

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR WRONGFUL CONCEPTION. SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

### *Liability of the State for Wrongful Conception. Its Application in the Mexican Legal System*

Miguel Ángel VELOZ ROMO\*

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v13i26.500>

#### Sumario:

I. Introducción II. Wrongful conception. Su aplicación en el Derecho Comparado III. Supuestos para la procedencia de wrongful conception. Mala praxis médica IV. Responsabilidad patrimonial del Estado en México por servicios médicos: ¿es posible demandar por wrongful conception? V. Conclusiones VI. Fuentes de consulta.

**Resumen:** La responsabilidad del Estado por la actuación de sus funcionarios, poco a poco se ha ido expandiendo a todos los ámbitos públicos, e inclusive, empieza a considerar actos que trascienden en el proyecto de vida de los gobernados, generando una afectación que se prolonga en el tiempo; en algunos países, se han presentado demandas en contra del Estado por el nacimiento de un hijo que no se deseaba tener, cuando su nacimiento deriva de una actuación médica deficiente en un proceso de esterilización, anticoncepción o interrupción voluntaria del embarazo, surgiendo lo que se ha denominado **wrongful conception**. El presente trabajo tiene como finalidad