente en su definición, “la forma en por qué y cómo se encuentran”⁹⁸. Y estos criterios han sido fijados, en su gran mayoría, en virtud de “percepciones de factores morales o éticos, ilustrados por el recurso de citas bíblicas”⁹⁹. Por otro lado, si el legislador no ha fijado límites a la indemnización, quien lo puede hacer de forma arbitraria, los jueces deberán “refinar y aplicar el *common law* a nuevas circunstancias en formas que son razonadas lógicamente y muestren un desarrollo consistente con decisiones legales pasadas”¹⁰⁰.

Para él, este caso no es un escenario de pérdida económica pura (*pure Economic loss*), pues se deriva de un consejo negligente que produce una lesión o daño corporal (*personal injury*), por lo que desde una perspectiva de la negligencia este tipo de daño debe ser indemnizable. Pues las decisiones que se tomaron en el pasado, permiten la indemnización de perjuicios económicos derivados (*consequential economic loss*) de una lesión corporal, situación que se encuentra acreditada en el presente caso. Dentro de las diversas decisiones

⁹⁸ *Ibidem*, [134].

⁹⁹ *Ibidem*, [135].

¹⁰⁰ *Ibidem*, [137].

que se han dado en torno al tema, encuentra cinco opciones competitivas (*competing choices*):

1. No indemnización por nacimiento de un bebé sano.

En este punto encontró que muchas de las decisiones que acogieron esta concepción, afirmaban que un bebé era una bendición, por lo que los padres no sufren detrimento alguno. Frente a lo cual asevera:

“[E]l lenguaje de las ‘bendiciones’ también es una distracción del real asunto en cuestión de las pretensiones de los padres. Ni siquiera el invocar las Escrituras ni la intervención de un oráculo ficticio en el Subterráneo¹⁰¹ (ni en su equivalente australiano) autoriza a una corte a apartarse de los principios ordinarios que gobiernan el cobro de perjuicios por la responsabilidad por negligencia”¹⁰².

2. Indemnización solo de daños inmediatos al embarazo y nacimiento.

Posición que fue acogida en Inglaterra, con ocasión del fallo *Macfarlane v Tayside Health Board*, de la que critica que la línea que diferencia o separa los perjuicios inmediatos y los gastos de crianza del menor, no se encuentran debidamente articulados. Lo que hay es un “guiño pasajero a la ley por el respeto de la santidad de la vida, las bendiciones de los menores y la importancia de la unidad familiar, e invocaciones ocasionales a las Escrituras”¹⁰³. Siendo así, limitaciones arbitrarias e injustas, al no existir en principio una razón para hacer tal diferenciación.

¹⁰¹ Haciendo referencia al viajero del Subterráneo (*Underground*) propuesto por Lord Steyn en *Macfarlane* –ver pie de página nro. 52–.

¹⁰² *Ibidem*, [151].

¹⁰³ *Ibidem*, [159].

3. Indemnización de daños inmediatos y gastos de crianza adicionales por el nacimiento de un bebé con discapacidad.

El permitir una indemnización de gastos de crianza de un menor que ha nacido con determinada invalidez, sería confirmar visiones de la discapacidad que son “contrarias a los valores australianos contemporáneos reforzados por la ley”¹⁰⁴. Además, de que es una regla completamente arbitraria y falta de coherencia, que ha llevado a cierta rebelión en los jueces ingleses, situación que no es deseable.

4. Indemnización completa por los gastos de crianza del menor hasta su independencia económica, pero con una reducción por el regocijo y beneficios de la paternidad.

La compensación de los gastos de crianza del menor, por los beneficios y regocijo de la paternidad, no es posible hacer este ejercicio, pues sería como “comparar manzanas con naranjas”¹⁰⁵. Lo que debe suceder es que se deben probar beneficios económicos derivados del nacimiento del menor, pero cualquier otro tipo de cuestiones favorables (no monetarias, como el regocijo) deben ser ignorados para la respectiva indemnización.

5. Indemnización completa por los gastos de crianza del menor, limitado a por cuestiones de previsibilidad y lejanía, sin ninguna reducción por los beneficios.

Al aplicarse las reglas sobre negligencia, se debe llegar a la conclusión de que, al ser una lesión corporal en la demandante, los

¹⁰⁴ *Ibíd*em, [166].

¹⁰⁵ Aquí Kirby cita el caso *Johnson v University Hospitals of Cleveland* 540 NE 2d 1379 at 1374 (1989).

padres pueden ser indemnizados por este concepto, pues los principios generales de la responsabilidad por daños así lo permiten. Pues en caso de concederse una “zona de inmunidad a los apelantes [demandados] habría involucrado un error legal”¹⁰⁶. Por otro lado, rechaza cualquier aproximación de política pública o de justicia correctiva, pues implicaría un alejamiento de los principios generales.

Por las razones anteriormente expuestas, niega la apelación interpuesta por los demandantes, permitiendo la indemnización de todos los perjuicios solicitados por los padres del menor.

CALLINAN J

Al hacer un recuento de diversas decisiones de otros países, como Inglaterra y Sudáfrica, encuentra que, casi todos los argumentos que se han dado en contra de la indemnización de los gastos de crianza derivados de un embarazo no deseado “involucran valores emocionales y morales, y percepciones de lo que política pública es, o debería ser”¹⁰⁷. Además, el hecho de que se afirme que son perjuicios sumamente difíciles de cuantificar, no tiene sentido, pues las cortes han concedido compensaciones de este tipo, pues se reconocen perjuicios más complejos como “el dolor y sufrimiento”¹⁰⁸.

Agrega que, “el regocijo y afecto recíproco de la paternidad no puede tener una equivalencia financiera a los costos de criar al menor. Uno no es el sustituto de otro”. Por otro lado, en cuanto a la política pública permitiría una indemnización de los gastos de crianza, pues “sirven como una medida de disuasión de

¹⁰⁶ *Ibidem*, [180].

¹⁰⁷ *Ibidem*, [292].

¹⁰⁸ *Ibidem*, [297].

conductas dañosas”¹⁰⁹. Finalmente, agrega que es importante evitar cualquier inmunidad legal de los médicos al realizar este tipo de procedimientos.

Con fundamento en esto, denegó la apelación, permitiendo una indemnización integral a los padres.

ii. Quienes aceptaron la prosperidad de la apelación

GLEESON CJ

Al analizar la postura de la mayoría de los miembros de The Court of Appeal (McMurdo P y Thomas JA), quienes clasificaron la pretensión de los gastos de crianza del menor como una pérdida económica pura (*pure economic loss*), determina que este tribunal “estaba claramente en lo correcto”¹¹⁰. En este caso no se está analizando “la pérdida consecencial de una lesión corporal o un daño en la propiedad de la demandante, sino una reclamación para el pago de un daño puramente económico derivado de una relación”¹¹¹, que la paterna.

Para él es difícil sostener que la relación padre-hijo es una pérdida, además, de que un menor “no es un bien que puede ser vendido, o disponerlo de otro modo, con el fin de mitigar el sufrimiento a un padre”¹¹² y la única forma desde el punto de vista legal de evadir las responsabilidades es a través de la adopción.

Frente al daño puramente económico sostuvo que, a pesar de que este tipo de daños aumentan, la nueva categoría debe ser demostrada, pero atendiendo a criterios de política pública no se debería permitir un aumento en estas categorías de perjuicios. Una de las primeras consideraciones es que la ley evita

¹⁰⁹ *Ibidem*, [299].

¹¹⁰ *Ibidem*, [19].

¹¹¹ *Ibidem*, [30].

¹¹² *Ibidem*, [35].

la indemnización de daños indeterminables, pues en estos casos podría llevar a que se cubran pérdidas por cambios en las carreras de los padres –después de que el menor cumpla la mayoría de edad– o los gastos de una boda.

Otras dos cuestiones de política pública que deben ser tenidas en cuenta es el reconocimiento de perjuicios que carecen de plena definición, ya que no se puede medir de forma precisa el impacto de un menor en la vida de los padres, pues puede suceder que el nacimiento del menor, y su consecuente independencia a una mayor edad, podría traer grandes beneficios financieros a los padres. El otro argumento es que el reconocimiento de un nuevo perjuicio debe ser acorde con las reglas previas establecidas en el *common law*, y una indemnización de este tipo sería contrario al deber legal impuesto a los padres de cuidar de sus hijos.

Finalmente, opina que no es posible la existencia de un criterio de proporcionalidad en la compensación por las desventajas financieras, dejando de lado las otras ventajas que trae consigo la paternidad; esto basado en el hecho de que las relaciones parentales no son socialmente consideradas como un asunto financiero, por el contrario, es la relación humana fundamental para el desarrollo de una sociedad, por lo tanto, “buscar asignar un valor económico a la relación [...] no es ni razonable, ni posible”¹¹³.

De este modo, la apelación debe prosperar en lo atinente a los gastos de crianza de los menores, excluyendo estos valores de la indemnización.

HAYNE

Partiendo del hecho de que la existencia de un deber de cuidado no fue cuestionado, por lo que al analizar la pregunta sobre cuáles perjuicios puede la

¹¹³ *Ibidem*, [38].

demandante solicitar una indemnización, hace necesario presuponer la existencia de una negligencia del profesional de la salud en “proporcionar un consejo apropiado”¹¹⁴. Para él este tipo de daños no se deben de clasificar como una pérdida económica pura.

En un principio, Hayne retoma y analiza algunos de los argumentos generalmente presentados para una este tipo de pretensiones; todos ellos parten de premisas como lo son las bendiciones que trae consigo un hijo, las preocupaciones respecto a la imposibilidad de medir con la precisión adecuada la pérdida sufrida, las preocupaciones por dañar al niño, los motivos de los padres para recurrir a la esterilización y hasta la sugerencia de considerar un aborto o proceso de adopción. Respecto al curso de discusión de asuntos como este, surge la crítica concluyente de que ni estos argumentos ni los contra argumentos niegan la realidad de que un niño trae consigo tanto cargas como beneficios para sus padres.

De acuerdo con su postura, la política pública es “considerada determinante aquí”¹¹⁵, siendo su argumento principal. Parte poniendo en tela de juicio aquellas afirmaciones que no aceptan algún rol de las cuestiones de política pública en la toma decisiones judiciales, y por ende en el desarrollo del ordenamiento jurídico, pues “los jueces no hacen más que descubrir y declarar el *common law*”¹¹⁶. Este tipo de aserciones son discutibles, pues la política pública ha contribuido a lo largo de la historia a la forma en que los jueces deciden en qué dirección debe evolucionar la ley.

Un primer asunto, desde la óptica de la política pública, para negar la indemnización de perjuicios por los gastos de crianza del menor, es que la negligencia del Dr. Cattanach trajo consigo detrimentos, pero también beneficios.

¹¹⁴ *Ibidem*, [193].

¹¹⁵ *Ibidem*, [194].

¹¹⁶ *Ibidem*, [226].

El centrarse únicamente en los perjuicios económicos, ignorando los beneficios no financieros, no se estarían tomando en cuenta todas las consecuencias derivadas del actuar negligente del médico, pues “este podría o no podría traer a la demandante algunos beneficios económicos futuros”¹¹⁷.

Un segundo argumento que se debe esbozar en este sentido es que no se le puede asignar valor alguno a la vida del menor, en caso de hacerse “sería al menos irreal si no imposible”¹¹⁸. Así que, si no es posible establecer en términos monetarios los beneficios de la relación padre-hijo, “no es una razón suficiente para ignorarlos y confinar petición a los efectos adversos de la paternidad”¹¹⁹. De forma alternativa, si algún cálculo es posible, no se podría realizar desde el punto de vista de la ley, pues sería permitir a las partes “embarcarse en un cálculo del valor neto de un nuevo hijo a un padre”¹²⁰. Además, siguiendo una argumento dado por Lord Millett en *Macfarlane*, y es que, si se concluye que el ‘precio’ de un niño es mayor a sus gastos, se estaría concluyendo lo mismo que han hecho otras cortes, pero si esta diferencia es menor, se llegaría a la ‘desagradable’ conclusión de que no vale la pena incurrir en los costos de manutención del menor.

Agrega que, desde esta perspectiva, se evitaría que los padres, en juicio, afecten a sus niños, al buscar probar que las cargas de criarlos superan los beneficios de la paternidad. Para él, incluso la ley no debe permitir la indemnización de perjuicios –gastos adicionales– por la manutención de un hijo con alguna discapacidad o necesidades especiales.

Por esto, permite que prospere la apelación, y que se excluya de la demanda los gastos ordinarios de manutención de un menor.

¹¹⁷ *Ibidem*, [248].

¹¹⁸ *Ibidem*, [249].

¹¹⁹ *Ibidem*, [250].

¹²⁰ *Ibidem*, [251].

HEYDON J

Al rechazar el reconocimiento de los daños, Heydon identifica una serie de errores respecto al razonamiento del grupo mayoritario de la corte de apelaciones de Queensland.

En primer lugar, se dice que “no se tuvo suficientemente en cuenta los supuestos de la ley sobre algunos valores clave en la vida familiar”¹²¹, es decir, la ley asume que los intereses de los niños automáticamente prevalecen sobre otros intereses, del mismo modo, se asume que los padres tienen deberes de gran peso para con sus hijos y que dichos intereses y deberes se desarrollan mejor mediante la crianza dentro de un matrimonio estable y que toda la difusión o propaganda relacionada con litigios que involucren menores, debe evitarse.

Los tribunales, a lo largo de la historia, han intervenido en pro de proteger los intereses de los niños, incluso si estos entran en conflicto con los intereses de sus padres, es por esto que, se dice que no es posible clasificar los costos de criar a un niño como daños, debido a que la naturaleza de las relaciones padre-hijo y los deberes que se derivan de estas relaciones hacen que sea moralmente incorrecto dar un valor al nacimiento de esa vida humana y a los gastos que esta implica.

Aunado a lo anterior, se encuentra un segundo error cometido por el tribunal, en el cual no se tuvo en cuenta el alcance que implicaría el reconocimiento de este tipo de daños. Para maximizar la compensación, los padres deben albergar un tipo de “esperanzas irrealizables”¹²² que sus hijos nunca llegarán a alcanzar, así mismo, podrían recurrir a exagerar los impedimentos físicos o mentales de su hijo con el fin de maximizar la apariencia de los daños; por lo tanto, fomentar este

¹²¹ *Ibidem*, [322].

¹²² *Ibidem*, [344].

tipo de litigios que solo surgen de “espectáculos odiosos”¹²³ implica un conflicto en la preponderancia de los intereses del menor.

Por último, se habla del impacto negativo consecuente al entendimiento del niño sobre el proceso litigioso, esto debido a que, luego de tomar en cuenta otras opiniones expresadas en diferentes jurisdicciones, se entiende que este conocimiento solo implicaría un daño en el amor natural y la confianza mutua que la ley pretende fomentar y proteger entre padre e hijo.

Frente a esta preocupación, Haydon concluye que podría surgir un “compromiso justificable”¹²⁴ en la cual se reconozcan los daños frente a la madre en cuestiones de embarazo y parto, pero que no se involucre al menor como tal en el litigio, es decir, se opta por una reclamación parcial.

Algunas implicaciones

De acuerdo con Hoyano, esta decisión fue tomada en “un clima político ferviente de ansiedad por los grandes e inesperados incrementos en las indemnizaciones médicas y las primas de seguros de responsabilidad civil en 2002”¹²⁵ que llevó al gobierno federal de turno a establecer una comisión especial para “recomendar una legislación que específicamente limitará la responsabilidad por negligencia y la cuantía de los perjuicios por lesiones corporales y muerte”¹²⁶. Muchas asociaciones médicas protestaron en contra de la decisión adoptada de Cattanach, pues llevaría a muchos negocios a la quiebra por “primas de seguros impagables”¹²⁷.

¹²³ *Ibíd.*, [347].

¹²⁴ *Ibíd.*, [411].

¹²⁵ HOYANO, Laura. *McFarlane v Tayside Health Board and Cattanach v Melchior*. En: *Landmark Cases in Medical Law*. Londres: Hart, 2017, p. 236.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

A raíz de esto se introdujeron algunas modificaciones relacionadas con los embarazos no deseados por negligencia médica, fallas en procedimientos de esterilización o bien sea, en procedimientos o en la formulación de anticonceptivos.

Queensland, a través del Civil Liability Act of 2003, adiciona la Parte 5, artículos 49 A y 49 B, que disponen: 'una corte no podrá otorgar daños por pérdidas económicas que surjan de los costos ordinariamente asociados con la crianza o manutención de un niño'.

South Australia modificó el Artículo 67 del Civil Liability Act 1936: 'ningún perjuicio puede ser indemnizado para cubrir los costos de crianza de un niño'. Pero esta norma exceptúa de esta limitación a la responsabilidad a los casos en que el menor tenga alguna discapacidad, reconociendo: 'algún costo que exceda razonablemente lo que se incurriría si el menor no fuese inválido'.

ACB v. Thomson Medical Pte Ltd and others [2017] SGCA 20

Singapore Court of Appeal

Los apelantes, una pareja conformada por una mujer china singaporense, y un hombre alemán –de ascendencia caucásica–, consultaron en el 2006 a un obstetra, en el Thomson Medical Pte Ltd, con el fin de empezar su nueva familia, por lo que este les recomendó la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro (IVF). Ese mismo año fue llevado a cabo el procedimiento, dando a luz un hijo en 2007. Tres años después, deciden nuevamente tener otro hijo a través de dicho método en el mismo lugar.

En el contrato celebrado por ambas partes en 2010, se incluyeron algunas obligaciones como las de prestar buenos servicios médicos, científicos y de laboratorio a la paciente, además, de que el óvulo de la paciente sería fertilizado por el espermatozoides de su esposo, y que dichos embriones serían conservados de forma segura y usado únicamente en la mujer.

A raíz del segundo procedimiento, la mujer queda embarazada y da a luz a su hija en octubre de 2010. Tiempo después, al notar la pareja que el tono de piel de la menor era muy diferente al de su otro hijo, deciden llevar a cabo una serie de exámenes. En primer lugar, realizan un análisis del tipo de sangre como resultado que el grupo de sangre de su hija no podía provenir de la unión del material genético de ambos padres. A raíz de esto, al realizar investigaciones más exhaustivas, se encuentra que el espermatozoides usado fue de un donante de la India y no del esposo.

El 20 de junio de 2011, el centro médico se declaró responsable por violar los términos de la licencia de operación que le fue concedida, y por ende sancionado a una multa de \$20.000 USD, en dicho expediente se asentó la existencia de una contaminación de las muestras de semen tomadas al padre, pues no desecharon una de las muestras anteriormente procesadas, lo que llevó a una mezcla de muestras y por ende en el nacimiento de una menor cuyo ADN no coincide con el de su padre.

El 4 de junio de 2012 la pareja demanda al centro médico, a la clínica y a los dos especialistas que se encargaron del procedimiento de IVF, solicitando la indemnización por los siguientes perjuicios, en una acción de responsabilidad civil extracontractual y también por incumplimiento del contrato:

1. Los daños derivados del dolor y sufrimiento relacionados con el embarazo, al igual que la angustia mental.

2. Los costos de crianza de la menor que incluían principalmente: los costos de educación de su hija en una escuela internacional de Beijing –donde residían para la época de la demanda–; gastos de una educación terciaria en Alemania; gastos de viajes; costos médicos; los alimentos hasta que fuese independiente financieramente.
3. Además, solicitaron perjuicios provisionales por los daños que se llegaren a causar por algún defecto genético que llegase a sufrir la bebé hasta los 35 años atribuible al donante del esperma.

El 16 de julio de 2012, los demandados presentaron una defensa conjunta a la demanda impetrada, reconociendo que eran responsables de indemnizar algunos perjuicios a la pareja, mas no los relacionados con los gastos de crianza de la menor y los provisionales.

En primera instancia, el juez sostuvo que, los apelantes no podían solicitar la indemnización de perjuicios relacionados con los gastos de crianza de la menor, pues en todo caso la pareja deseaba tener un hijo más. Por otro lado, sostuvo que al no ser un caso en que el embarazo no fue deseado, sino que querían un hijo con el material genético de su esposo, por lo que no es posible decir que estos no contemplaban los gastos o cargas económicas derivadas de un nuevo hijo en la familia. Es así que, deniega esta pretensión, pues no existe un nexo de causalidad entre la negligencia alegada y los gastos de crianza, pues estos habrían incurrido en estos mismos costos sin la concurrencia de la culpa.

A raíz de esto, la pareja decide apelar la decisión anterior, y solicitan a la Corte de Apelaciones de Singapur, con el fin de que esta se pronunciara sobre la posibilidad de ser indemnizados por los gastos de crianza de la menor antes de un juicio para determinar el monto de la indemnización que les fuese a ser otorgada. De acuerdo con la Corte, está solicitó a las partes de otras posibles pretensiones indemnizatorias que podrían tener lugar en este caso, lo que llevó

a incluir en la apelación otros dos temas: (i) la pérdida de la autonomía de la pareja y (ii) daños punitivos.

Razonamiento de la Corte

La Corte dividió su decisión en tres grandes temas: (i) costos de crianza, (ii) pérdida de la autonomía, (iii) pérdida de la afinidad genética y (iv) daños punitivos.

(i) Costos de crianza de la menor

Si bien parten de diferenciar los conceptos que se derivan de los errores en la reproducción como lo son: vida errónea (*wrongful life*), nacimiento equivocado (*wrongful birth*) y concepción equivocada (*wrongful conception*). En el primer tipo de error, la acción es iniciada por el menor, por circunstancias en las que este sufra, por una negligencia médica, alguna lesión que le desencadene en una invalidez. En el segundo, la reclamación es presentada por los padres por casos en que el personal de la salud haya fallado en informar de que la madre se encontraba en estado de gestación o del padecimiento de alguna discapacidad del feto, pues la mujer hubiese interrumpido su embarazo en caso de conocer estas circunstancias. En el último tipo de error, los padres buscan la indemnización de perjuicios derivados de una negligencia ocurrida durante un procedimiento de esterilización que desencadena en un embarazo.

Al analizar estos supuestos, la Corte concluye que no es posible encajar este caso en alguno de estos errores, ya que “el apelante, a diferencia de los demandantes en casos de concepción errónea,

deseaba un bebé”¹²⁸, por lo que habla de un nuevo tipo que es la fertilización errónea (*wrongful fertilisation*), en los que un médico usa los gametos equivocados en alguna de las técnicas de reproducción asistida.

El problema que se deriva de los gastos de crianza del menor en casos de fertilización equivocada (*wrongful fertilisation*), fue analizado por un la Suprema Corte del Estado de Nueva York (*Andrews v. Keltz*), denegando dicha indemnización con fundamento en cuestiones de política pública.

En segundo lugar, entra a analizar el problema de la causalidad que fue expuesto por el juez de primera instancia, quien afirmó que, no había un nexo causal entre la negligencia y la pérdida económica, ya que en todo caso los padres deseaban tener otro hijo. Lo que afirman la Corte en este punto es que para que este razonamiento sea aplicable, la reclamación debió ser en consideración de la unidad familiar y no del individuo. pero en este caso los padres no buscaban otro hijo “independientemente de la paternidad (solo para ella poder tener una añadidura a la unidad familiar), sino tener un bebé con su esposo”¹²⁹. Siendo imposible alegar que es un problema que se pueda solucionar desde la óptica de la causalidad, pues no se puede afirmar que “ella o su esposo alguna vez contemplaron (mucho menos pretendieron) tener que criar un menor que no era completamente suyo”¹³⁰.

En tercer lugar, este tribunal aborda la posibilidad de la indemnización por los costos de crianza, para esto estudia a algunas de las

¹²⁸ *ACB v. THOMSON MEDICAL PTE LTD and others* [2017] SGCA 20, [31].

¹²⁹ *Ibidem*, [41].

¹³⁰ *Ibidem*.

decisiones que se tomaron en otros países –Inglaterra y Australia– en casos de concepción equivocada (*wrongful conception*), y desestima las siguientes aproximaciones que se dieron en las otras cortes:

- Daño puramente económico (*pure economic loss*) o pérdida económica consecuencial (*consequential economic loss*), al no existir una regla especial en Singapur que excluya la posibilidad de indemnizar el daño puramente económico.
- “La afirmación de que los argumentos en contra de la indemnización se basan en proposiciones fácticas dudosas y deber ser rechazadas de plano”¹³¹, el exponer que todos los niños son una bendición o que los menores sufrirán psicológicamente por el reconocimiento de estos perjuicios al ser considerados como no deseados, son afirmaciones de hecho, pero para la Corte el asunto no se resuelve en el nivel fáctico sino normativo. Además, estos argumentos no son fácticos, sino que “reconocimiento de los gastos de crianza sería antitético a la política legal concerniente al valor de la vida o el carácter de una relación padre-hijo”¹³².
- El aceptar el nacimiento de la menor constituye un *novus actus interveniens*¹³³, de acuerdo con las diversas decisiones analizadas, concluye que es casi de acuerdo universal que la decisión de los padres de “aceptar y criar el/la menor después del nacimiento no puede ser considerado como un acto que rompe la cadena de

¹³¹ *Ibidem*, [81].

¹³² *Ibidem*, [83].

¹³³ La doctrina del *novus actus interveniens* (nuevo acto interviniente) equivalente –de acuerdo con el diccionario legal de Black– a la *superseding cause* (causa sustituta) “es el acto o fuerza interviniente que la ley considera como suficiente para anular la causa por la cual el victimario [sujeto llamado a indemnizar] era responsable, de este modo exonerando de responsabilidad al responsable”. Definición tomada de: GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 9 ed. St. Paul, MN: West, 2009, p. 251.

causalidad”¹³⁴. Pues siguiendo, el argumento de Lord Steyn en *Macfarlane v. Tayside Health Board*, es difícil considerar como correcto ‘desafiar’ la decisión a los padres de dar en adopción o abortar el bebé.

Posteriormente, la Corte sostuvo que, “la obligación de manutención de su hijo es una obligación en el corazón de la paternidad que no puede ser legalmente una categoría de daño reconocible”¹³⁵, pues de esta relación surgen situaciones que no son obligaciones de las que no se pueden “evaluar como una pérdida en un sentido significativo”. Por otro lado, “ningún padre puede solicitar un derecho legal a ser libre de las responsabilidades propias de la paternidad (sean financieras u otras)”¹³⁶.

Finalmente, expuso que “el reconocer la reclamación por los gastos de crianza serían fundamentalmente inconsistente con la naturaleza de la relación padre-hijo y colocaría en una posición al apelante en la que sus intereses personales como litigante entrarían en conflicto con sus deberes como madre”¹³⁷, pues implicaría que los demandantes deberán demostrar que el nacimiento del bebé sería “una pérdida neta para ellos”¹³⁸. Es así como, en estos casos, los beneficios que trae un hijo deben compensar la pérdida económica que alegan los padres, pues si se reconocen estos perjuicios se “abriría la puerta a que entren incentivos perversos en la relación padre-hijo y contaminar su carácter esencial”¹³⁹. Además, incluso ante la imposibilidad de la compensación de los perjuicios con los beneficios, los padres seguirían teniendo intereses en “hacer énfasis en el detrimento que les

¹³⁴ *ACB v. THOMSON MEDICAL PTE LTD and others* [2017] SGCA 20, [84].

¹³⁵ *Ibidem*, [86].

¹³⁶ *Ibidem*, [96].

¹³⁷ *Ibidem*, [86].

¹³⁸ *Ibidem*, [95].

¹³⁹ *Ibidem*, [99].

fue traído por el menor con el fin de asegurar una mayor indemnización. También podría, como sugirió Heydon J, llevaría a la situación en que los padres fijen metas o expectativas irreales para sus hijos y exagerar cambios en sus estilos de vida”¹⁴⁰.

(ii) *Pérdida de la autonomía*

Después de hacer un recuento de diversos que se dieron en otras decisiones en The House of Lords, respecto de la compensación por el daño a la pérdida de la autonomía de la madre, frente a lo que afirma la Corte que no reconocería esta como “un daño accionable por derecho propio”. Para sustentar esta afirmación acudió a los siguientes argumentos:

- El concepto de autonomía es un concepto muy ‘resbaladizo o nebuloso’, si bien en su nivel más básico se define como “la libertad de vivir su propia vida libre de interferencias o control externo”¹⁴¹. Un concepto ‘grueso’ no solo le da efecto a los deseos de corto plazo sino también a los de largo plazo, quienes defienden esta tesis le dan un mayor peso a los últimos. Para esto acude al ejemplo del drogadicto que reconoce su problema y decide iniciar un tratamiento en un centro médico, por lo que en el evento de que el paciente decida consumir nuevamente sustancias psicoactivas, los médicos podrán negar que este cumpla este deseo de corto plazo con fundamento en la autonomía, pues estarían respetando sus intereses a largo plazo. Además, existen concepciones que reflejan tradiciones comunitarias, más no individualistas, lo que evidencia que no existe un consenso en la materia. De esta forma,

¹⁴⁰ *Ibidem*, [100].

¹⁴¹ *Ibidem*, [116].

al no existir una definición “factible de autonomía, es imposible de sostener que esta pueda, en sí misma, ser materia de protección legal”¹⁴².

- Incluso si existiese un concepto reconocido de autonomía y un consenso en este, sería sumamente difícil el establecimiento de un “detrimento en términos objetivos”¹⁴³ que es usualmente requerido en el campo de la responsabilidad extracontractual. Además, diferentes restricciones constituirían una forma de intervención en la autonomía, como la exigencia del cinturón de seguridad, incluso si esto hiciera más bien a la persona. Además, este escenario de indemnización es compatible en los escenarios en que se aplica el derecho de responsabilidad extracontractual reivindicatorio – vindicatorio– (*vindictory model of tort law*¹⁴⁴). Para la Corte la simple violación de un ‘derecho’ no puede ser el sustento por sí solo para el reconocimiento de perjuicios.

- El reconocimiento de perjuicios por la pérdida de la autonomía llevaría a que “cualquier forma de daño podría, con cierta ingenuidad, ser reconceptualizada en términos de una lesión a la autonomía”¹⁴⁵.

(iii) *Pérdida de afinidad genética*

¹⁴² *Ibidem*, [119].

¹⁴³ *Ibidem*, [120].

¹⁴⁴ En este sentido, a pesar de que no existe un consenso en el ámbito del *common law* de la función vindicatoria de la responsabilidad civil por daños, Varuhas expone que, una definición más especializada de la vindicación serían los “medios para dar fe, afirmar y reforzar la importancia y el valor inherente a un interés en particular” (p. 258), en este sistema “el núcleo (*gist*) no es el daño (*damage*) [...] [el demandante] probará solo el error de conducta y tendrá el acceso a remedios (*remedies*) por la más mínima interferencia al interés protegido” (p. 261). Tomado de: VARUHAS, Jason. The Concept of Vindication in the Law of Torts: rights, interests and damages. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, vol. 34, nro. 2, pp. 253-293.

¹⁴⁵ *ACB v. THOMSON MEDICAL PTE LTD and others* [2017] SGCA 20, [124].

La Corte reconoció un nuevo –en todo caso novedoso– tipo de daño indemnizable: la pérdida de afinidad genética (*loss of genetic affinity*), en el sentido de un quebranto al “chance de tener una estructura familiar de acuerdo con sus aspiraciones”¹⁴⁶. Pues si la apelante deseaba tener dos hijos suyos, con su esposo, la negligencia de los demandados le impidió esto, por lo que el “interés de la apelante de mantener la integridad de sus planes reproductivos en este sentido específico [...] es uno que la ley debe reconocer y proteger”¹⁴⁷.

Se rechazó la idea de establecer un único valor a indemnizar por este tipo de perjuicios (aplicable a este y futuros casos), pues sería contrario al valor individual de la autonomía, y presupondría que “todos los padres están igualmente situados y serían afectados de la misma forma por la ruptura en sus planes reproductivos”¹⁴⁸. El otro argumento que se rechazó fue que se tasaría de acuerdo con los gastos en que los padres incurrieron por el embarazo y nacimiento del nuevo bebé, afirmando que se asemejaría a compensar las obligaciones de crianza propias de la paternidad.

Finalmente, decidió acudir a una suma convencional, ajustándose las circunstancias propias de cada caso, que sería “un porcentaje de los costos financieros de criar a la Bebé P”¹⁴⁹, el cual fijó en el treinta por ciento (30%), afirmando expresamente que “lo anterior no deroga de lo que han dicho sobre como las obligaciones de la paternidad son imposible de ser consideradas por la ley como una pérdida”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Ibidem*, [130].

¹⁴⁷ *Ibidem*, [135].

¹⁴⁸ *Ibidem*, [76].

¹⁴⁹ *Ibidem*, [148].

¹⁵⁰ *Ibidem*, [149].

(iv) *Daños punitivos*

Atendiendo a que algunos de los demandantes no solo responderían por responsabilidad extracontractual –en el que se reconoce por parte del *common law* la existencia de la indemnización de daños punitivos–, sino también por incumplimiento del contrato.

La Corte, parte de analizar algunas de las decisiones de otros países integrantes del *Commonwealth*, encuentra que en Singapur es posible el reconocimiento de estos daños, pues a pesar de que la responsabilidad civil cumple una función compensatoria –no siendo su única–, sino que, además, permite un castigo privado sin necesidad de recurrir al “estigma de una sanción criminal”¹⁵¹. Atendiendo a la deficiencia legislativa en la materia, este tribunal concluye que no le está prohibido a las partes una indemnización por este concepto, incluso si el demandado ya fue condenado en una instancia penal por dicho hecho, además, no se requiere de la prueba del elemento subjetivo del hecho, sea de forma consciente o inconsciente–lo que sería en términos del código civil colombiano de culpa o dolo–. Lo que se requiere en este tipo de casos es de una “conducta indignante”¹⁵² (*outrageous conduct*), que no se presenta en el caso bajo estudio, siendo improcedente una indemnización por daños punitivos.

Por las razones anteriormente expuestas, la Corte solo reconoce la indemnización de perjuicios por la pérdida de afinidad genética en el porcentaje del treinta por ciento (30%) de los gastos financieros de crianza de la menor, denegando una cuantificación de los demás perjuicios que fueron puestos a consideración.

¹⁵¹ *Ibíd*em, [173].

¹⁵² *Ibíd*em, [207].

Algunas implicaciones

Esta decisión trae argumentos bastante interesantes y mucho más refinados que el caso Macfarlane, incluso en cierta medida esta sentencia parece ser una respuesta al razonamiento planteado por la Suprema Corte de Australia, respecto de los gastos de crianza de un menor no deseado, pues la Corte de Apelaciones de Singapur afirma que esta reclamación no es de índole fáctica, sino normativa¹⁵³. Por otro lado, esta decisión desarrolla un nuevo tipo de daño, la pérdida de afinidad genética¹⁵⁴, que parece generar “más preguntas que lo que este responde”¹⁵⁵. Pues no parece lógico, afirman English y Hafeez-Baig, que la demandante haya sufrido este daño cuando la menor sí comparte el material genético de la madre. Además, proponen un ejemplo bastante extremo, si la mujer desea someterse a un procedimiento de fecundación *in vitro* –usando los espermatozoides de un donante que ella ha escogido, pero no es su pareja– y se fecunda con otro material genético, este deseo “¿es un interés digno de protección legal?”¹⁵⁶. Un último asunto que critican estos autores es que al final de cuentas, este nuevo daño, es muy difícil de diferenciarlo de la pérdida de autonomía de los demandantes, pues incluso la Corte afirma que en estos casos –al igual que en los de *wrongful conception*– no se puede afirmar que la pareja “no ha sufrido una disrupción en sus planes reproductivos”¹⁵⁷, siendo posible una indemnización por la pérdida de la autonomía en un evento de *wrongful fertilisation*¹⁵⁸.

¹⁵³ ENGLISH, Jordan y HAFEEZ-BAIG, Jaamae. Recovery of Upkeep Costs, Claims for Loss of Autonomy and Loss of Genetic Affinity: Fertile Ground for Development?. En: *Melbourne University Law Review*, 2018, vol. 48, nro. 3, p. 18.

¹⁵⁴ En el caso *Andrews v. Keltz*, estudiado por la Suprema Corte del Estado de Nueva York, afirmó que los demandantes no podían ser indemnizados en virtud de que estos “fueron privados de la oportunidad de tener un hijo con su propia marca genética”. *Andrews v. Keltz* [2007] 15 Misc. 3d 940, [947].

¹⁵⁵ ENGLISH, Jordan y HAFEEZ-BAIG, Jaamae. Op. Cit., p. 20.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵⁷ *ACB v Thomson Medical Pte Ltd*. Op. Cit., [136].

¹⁵⁸ ENGLISH, Jordan y HAFEEZ-BAIG, Jaamae. Op. Cit., p. 21.

SAP GC 951/2016

Audiencia Provincial de Gran Canaria

La pareja, conformada por Tania y Cecilio, acuden al Instituto Canario de infertilidad con el deseo de comenzar un proceso de reproducción asistida para tener descendencia en común, esto a razón de que, si bien la señora Tania no tenía ningún tipo de impedimento físico para ser madre de forma natural, su esposo Cecilio se había realizado una vasectomía en años anteriores.

En el año 2007 se escoge la técnica de Fecundación In Vitro (IVF) para la situación en concreto de la pareja y ese mismo año se realiza una biopsia testicular para la obtención de espermatozoides del señor Cecilio con el cual posteriormente se fundaría, a través de "microinyección espermática", un ovocito de su esposa previamente extraído mediante punción ovárica; procedimiento a raíz del cual la señora Tania queda embarazada y da a luz a los gemelos Purificación y Edemiro.

Luego de la separación de la pareja, las dudas del señor Cecilio frente a su propia paternidad surgen cuando llega a su conocimiento que los gemelos tienen ambos factores sanguíneo RH negativo, lo cual no podía provenir de la unión del material genético de ambos padres, ya que tanto él como su esposa tienen factor sanguíneo positivo. Dichas dudas igualmente aumentan cuando este recuerda que en el momento en se le practicó la biopsia testicular se le informó que era bastante improbable que sus espermatozoides pudieran fecundar óvulo alguno, pero milagrosamente se hayan fertilizado 2 de estos de manera exitosa.

Al realizar una prueba de paternidad, actuación muy extraña en los casos de embarazo a través de fecundación in vitro, y motivado por la sospecha de una "infidelidad" por parte de su esposa, se descubre que el espermatozoides usado proviene de un donante anónimo y no del señor Cecilio, situación en cual la Señora Tania

no decidió ni consintió ser inseminada de esta manera al igual que no pudo prever de ninguna forma qué características biológicas heredarían sus hijos.

El día que se lleva a cabo el procedimiento, el instituto actúa de forma negligente respecto al control de identificación y trazabilidad del material reproductivo y por un error de numeración y tinta se descongela una muestra seminal de varón desconocido distinto al del señor Cecilio, trayendo como consecuencia un tropiezo en el desarrollo de la actividad contratada, existiendo un incumplimiento contractual imputable a culpa de la entidad.

La Señora Tania Cristina Gutiérrez Campos interpone demanda contra el Instituto Canario de Infertilidad, solicitando la indemnización bajo los conceptos de daños morales a sus hijos, daños materiales a sus hijos, daños morales a título personal e intereses legales respecto a la interposición de la demanda.

Bajo sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia N.º 11 de Las Palmas de Gran Canaria, en la de fecha 27 de marzo de 2013, se estima parcialmente la demanda interpuesta por la Señora Tania y se condena al Instituto Canario de Infertilidad a lo siguiente¹⁵⁹:

1. Abonar a los menores Purificación y Edemiro, hijos de la Señora Tania, la suma de 78 mil euros a cada uno en concepto de daños materiales.
2. Abonar a los menores Purificación y Edemiro, hijos de la Señora Tania, la suma de 39 mil euros a cada uno en concepto de daños morales.
3. Abonar a la Señora Tania, la suma de 9 mil 750 euros en concepto de daños morales.
4. Añadir a todas las sumas anteriores, los intereses legales de la interposición de la demanda.

¹⁵⁹ Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, M.P. Mónica García de Yzaguirre, Resolución No. 226/2016 (SAP GC 951/2016).

La Señora Tania decide apelar la sentencia dictada, y solicita un replanteamiento de la cuantificación que en la misma se hace de los daños morales tanto a los menores como a su persona, tras considerar que “no han sido valorados de forma razonable por el Juzgador y no se han apreciado en su justa medida ni los bienes jurídicos dañados ni la gravedad de los hechos, ni las circunstancias personales de los perjudicados, no logrando con las indemnizaciones fijadas la reparación íntegra del daño”¹⁶⁰.

Razonamiento del tribunal

El segundo fallo, luego de la apelación presentada para valorar nuevamente, tanto los daños morales y materiales como la afectación e impacto que el resultado de la fecundación in vitro contratada le produjo a la Señora Tania, se analizan como consecuencia de la falta de diligencia de la entidad demandada respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales que llevaron a la transferencia de embriones fecundados con semen de varón distinto al de Don Cecilio, y al nacimiento de los gemelos.

La indemnización final se fundamenta resumidamente en 4 pilares:

(i) Nunca hubo consentimiento por parte de la Señora Tania para ser inseminada por un tercero extraño

Posiblemente el principal argumento mediante el cual se pretendió apelar el primer fallo se basa en el hecho de que el juzgador de primera instancia no considera un daño moral especialmente grave para la señora Tania el haber sido sometida sin su consentimiento y total desconocimiento, a un procedimiento de fertilización con espermatozoides de una persona cuya identidad es imposible de

¹⁶⁰ *Ibíd.*

determinar, es por esto que, sostiene que la indemnización concedida no mantiene una proporcionalidad de los derechos de la personalidad que le han sido lesionados, por el contrario, parece más bien simplemente enfocada a reintegrar en su patrimonio el dinero abonado por la prestación del servicio al no haber quedado satisfecha con su resultado; estando esto muy alejado del trasfondo de la problemática.

Se analiza que, el daño producido a la apelante es de extrema relevancia y va muchísimo más allá de las meras molestias o frustraciones de un cumplimiento contractual defectuoso o de inconformidades en el resultado esperado. Se argumenta que, de todos los resultados que la Señora Tania pudo prever siquiera al momento de considerar someterse al procedimiento o aquellos incluso de cómo sería el desarrollo de este, finalmente lo que se produjo no era ni remotamente imaginable para ella, ni mucho menos deseado, tanto así que entre todo lo que se enuncia en el consentimiento informado ni siquiera se contempla la posibilidad de que esto ocurra.

Así mismo, se recurre a otra jurisprudencia del país, como lo son las sentencias STS de 28/3/2005, SAP de León de 20/1/2009, la SAP Cádiz de 3/04/2008, la STS, Sala 1ª, de 30/6/2009 , entre otras, en las cual se tratan problemáticas similares y en las cuales se aborda el cuestionamiento de la correcta o incorrecta actuación médica por parte de la entidad; estas sentencias sólo refuerzan y casi que redireccionan el enfoque de la problemática y traen a colación el análisis respecto a las indemnizaciones por daño moral por la afectación a derechos como la integridad física y el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, con independencia de actuaciones médicas que, como en este caso concreto, fue correcta.

Por otro lado, en circunstancias concretas como estas, si bien la concepción y el nacimiento como tal de los gemelos en realidad si venía respaldada por el consentimiento de los padres, la cuestión trasciende a la aparición de ciertos factores indeseados respecto a las condiciones en las cuales surgieron dicha concepción y nacimiento. Pretender sobrepasar un elemento de un procedimiento médico, y en general cualquiera que se realice, como lo es el consentimiento y la real claridad del desarrollo de este por parte del paciente, lo único que produce es inicio de una cadena de sentimientos de choque y vulnerabilidad irremediable respecto a la proyección futura de los resultados obtenidos, sus expectativas y hasta sus relaciones familiares.

Se establece finalmente que, realmente el consentimiento y la voluntad de los usuarios en este tipo de situaciones adquiere un papel más relevante, si es que es posible darle más relevancia de la que naturalmente ya debería tener; todo esto de cara a la destinación y tratamiento que en este caso pretendían darle a los ovocitos previamente extraídos ya que, como se ha mencionado, dicha destinación se enfocaría exclusivamente en la voluntad de los padres de concebir descendencia en común, por lo tanto, un elemento externo procedente de un manejo descuidado de la voluntad inicial, solo implica un efecto dominó de fallas en lo procedente de ahí en adelante.

(ii) El no conocer la identidad del padre de sus hijos le produce angustia y altos niveles de estrés, aparte del trauma emocional o psicológico que puede implicar para los menores

El Tribunal también se enfoca en entender más a profundidad el padecimiento y la angustia de la Señora Tania derivada del desconocimiento de la identidad del padre de sus hijos, puesto que ella había escogido a quién quería que fuera su padre, y con quien deseaba tener descendencia común, y no se trata de una

simple escogencia de un donante con características deseadas, sino que su elección se basó en quien era su pareja sentimental, con quien había mantenido un vínculo de cariño y cuidado durante mucho tiempo y con quien quería expandir esa unión a un posible bebé, un elemento innegablemente determinante de ese consentimiento y voluntad de ser madre.

Se invoca a favor de la parte apelante la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, y su artículo 7 en el que se establece específicamente que, el niño tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, igualmente se hace mención al artículo 8 que recopila las obligaciones de los Estados Parte para prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer la identidad del niño que se vea ilegalmente privado de alguno de estos elementos¹⁶¹.

Señala igualmente que la importancia de conocer o por lo menos tener algún tipo de entendimiento sobre la propia identidad biológica es tal que la misma Ley de Técnicas de Reproducción asistida 14/2006 de 26 de mayo, declara en su artículo 5.5 que si bien es totalmente viable que existan casos en que la donación de esperma o de gametos sea anónima, manteniéndose en secreto la identidad del donante, aun así reconoce, tanto a las receptoras de esa donación como a los hijos producto de la misma, el derecho a obtener información general sobre cuestiones de identidad genética del donante, esto con el fin de contar con algún tipo de “respaldo” o “control” en supuestos de peligro para la vida del hijo o cuando se presenten secuelas evidentes probablemente provenientes del procedimiento de reproducción asistida al que se somete la mujer.

¹⁶¹ *Ibidem*.

Se concluye respecto a esto que la lesión que se ha producido a los menores a consecuencia del cumplimiento defectuoso del contrato por parte de la entidad demandada tiene un trasfondo mucho más amplio que la simple pérdida de afecto paterno-filial que ha valorado el Juez de primera instancia para fijar la indemnización inicial; realmente los alcances de este incumplimiento se adueñan de la propia identidad y dignidad de los menores, se les imposibilita a los mismos a ejercer su derecho constitucional a investigar la paternidad, al conocimiento de su verdad biológica y herencia genética; es apenas lógico que el general un daño moral y una afectación a este tipo de derechos, se dé paso a una indemnización.

Finalmente, destaca la parte apelante que no se ha valorado correctamente lo que implica, en cuestiones de estrés, el hecho de que la señora Tania no tenga conocimiento de la identidad del padre biológico de sus hijos, y si bien, como ya se mencionó anteriormente, la ley respalda su derecho a obtener información general del donante, esto no justifica y mucho menos atenúa que esa no debería ser su realidad y así mismo no debería ser el camino a considerar, es decir, la Señora Tania no decidió ni consintió en ser inseminada con espermatozoides de un donante anónimo, por lo tanto no debería tener la preocupación de averiguar sobre la identidad genética de este donante, ni la angustia de no haber podido prever qué características biológicas han heredado sus hijos, ni qué enfermedades o padecimientos.

(iii) La motivación para ser madre tenía gran peso en el hecho de que contaría con el apoyo de su pareja y sus hijos siempre tendrían una figura paterna presente.

Aparte de los factores emocionales y psicológicos que acarrea este tipo de casos, se debe tener en cuenta que los daños obedecen de igual manera a razones de carácter económico, las circunstancias de estabilidad y fluidez en la condición económica de los padres quienes serán los responsables de la manutención del menor, si bien siempre puede tratarse de una situación cambiante, influye de manera directa en la consideración de estos respecto a la voluntad de concebir un hijo.

También considera el Tribunal atendible el padecimiento de Señora Tania derivada no solo de toda la problemática ya mencionada por no conocer la identidad del padre de sus hijos, sino que se ata al obstáculo que esto implicó en la escogencia de quién ella quería que fuera un padre presente y responsable para sus hijos, una persona con la cual podía tener un cierto sentido de “tranquilidad” y “solidez” frente a quien sería su compañero y apoyo en el trayecto de la paternidad.

Como consecuencia de la confirmación de que efectivamente los gemelos no eran hijos del Señor Cecilio, la Señora Tania es quien se ha visto obligada en solitario a asumir todos los deberes derivados de la patria potestad, contrario a, como ya lo sabemos, su voluntad expresa de con quien quería compartir dichos deberes. Esta se ha visto en una situación de total unilateralidad frente a las obligaciones de cuidado, la atención, las decisiones esenciales en la vida de los menores, la educación y la crianza de ambos menores como parte de una sociedad y si bien hasta antes del fallo aún contaba con cuotas de alimentos para sus hijos, el giro inesperado del resultado del procedimiento ha implicado un cambio absoluto y una afectación significativa en la vida diaria de la Señora Tania en términos de tiempo y dedicación, teniendo un impacto considerable en su descanso, a su salud mental, su privacidad, su posibilidad de acceso a un empleo y desarrollo profesional.

Considera el tribunal que el tiempo es un “bien inmaterial preciado de la persona, que tiene una existencia finita”¹⁶², por tanto, la posibilidad de tener tiempo para dedicar a uno mismo es muy preciosa. El verse vulnerada la libertad de dedicación e inversión del tiempo libre a sí mismo, es de cierta forma vulnerar la dignidad de la persona.

(v) *A consecuencia de lo sucedido la Señora Tania ha sufrido el rechazo y la atribución por su entorno de un comportamiento desleal.*

La última temática relevante para tratar antes de la decisión es en el argumento a que se hace alusión de que el juzgador no valoró una vez hubo certeza de que los hijos no provenían de la unión genética de la señora Tania y su esposo, este último prosiguió a atribuirle abiertamente una conducta deshonesta y adúltera, acusándola de infidelidad, y si bien las causas de la separación de la pareja fueron muchas otras y era una realidad incluso antes de la prueba de paternidad; las manifestaciones por parte del Señor Cecilio se extendieron a oídos de todas aquellas personas que se encontraban en el entorno de ambos como matrimonio, lo cual afectó la integridad y al honor de la señora Tania, causando un sufrimiento y daño moral obvio, a tal punto que se necesitó tratamiento psicológico para lidiar con esto.

Así mismo también se ha constatado la reacción de rechazo social a la situación creada, es decir, el constante cuestionamiento al momento averiguar quién se suponía que debía ser el padre de los menores en realidad no lo sea y el no tener una respuesta clara o un entendimiento completo de quien es aquel progenitor de sus descendientes hace que lo sufrido por la señora Tania sea categorizado dentro de lo que se considera una conducta moralmente reprochable.

¹⁶² *Ibíd.*

A ello se le añade que incluso con los indicios por parte de la entidad demandada para respaldar y justificar las sospechas de esta conducta ilógica, todas se contraargumentan en el indicio de que una prueba de paternidad y en general un cuestionamiento respecto a la veracidad de un embarazo a través de fecundación in vitro, son conductas bastante inusuales en procedimientos médicos de este calibre y en entidades de gran nombre y trayectoria como lo es el Instituto Canario de Infertilidad, por lo tanto, la decisión de una atribución de responsabilidad y posible indemnización no podía dejarse en manos de una simple situación de desconfianza marital, sino que implicaba la indagación en otros factores de carácter procedimentales y constitucionales.

Por las razones anteriormente expuestas, el tribunal de segunda instancia sección quinta de la audiencia provincial de Las Palmas de Gran Canaria estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Señora Tania Cristina Gutiérrez Campos e igualmente revoca parcialmente la resolución anterior, acordando en su lugar lo siguiente¹⁶³:

- Se condena al Instituto Canario de Infertilidad a que indemnice a cada uno de los menores Purificación y Edemiro en la cantidad de 120 mil Euros, por los daños y perjuicios morales y materiales razonados en la sentencia, más los intereses legales de las expresadas cantidades desde la fecha de la presentación de la demanda inicial del procedimiento y hasta la fecha de la sentencia dictada en la primera instancia.

¹⁶³ *Ibídem.*

- Se condena al Instituto Canario de Infertilidad a que indemnice a la actora, la Señora Tania, por los daños morales razonados en la sentencia en la cantidad de 75 mil Euros; más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de la presentación de la demanda inicial del procedimiento y hasta la fecha de la sentencia dictada en la primera instancia.

Algunas implicaciones

Tras el análisis de la sentencia española, es inevitable no mencionar la figura conocida como “unidad de culpa” y cómo esta tiene una evidente diferenciación, que vale la pena hacer mención, entre el tratamiento a la responsabilidad médica que existe entre España y Colombia –ya que, la regulación civil de estos guarda alguna relación–. Esta figura española determina la existencia de unos principios comunes tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, lo cual permite que sean aplicados en supuestos de confusión entre un sistema de responsabilidad y otro, por lo tanto, en sentencias como esta, al acudir a esta doctrina de culpa surge una cierta comparación con el propio ordenamiento jurídico colombiano, pues de cierta manera se vulnera el principio de no opción –con vigencia en Colombia–, resultando en una acumulación indebida de pretensiones o en una sentencia incongruente por parte del juez. Frente a esto, De las Heras Vives, manifiesta que al existir unas normas positivas que regulan cada sistema de responsabilidad civil, lo ideal es “hacer un uso prudente de las armas procesales”¹⁶⁴, así que, si existe un contrato de por medio, invocar la acción de incumplimiento del contrato.

Por otro lado, es evidente en esta sentencia un reconocimiento de indemnización a los menores por daños y perjuicios, lo que sería equivalente a una acción por *wrongful birth*, que han sido fuertemente criticada desde una perspectiva

¹⁶⁴ De las HERAS VIVES, Luis. Op. Cit., p. 316.

filosófica, pues como indica Heyd, siguiendo a Tedeschi, un menor cuya “calidad de vida miserable, sea inevitable, el padre (o cualquier tercero), por razones lógicas, no puede ser responsable”¹⁶⁵. Pues desde la lógica no tiene sentido que una persona se sienta arrepentida¹⁶⁶ por haber nacido de determinada forma (por ejemplo, tener una mejor genética, padres de una era diferente, poder, etc.), pues si este naciese como a quien desea parecerse, no sería quien es ahora¹⁶⁷, siendo impropcedente una comparación del estado actual y uno anterior, que es un requisito del daño (analizar si existe un detrimento respecto una situación previa).

¹⁶⁵ HEYD, David. Are Wrongful Life Claims Philosophically Valid: a critical analysis of a recent Court decision. En: *Israel Law Review*, 1986, vol. 21, nro. 3-4, p. 576.

¹⁶⁶ Para el autor, el arrepentimiento o la gratitud solo puede predicarse de situaciones posteriores al nacimiento, no respecto de haber nacido. *Ibidem*, p. 579.

¹⁶⁷ Heyd afirma: “Yo no existiría si yo fuera tú” – “I would not exist if I were you”. *Ibidem*, p. 580.

4. Criterios aplicables de la responsabilidad civil médica en casos de *wrongful fertilisation*

Principio de no opción

En Colombia, de acuerdo con Tamayo –posición también sumida por la jurisprudencia–, no es posible acudir indistintamente a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, “entre las mismas partes y para cobrar el mismo daño”¹⁶⁸, lo que se conoce comúnmente con el nombre del ‘principio de no opción’. Siendo una obligación de las partes, y también del juez a la hora de fallar, el fundamentar las pretensiones de acuerdo con los principios de un sistema o del otro, más nunca fusionarlos. A raíz de una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁹, se ha abierto una posibilidad respecto de terceros ajenos al contrato celebrado –es decir, no son deudores ni acreedores contractuales–, que en virtud de un daño derivado de la ejecución de este puedan solicitar indemnización de perjuicios, a partir de lo que podría considerar como un sistema de responsabilidad mixto.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacional, los daños derivados de un procedimiento médico, por regla general, se fundamentan de acuerdo con las máximas de la responsabilidad contractual¹⁷⁰ –a pesar de que se han reconocido

¹⁶⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 137.

¹⁶⁹ En la sentencia de la Sala Civil, SC780-2020, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez, la Corte decidió sobre un caso de daños ocasionados a una pasajera con ocasión de un accidente en un contrato de transporte. Un primer efecto que se dejó sentado es que el principio de no opción es solo vinculante para el juzgador en virtud del concepto *iura novit curia* –el juez conoce el derecho–, mas no para las partes. Y un segundo efecto, es que permite la posibilidad de combinar elementos de ambos regímenes en un solo caso, al afirmar: “la evolución del derecho ha hecho necesaria la intercomunicación e interposición de sus elementos para formar figuras jurídicas nuevas y autónomas [...] no puede clasificarse como subsistema de la responsabilidad contractual ni de la extracontractual, pero que toma y resignifica elementos de ambas instituciones, los cuales deben ser identificados por el juez y probados por las partes para la prosperidad de sus pretensiones o excepciones”.

¹⁷⁰ Esta postura ha sido planteada y defendida en importantes sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 5 de marzo de 1940 M.P. Liborio Escallón, Gaceta Judicial XLIX; sentencia del 26 de noviembre de 1986, M.P. Héctor Gómez Uribe, Gaceta Judicial

escenarios en que se debe acudir a los criterios de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, en casos en que el sujeto no pueda expresar su voluntad¹⁷¹. En los casos de fertilización equivocada (*wrongful fertilisation*)¹⁷², con la posición sentada por la Corte en la sentencia SC780-202, que podría ser aplicable al incumplimiento del contrato de reproducción asistida, podrían presentarse los siguientes escenarios de posición contractual¹⁷³:

- La pareja de forma conjunta suscribe el contrato de prestación de servicios médicos, siendo ambos acreedores de un mismo contrato.
- La mujer suscribe el contrato, por su parte, su pareja no suscribe acuerdo alguno, por lo que la primera es la acreedora contractual, y el segundo sería un tercero.
- La mujer suscribe el contrato, y a su vez su pareja suscribe un acuerdo con el centro médico para la recolección, manipulación y conservación de la muestra espermática. En este escenario ambos son acreedores, pero de diferentes contratos, siendo respectivamente terceros en los contratos en los que no son parte.

Con estos escenarios contractuales, es evidente en el primer evento –merecedor de análisis en este trabajo– la existencia de un acuerdo de voluntades de la pareja con el médico tratante –o incluso con un centro médico– para la realización de este procedimiento, lo que no permite inferir razonablemente que

CLXXXIV; sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Expediente Nro. 5507.

¹⁷¹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002, pp. 72-78.

¹⁷² Es decir, cuando se usa material genético de un tercero donante que las partes no han aceptado que sea usado para su posterior implantación (o inseminación) en la mujer.

¹⁷³ Si bien podría existir un escenario contractual adicional a los tres que se mencionan, en virtud de la estipulación para otro (artículo 1506 del Código Civil), en el que el hombre suscribe el contrato de prestación de servicios médicos, como afirma Tamayo, la acción contractual será ejercida por parte del paciente, pues “necesariamente la prestación se radicará en cabeza del enfermo”. Tomado de: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 118.

se deba acudir a los criterios de la responsabilidad extracontractual, siendo un asunto del ámbito contractual.

Contrato de prestación de servicios médicos

Para el análisis en este campo de la responsabilidad civil –contractual–, presupone la existencia de un contrato, por lo que, al analizar el escenario médico, de acuerdo con la doctrina, deberá existir un contrato de prestación de servicios médicos¹⁷⁴. Este tipo de contrato –que no se encuentra regulado de forma expresa por el Código Civil, sino que se acude principalmente al artículo 2144 de dicho cuerpo normativo, que habla de las profesiones liberales–, de acuerdo con Carlos Ignacio Jaramillo, este se caracterizará por ser: *intuitu personae* –existirán casos en que no–, bilateral, consensual, oneroso –a pesar de que también puede ser gratuito–, conmutativo, de ejecución instantánea –o sucesiva–, de libre discusión –o por adhesión–, y será un contrato sobre todo principal¹⁷⁵.

La existencia de un contrato acarrea el surgimiento de una relación jurídica entre las partes, por lo que se deben analizar una de las consecuencias del acuerdo de voluntades que son las obligaciones¹⁷⁶ –también nacen unos deberes de comportamiento–, y que en estos casos surgen en cabeza del galeno, y frente a un incumplimiento, lo llevarán a responder por los perjuicios ocasionados a sus pacientes.

¹⁷⁴ *Ibíd*em, 154.

¹⁷⁵ *Ibíd*em, pp. 154-192.

¹⁷⁶ Aquel “vínculo jurídico en virtud del cual una persona le puede exigir a otra una prestación de dar, hacer o no hacer”. Definición tomada de VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010, p. 5.

Obligaciones y deberes derivados del contrato

Estas obligaciones pueden ser de dos formas: de medios o de resultados. En el primer evento nos encontramos frente a el compromiso asumido por la parte de ejecutar una conducta de acuerdo con la diligencia que le es exigida, en cambio, en el segundo evento, el deudor no solo debe ejecutar una conducta, sino que promete la obtención de un resultado en específico¹⁷⁷.

Lo que distingue un tipo de obligación a otra, de acuerdo con la posición de Tamayo, es la forma en que el deudor se puede exonerar en caso de que el acreedor alegue un incumplimiento, pues en la de medios podrá probar diligencia y cuidado, mientras que en la de resultado sólo podrá alegar causa extraña o hecho justificativo¹⁷⁸.

Dentro de los diversos tipos de procedimientos médicos, relacionados con la fertilidad, se encuentran los métodos anticonceptivos y tratamientos de infertilidad, el primero con el fin de evitar embarazos¹⁷⁹, y los segundos para la procreación¹⁸⁰, los cuales pueden verse truncados bien sea por “falta de conocimiento, experiencia o destreza”¹⁸¹. Debe señalarse que en la realización de este tipo de intervenciones el galeno no garantiza un resultado sino un alto grado de protección (anticonceptivos) o de fecundación (reproducción asistida), pues existe un riesgo terapéutico, siendo el campo de obligaciones de medios y no de resultados¹⁸². Si el resultado deseado no se alcanza, no implica que el médico se podrá exonerar alegando la existencia de dichos riesgos, pues su

¹⁷⁷ De la HERAS VIVES, Luis. Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2009, nro. 9, p. (315) 316.

¹⁷⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Op. Cit.*, p. 533.

¹⁷⁹ O'TOOLE, Marie T. *Op. Cit.*, p. 431.

¹⁸⁰ *Ibídem*, p. 147.

¹⁸¹ *Ibídem*, p. 1086.

¹⁸² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Op. Cit.* p. 402.

actuar deberá estar enmarcado dentro de la *lex artis*, que conforma la diligencia y cuidado esperada de un médico que realiza este tipo de procedimientos.

Ahora bien, atendiendo a la distinción de las obligaciones anteriormente indicada, y aplicándola en la materia de objeto de estudio –uso de esperma de donante heterólogo en procedimientos de reproducción asistida homólogos–, a pesar de que no se pueda garantizar un embarazo por parte de los médicos o del centro de fertilidad –siendo una obligación de medios–, una de las conductas que deben desplegar estos profesionales de la salud (deudores), consiste en la inseminación de los óvulos de la madre con los espermatozoides de la pareja de esta –donante homólogo–, estando prohibido el uso de material genético proveniente de un tercero ajeno a la relación. Surgiendo, por tanto, en este evento, una obligación de resultado.

Del contrato de prestación de servicios médicos, se derivan también unos deberes de comportamiento del médico, entre los que se destacan: el de información¹⁸³ y el de disponer de materiales e instrumentos apropiados para el procedimiento¹⁸⁴. En el primero, el profesional de la salud suministrará información “equilibrada, razonable y suficiente” que permita al paciente entender los riesgos que “con arreglo a la experiencia ordinaria y a la estadística científica”¹⁸⁵ podrán materializarse en el transcurso del procedimiento o con posterioridad, estando por fuera “lo que rara o remotamente acaece”¹⁸⁶, además, este la deberá suministrar con “sinceridad, lealtad y corrección”¹⁸⁷.

El centro de fertilidad o el médico no podrán dentro del consentimiento informado (suscrito por los pacientes, después de indicárseles los riesgos del procedimiento) modificar las condiciones generales que se han pactado

¹⁸³ *Ibíd*em, 218.

¹⁸⁴ *Ibíd*em, 271.

¹⁸⁵ *Ibíd*em, 236.

¹⁸⁶ *Ibíd*em.

¹⁸⁷ *Ibíd*em.

previamente en el contrato suscrito con la paciente, es por esto que, no se podrá incluir en este punto como un riesgo asociado al procedimiento de reproducción asistida que opte el paciente –por consejo del galeno–, el evento de la fertilización del óvulo de la mujer con espermatozoides de un tercero, pues como se desprende de la segunda sección del primer capítulo (*lex artis*), la ciencia médica no enlista –ni sería posible enlistar– este evento como un riesgo inherente a la fertilización in vitro o a la inseminación artificial.

Respecto del segundo deber, el disponer de materiales e instrumentos apropiados para el procedimiento, no implica que todos los centros de fertilidad o consultorios en que se lleven a cabo estos métodos de reproducción asistida cuenten con los mismos instrumentos de alta tecnología de importantes centros de salud, sino que los que sean usados estén de acuerdo con la *lex artis ad hoc* y los avances científicos¹⁸⁸. Lo que sí es importante en este deber es que no solo se debe tener en cuenta la tecnología de los instrumentos, sino de la forma en que son usados –que incluiría aspectos sanitarios–. Por lo que, el uso de elementos contaminados con otras muestras de espermatozoides (ajenas al donante homólogo)¹⁸⁹, sería un incumplimiento de este deber contractual.

Remedios frente al incumplimiento del contrato

La jurisprudencia ha establecido que, frente al incumplimiento de un contrato de prestación de servicios médicos, no procede el remedio de la resolución o terminación del contrato, pues suspender la ejecución o devolver a las partes a la situación precontractual no es posible, “puesto que, ya ejecutado, es el resultado de su cumplimiento imperfecto el que da lugar a la indemnización de

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 271.

¹⁸⁹ Como se pudo evidenciar en el caso *ACB v Thomson Medical Pte Ltd (Singapur)* existió una contaminación de las muestras suministradas por la pareja de la mujer, al no usar un recipiente descontaminado.

perjuicios”¹⁹⁰. Situación similar sucedería con otros remedios generales, ejecución forzada *in natura* o el pago por equivalente, que presuponen la existencia y exigibilidad de la obligación¹⁹¹, lo que no ocurre en el caso de realizar un procedimiento de reproducción asistida con gametos de un donante heterólogo –tercero–, pues ya se ha realizado la implantación o inseminación (según el caso), siendo imposible exigir la obligación pactada.

Elementos axiológicos de la responsabilidad civil médica

Si bien han existido diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en torno a los elementos que deben acreditarse para una eventual indemnización de perjuicios derivados de un contrato de prestación de servicios médicos, en la sentencia del 5 de marzo de 1940 se sentaron importantes bases para este fin, la cual fue posteriormente analizada y convalidada en la sentencia del 30 de enero de 2001. Esta última indica que en el proceso deberá probarse:

A. Existencia de un contrato válido

En el mismo sentido de la Corte, Tamayo ha sostenido que, la existencia de un contrato válido es un requisito esencial para la responsabilidad contractual¹⁹². Es decir, el contrato del cual se alega un incumplimiento de las obligaciones contraídas no puede ser declarado nulo –bien sea por nulidad absoluta o relativa– o inexistente. En caso de que se produzcan daños durante la ejecución, celebración, con posterioridad o anterioridad a un contrato nulo –también puede incluirse el inexistente–, se deberá

¹⁹⁰ Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, del 26 de noviembre de 1986, M.P. Héctor Gómez Uribe, Gaceta Judicial CLXXXIV.

¹⁹¹ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo. Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito. Bogotá: Temis – IARCE, 2021, p. 303.

¹⁹² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., 68.

acudir a las reglas de la responsabilidad extracontractual con el fin de obtener una indemnización de perjuicios¹⁹³.

B. Inejecución del contrato – Incumplimiento

Como bien se indica por Cárdenas y Reveco¹⁹⁴, en el remedio de la acción indemnizatoria, deberá probarse un incumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratantes. En este mismo sentido Tamayo afirma que, deberá acreditarse “una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas”¹⁹⁵.

Algunos autores han definido el incumplimiento como “una desviación de la conducta desplegada por el deudor respecto de aquella debida en la obligación; incluye la ausencia total de prestación, la prestación defectuosa y el retraso”¹⁹⁶. Gómez Pomar, en un sentido similar, ha entendido que el incumplimiento, en sentido material, se describirse como “cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente”¹⁹⁷.

Pero como se ha indicado por parte de la doctrina y la jurisprudencia, no basta probar la ausencia de la conducta o un despliegue defectuoso de esta –incumplimiento material–, sino que se requiere de un elemento adicional para la configuración de este elemento, y es que este sea imputable al deudor. Lo que significa que “se debe hallar una un reproche

¹⁹³ *Ibíd*em, pp. 70-78.

¹⁹⁴ Si bien hacen referencia al derecho chileno, esta interpretación es acorde con el ordenamiento jurídico colombiano.

¹⁹⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Op. Cit.*, 68.

¹⁹⁶ FLÓREZ PELÁEZ, Juana. El incumplimiento imputable: Estudio a partir de las obligaciones de medios y de resultado. En: *Revista de Derecho Privado*, 2021, nro. 41, p. 23.

¹⁹⁷ GÓMEZ POMAR, Fernando. El incumplimiento contractual en derecho español. En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, nro. 3, p. 7.

jurídico en el actuar del deudor que permita atribuirle las consecuencias de la inejecución”¹⁹⁸. Esto último implica analizar el factor de imputación aplicable, que puede ser subjetivo u objetivo. Dentro del primero encontramos, el dolo y la culpa –artículo 63 del Código Civil–, pero se han encontrado otras¹⁹⁹. En cuanto al segundo, se estaría frente a los sistemas de responsabilidad objetiva que, de acuerdo con Gómez Pomar, “aun sin culpa, el incumplimiento le es imputable a la parte contractual si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y el sujeto”²⁰⁰.

La jurisprudencia ha establecido que, en las obligaciones de medios en los contratos de prestación de servicios médicos, el paciente “en caso de reclamación, deberá probar la culpa del médico”²⁰¹, lo que ha constituido la doctrina de la culpa probada²⁰². Por otro lado, desde la sentencia de 1940, la Corte, reconoce que el médico se puede obligar a la obtención de un determinado resultado –obligación de resultado–, y si este no se logra, el galeno “será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a menos de que este logre acreditar durante el proceso la existencia de una causal de exoneración que pueden ser el “descuido, desobedecimiento o imprudencia de su cliente, sino también las de fuerza mayor y caso fortuito”²⁰³, frente a lo cual la Corte ha entendido que es una presunción de culpa.

Tamayo ha sostenido que, en el evento de obligaciones de resultado, se está frente a un sistema de responsabilidad objetiva –negando la

¹⁹⁸ FLÓREZ PELÁEZ, Juana. Op. Cit., p. 24.

¹⁹⁹ ARAMBURO CALLE, Maximiliano y MORENO GIRALDO, Eduardo. El incumplimiento contractual: comentario desde el derecho colombiano. En: *Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Bogotá: Temis – IARCE, 2021, p. 69.

²⁰⁰ GÓMEZ POMAR, Fernando. Op. Cit., p. 12.

²⁰¹ Sentencia del 5 de marzo de 1940 M.P. Liborio Escallón, Gaceta Judicial XLIX.

²⁰² Sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Expediente Nro. 5507.

²⁰³ Sentencia del 5 de marzo de 1940 M.P. Liborio Escallón, Gaceta Judicial XLIX.

presunción de culpa²⁰⁴, en el que no debe realizarse calificación a título de dolo o culpa de la inejecución de la prestación que debía desplegar el médico, bastando la acreditación del incumplimiento material de la obligación convenida por las partes. Este sistema objetivo impide al deudor alegar como exoneración de responsabilidad el haber actuado con diligencia y cuidado para la obtención del resultado, acudiendo únicamente a la causa extraña o al hecho propio del deudor.

Cárdenas y Reveco acuden a un caso de la jurisprudencia chilena, que permite entender cuando se está frente a un incumplimiento total de la obligación, a pesar de existir un aparente cumplimiento de lo prometido. La Sociedad Agrícola y Forestal Vista El Volcán Limitada –que se dedicaba a la producción y exportación de nueces– celebró un contrato de compraventa de tres toneladas de zinc, con la sociedad Coagra S.A. –dedicada al suministro de insumos para el agro–. Esta última suministró la cantidad acordada, pero “estos no cumplían con lo acordado, pues tenían un porcentaje inadecuado y venenoso de boro”²⁰⁵. Al entregarse una cosa que no es la prometida por parte del deudor, se debe acudir a las reglas del objeto –señalan los autores–, y por tanto es dable concluir que, esta situación “debiese ser un incumplimiento total”²⁰⁶.

La realización de un procedimiento de reproducción asistida utilizando gametos, masculinos o femeninos ajenos a las partes contratantes, para la etapa de fecundación, implicará un evidente incumplimiento total a la obligación de resultado que ha contraído el centro médico o el galeno con sus acreedores, es decir, no se produjo el resultado que fue prometido, a pesar de haber realizado el proceso de fecundación, el material genético del menor no será el que inicialmente la pareja deseaba y creía iba tener.

²⁰⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 420.

²⁰⁵ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo. Op. Cit., p. 63.

²⁰⁶ *Ibidem*.

Frente a esto, el demandado solo tiene como mecanismo de defensa las causales de exoneración “causa extraña o hecho justificativo”, estando vedada la posibilidad de alegar la diligencia y cuidado para la obtención del resultado.

C. Daño

Dentro de las sentencias que se abordaron en el segundo capítulo del presente trabajo, se evidencian algunas formas en que se entienden se manifiesta el daño en los eventos de concepción errónea (*wrongful conception*). En el caso Macfarlane parece sentarse que la vida – concepción y nacimiento– de un menor es el daño²⁰⁷ en virtud del cual se indemnizarán unos perjuicios. Aunque Lord Millet evidentemente se opuso a esta concepción al afirmar que el daño en realidad era la afectación económica sufrida por los padres.

Relacionado con la materia de estudio, casos de fertilización equivocada, la Audiencia Provincial de la Gran Canaria –sentencia del capítulo 2, SAP GC 951/2016–, encontró que los daños sufridos por las partes eran:

- En los hijos:
 - La imposibilidad de acceder a la pensión alimenticia que deberían de haber recibido del señor Cecilio, pareja de la demandante.
 - Afectación en sus derechos inmateriales a la dignidad al no poder conocer a su verdadero padre.

²⁰⁷ House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement, 25 de noviembre de 1999, MACFARLANE and Another, Respondents, v. TAYSIDE HEALTH BOARD, Appellants, [2000] 2 AC 59. Lord Hope of Craighead.

- En la madre:
 - El padecimiento y la angustia de no poder saber quién es el padre de sus hijos.
 - El sufrimiento por el cambio en su estilo de vida, afrontar la crianza de sus hijos ella sola.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Singapur (ACB v Thomson Medical Pte Ltd), se estableció un tipo de daño, novedoso para los ordenamientos jurídicos, y es el de pérdida de afinidad genética, que lo definió como aquel quebranto al “chance de tener una estructura familiar de acuerdo con sus aspiraciones”²⁰⁸. Aunque como señalaron English y Hafeez-Baig, este se termina pareciendo al de pérdida de la autonomía.

De acuerdo con un sector de la doctrina colombiana el daño – jurídicamente hablando– es cualquier “lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial –v.gr. quebranto de un derecho real o personal– o extrapatrimonial –v.gr. menoscabo de un derecho personalísimo–”²⁰⁹. En un sentido más completo, Henao Pérez define este concepto como:

“[T]oda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos”²¹⁰.

²⁰⁸ *Ibíd*em, [130].

²⁰⁹ TERNERA BARRIOS, Luis Fernando y TERNERA BARRIOS, Francisco. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. En: *Opinión Jurídica*, 2008, vol. 7, nro. 13, p. 101.

²¹⁰ HENAO Pérez, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: *Revista de Derecho Privado*, nro. 28, p. 280.

A pesar de que la jurisprudencia contenciosa ha afirmado que “el daño equivale exactamente a perjuicio”²¹¹ y parece que la doctrina no se ha opuesto de forma unánime a esta manifestación, el autor en mención ha indicado que ambos conceptos deben ser diferenciados, pues este siguiendo a Marce Sousse afirma que “existe una diferencia profunda”²¹² entre ambos conceptos. Por lo que, menciona a una sentencia de 1943 de la Corte Suprema de Justicia, que ha definido el perjuicio –distinguiéndolo del daño– como “el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”²¹³.

Si bien en Colombia no se han localizado casos en las Altas Cortes que aborden el tema de la fertilización equivocada (*wrongful fertilisation*), existe un pronunciamiento del Consejo de Estado frente a un caso de concepción errónea (*wrongful conception*), por la falla en la aplicación de un anticonceptivo –Nofertyl– por parte de un centro hospitalario, encontró que el daño producido a la demandante fue una afectación a “la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida”²¹⁴, que es un “querer legítimo individual”²¹⁵. Posteriormente afirma: “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 vida”²¹⁶. Por lo que

²¹¹ Sentencia del Consejo de Estado, del 31 de julio de 1948, *Anales del Consejo de Estado*, T. LVI, p. 167.

²¹² HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado, 1998, p. 77.

²¹³ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, del 13 de diciembre de 1943, M.P. Aníbal Cardozo Gaitán, *Gaceta Judicial* LVI.

²¹⁴ Sentencia Sección Tercera (Subsección B), Consejo de Estado, del 5 de diciembre de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 81001-2331-000-2009-00051-01.

²¹⁵ *Ibídem*.

²¹⁶ *Ibídem*.

parece una contraposición a la tesis planteada en Macfarlane por Lord Hope of Craighead –quien afirma que, el daño es la concepción–.

En esta decisión se rechaza la indemnización de perjuicios materiales derivados del nacimiento del menor –gastos de crianza y los asociados al embarazo y parto–, pues no expresamente rechaza el criterio alemán (*Trennungslehre*) de separación del nacimiento de los gastos de crianza, afirmando que, el único daño susceptible de indemnización es “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”²¹⁷.

De acuerdo con la Corte de Apelaciones de Singapur, en estos eventos el daño se configura por la pérdida de afinidad genética –que de acuerdo con la crítica indicada es en realidad una pérdida de la autonomía–. Ahora bien, de acuerdo con la tesis del Consejo de Estado anteriormente esbozada, es posible reconocer la pérdida de la autonomía en casos de fertilización equivocada (*wrongful conception*) en virtud de que este daño, resulta de la forma en que la pareja decide procrear, no solo en el aspecto temporal –cuando tener hijos– y cuantitativo –número de hijos–, sino con las calidades de estos.

La Constitución colombiana, en su artículo 42, contempla la posibilidad de que la familia no solo se forme por vínculos naturales –consanguinidad–, sino también por vínculos jurídicos –adopción, afinidad o crianza–. Por lo que aquellos que han decidido integrar un nuevo hogar, pueden decidir libremente, de acuerdo con las posibilidades naturales, –sin ningún tipo de coacción– entre tener o no hijos, bien sean de sangre, adoptivos o de crianza. Una irrupción injustificada en esta decisión o en palabras del

²¹⁷ *Ibidem*.

Consejo de Estado “querer legítimo” –ya no de forma individual, sino de la pareja– acarreará unas consecuencias jurídicas desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Dentro de la obligación que pactan las partes respecto de realizar la inseminación o fecundación con gametos que sean propios de la pareja, no pudiendo usarse el de terceros, se encuentra una protección tácita – por parte del ordenamiento jurídico como del objeto del contrato– al interés legítimo de la pareja a conservar una estructura familiar con su misma calidad genética.

D. Nexo de causalidad adecuada

Un último elemento que exigía la jurisprudencia para la procedencia de una condena en materia de responsabilidad civil médica es la existencia de un nexo causal entre “el comportamiento del médico y del daño sufrido por el paciente”²¹⁸. Ahora esta posición parece estar comprometida por la reciente decisión de la Corte en la sentencia SC720 de 2020, en la que se afirmó: “la ‘relación causal’ entre el daño y el incumplimiento resulta absolutamente innecesaria, dado que se trata de una calificación a priori de la obligación. El incumplimiento del contrato hace presumir que los perjuicios previsibles o pactados derivan de dicho incumplimiento, sin que se requieran mayores elucubraciones o pruebas”²¹⁹.

Si bien en esta decisión se sigue con la línea de tratar indistintamente los conceptos de daño y perjuicio, es posible deducir, que el daño de un contrato es la infracción al interés que tenía el acreedor con el

²¹⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Expediente Nro. 5507

²¹⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC780-2020, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

cumplimiento de las obligaciones pactadas, es por esto que, se torna innecesario (e incluso difícil) realizar un análisis de causalidad entre la inejecución –total o defectuosa– y la pérdida de la autonomía, pues en los contratos de reproducción asistida con donante homólogo, el daño no es más que la violación al “querer legítimo” de la pareja de conformar una familia con el material genético que esta desea, es decir, sean hijos de su propia sangre, lo que equivaldría al incumplimiento de lo pactado.

5. Conclusiones

Después de un análisis de la forma en que se deben realizar estos procedimientos de reproducción asistida, las decisiones de otras jurisdicciones por *wrongful conception* y *wrongful fertilisation*, y los criterios de responsabilidad civil médica aplicable a estos casos, se concluye lo siguiente:

En cualquier procedimiento médico, especialmente conceptivos y anticonceptivos, pueden presentarse diversas fallas –consecuencias no favorables–, en los que no solo se causan daños en la integridad física a los pacientes, sino también en sus derechos.

La regulación legal en Colombia y en otros países (Inglaterra, Australia, Singapur y España) para declarar responsable a un médico o centro de fertilidad –a excepción de Australia que posteriormente al fallo *Cattanach v Melchior*, reguló de forma más específica el asunto–, es deficiente, por lo que los tribunales han acudido a los criterios generales de responsabilidad civil de sus ordenamientos.

A pesar de que no siempre fue considerado de esta forma, es aceptado por la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, de que las pretensiones indemnizatorias de perjuicios por daños derivados de cualquier procedimiento médico, por regla general se deben resolver conforme a los principios y normas de la responsabilidad contractual.

Los criterios axiológicos para una pretensión de responsabilidad civil contractual en Colombia, en materia médica, se reducen a cuatro elementos: existencia del contrato de prestación de servicios médicos, incumplimiento o inexecución de las obligaciones contraídas y daño. A pesar de que el nexo causal se ha considerado como un elemento importante, desde la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC720-2020, se han sentado las bases para excluir este análisis del campo de la responsabilidad contractual.

Evidentemente, la obligación del médico o centro de fertilidad respecto de los procedimientos de reproducción asistida homóloga se compone de varias obligaciones, pero la conducta del galeno de fecundar los gametos de la pareja de la mujer, y no con los de un tercero, es de resultado, por lo tanto, su análisis se hace desde una óptica de imputación objetiva –prescindiendo de la culpa–.

La decisión de 2016 del Consejo de Estado, Sección Tercera, que decide sobre un caso de *wrongful conception*, que es posible aplicarla en casos de *wrongful fertilisation* –por cierta similitud que guardan las pretensiones en ambos casos–, no se consideró a la vida como un daño –situación diferente en otros países–, sino que en estos casos hay una afectación a la voluntad reproductiva de la mujer –también de la pareja–. A pesar de esto, este tribunal no reconoce perjuicios materiales derivados de este daño.

Reflexiones para una regulación en la materia

A pesar de que en estos eventos se acude a conceptos médicos, especialmente de la *lex artis* –las personas conciben la responsabilidad médica como un campo alejado del mundo jurídico–, los análisis que se han hecho en las sentencias por *wrongful conception* y *wrongful fertilisation*, han abordado cuestiones de índole legal de una forma más prolija, que de lo que ha establecido la ciencia médica en estos escenarios litigiosos.

El legislador colombiano, no parece muy ajeno a la concepción del común de los ciudadanos anteriormente mencionada, pues no se ha preocupado una apropiada regulación del contrato médico, ni de la responsabilidad civil que se pueden derivar de los incumplimientos de las obligaciones contraídas, lo que suscita muchos problemas de seguridad jurídica, al dejar la gran mayoría de decisiones al arbitrio judicial.

Atendiendo a lo realizado por algunos estados en Australia, al regular específicamente los perjuicios derivados de los daños que surgen con ocasión de los procedimientos médicos anticonceptivos, podría el legislador siguiendo cuestiones de política pública, la forma en que las víctimas pueden o no ser resarcidas. Pues es evidente que, el juez no puede fallar fuera de criterios legales.

Bibliografía

Doctrina

A. ALDROCANDI y D. GALVAO DE FRANÇA. A reprodução humana assistida e as relações de parentesco. En: *Revista Jurídica Consulex*, nro. 7, 2002, p. 35. Citado en: PISETTA CECCHINI, Francieli. Inseminación artificial y fecundación in vitro homólogas post mortem: la filiación y la sucesión según la ley brasileña. En: *Foro, Nueva Época*, 2016, vol. 19, nro. 1.

ARAMBURO CALLE, Maximiliano y MORENO GIRALDO, Eduardo. El incumplimiento contractual: comentario desde el derecho colombiano. En: *Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Bogotá: Temis – IARCE, 2021, p. 69.

BELAISCH, J., KREMER, I., STEENO, O. y PAULSON J. Insemination techniques. En: *Homologous Artificial Insemination (AIH)*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1980.

BIRGITTA ELSTE, Sandra. Analysis of common law judgements in regards of “wrongful birth” cases. En: *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, 2006, vol. 2, nro. 4.

BOURNE, Harold, ARCHER, Janell, EDGAR, David H. y GORDON BAKER, H.W. Sperm Preparation Techniques. En: *Textbook of Assisted Reproductive Technologies: laboratory and clinical perspectives*. Londres: Informa UK, 2009.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo. Remedios contractuales: cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito. Bogotá: Temis – IARCE, 2021.

CURSI, Maria Floriana. Daño y responsabilidad extracontractual en la historia del derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

De la HERAS VIVES, Luis. Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2009, nro. 9.

ENGLISH, Jordan y HAFEEZ-BAIG, Jaamae. Recovery of Upkeep Costs, Claims for Loss of Autonomy and Loss of Genetic Affinity: Fertile Ground for Development?. En: *Melbourne University Law Review*, 2018, vol. 48, nro. 3.

ESHRE. ART Fact Sheet January 2022. ESHRE [página web]. (enero, 2022). [Consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.eshre.eu/Europe/Factsheets-and-infographics>>.

FERNÁNDEZ, Jonan 2008, Citado por PARIS ALBERT, Sonia. Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz. En: *Eikasia: revista de filosofía*. Oviedo: Eikasia Ediciones, 2013, vol. 1, nro. 50.

FLÓREZ PELÁEZ, Juana. El incumplimiento imputable: Estudio a partir de las obligaciones de medios y de resultado. En: *Revista de Derecho Privado*, 2021, nro. 41.

FOX, Dov. Reproductive Negligence. En: *Columbia Law Review*, 2017, vol. 117, nro. 1.

GARNER, Bryan A. Black's law dictionary. 9 ed. St. Paul, MN: West, 2009, p. 251.

Genival Veloso de França. Medicina Legal. Río de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, 6 ed.

GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA DE MÉXICO. Inseminación artificial homóloga. En: *Ginecología y Obstetricia de México*, 2011, vol. 79, nro. 11.

GÓMEZ POMAR, Fernando. El incumplimiento contractual en derecho español. En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, nro. 3.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2020, nro. 23.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado, 1998.

HENAO Pérez, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: *Revista de Derecho Privado*, nro. 28.

HEYD, David. Are “wrongful life” claims philosophically valid? A critical analysis of a recent court decision. En: *Israel Law Review*, 1986, vol. 21, nro. 3-4.

HOFFMAN, Barbara, et al. Técnicas de reproducción asistida. En: *Williams Ginecología* [en línea]. 4a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2020 [consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=2974&sectionid=250481631>>.

HOYANO, Laura Christine. *McFarlane v. Tayside Health Board and Cattnach v. Melchior*. En: *Landmark Cases in Medical Law*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

ICMART. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies world report: assisted reproductive technology, 2005.

ICMART. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies world report: assisted reproductive technology, 2014.

ICMART. World collaborative report on in vitro fertilization, 2000.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002, pp. 72-78.

KLEINFELD, Joshua. Tort Law and in vitro Fertilization: The Need for Legal Recognition of "Procreative Injury". En: *The Yale Journal*, 2005, vol. 115, nro. 1, pp. 237-245.

LAVERDE CORREDOR, Karen Liliana. De la irresponsabilidad médica a su total dinamismo. Bogotá: Ibáñez, 2019.

LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora y SUSANA PONTI, Mirta. El relativismo del distingo actual entre responsabilidad contractual y extracontractual. En: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 1 ed. 2021, Madrid: Boletín Oficial del Estado, vol. VI.

MICHALAKIS, Konstantinos G.; DECHERNEY, Alan H. y PENZIAS, Alan S. Tecnologías de reproducción asistida: fertilización in vitro y técnicas relacionadas. En: *Diagnóstico y tratamiento ginecoobstétricos* [en línea]. 12a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2021 [consultado el 5, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=3087&sectionid=266607089>>.

MOJER, Mario. La Ley de las Doce Tablas. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 1994.

MOSBY. Mosby's dictionary of medicine, nursing & health professions. St. Louis: Elsevier Inc, 2013.

O'TOOLE, Marie T. Mosby's dictionary of medicine, nursing & health professions. 9 ed. St. Louis, Mo: Elsevier/Mosby, 2013.

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

Organización Mundial de la Salud (OMS). Clasificación Internacional de Enfermedades, 11ª revisión (CIE-11) Ginebra: OMS, 2018.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Esterilidad. Organización Mundial de la Salud [página web]. (14, septiembre, 2020). [Consultado el 6, agosto, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. WHO Laboratory Manual for the Examination of Human Semen and Sperm–Cervical Mucus Interaction. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.

PÁEZ, Gustavo. Aspectos clínicos de la inseminación homóloga: ¿Es actualmente una técnica eficaz?. En: *Persona y Bioética*, 2011, vol. 15, nro. 1.

PIZARRO WILSON, Carlos. La responsabilidad médica. Bogotá: Ibáñez, 2018, p. 87.

POWIS SMITH, John Merlin. The origins and history of Hebrew law. Chicago: The University of Chicago, 1931.

POWIS SMITH, John Merlin. The origins and history of Hebrew law. Chicago: The University of Chicago, 1931.

ROWELL, Paula y BRAUDE, Peter. Assisted Conception: I. General Principles. En: *BMJ*, 2003, vol. 327, nro. 799.

ROWLANDS, Sam; SURJAN, Mark-Alexander y COOKE, Matthew. A risk management approach to the design of contraceptive implants, *Family Planning and Reproductive Health Care*, vol. 36, nro. 4.

SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3 ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida. Madrid, s.f.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, t. I. Bogotá: Legis, 2007.

TERNERA BARRIOS, Luis Fernando y TERNERA BARRIOS, Francisco. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. En: *Opinión Jurídica*, 2008, vol. 7, nro. 13.

VARUHAS, Jason. The Concept of Vindication in the Law of Torts: rights, interests and damages. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, vol. 34, nro. 2.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Temis, 2010.

WACKE, Andreas. Casum sentit dominus: Liability for accidental damages in Roman and modern German law of property and obligation, En: Journal of South African Law, 1987, vol. 1987, nro. 3.

WACKE, Andreas. Casum sentit dominus: Liability for accidental damages in Roman and modern German law of property and obligation, En: Journal of South African Law, 1987, vol. 1987, nro. 3.

WATSON, Alan. The Digest of Justinian. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1998, vol. IV.

Jurisprudencia

ACB v. THOMSON MEDICAL PTE LTD and others [2017] SGCA 20, [31].

Andrews v. Keltz [2007] 15 Misc. 3d 940, [947].

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, M.P. Mónica García de Yzaguirre, Resolución No. 226/2016 (SAP GC 951/2016).

Corte de Apelaciones de Bolduque, 28 de agosto de 2008, Caso No. C200501345, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB2385.

High Court of Australia, 16 de julio de 2003, STEPHEN ALFRED CATTANACH & Another, Appellants, v. KERRY ANNE MELCHOIR & Another, Respondents, [2003] HCA 38, B22/2002.

Sentencia Corte Constitucional C-313 de 2014.

Sentencia Corte Constitucional T-274 de 2015.

Sentencia Corte Constitucional T-377 de 2018.

Sentencia Corte Constitucional T-528 de 2014.

Sentencia Corte Constitucional T-644 de 2010.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, del 13 de diciembre de 1943, M.P. Aníbal Cardozo Gaitán, Gaceta Judicial LVI.

Sentencia de la Sala Civil, SC780-2020, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Sentencia del Consejo de Estado, del 31 de julio de 1948, *Anales del Consejo de Estado*, T. LVI, p. 167.

Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia del 26 de noviembre de 1986, M.P. Héctor Gómez Uribe, Gaceta Judicial CLXXXIV.

Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Expediente Nro. 5507.

Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1940 M.P. Liborio Escallón, Gaceta Judicial XLIX.

Sentencia Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namén Vargas, Rad. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Sentencia Sección Tercera (Subsección B), Consejo de Estado, del 5 de diciembre de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 81001-2331-000-2009-00051-01.

Supreme Court of the State of New York, 7 de marzo de 2007, NANCY ANDREWS et al., Plaintiffs, v. MARTIN KELTZ, M.D., et al., Defendants, 15 Misc. 3d 940 (N.Y. Misc. 2007).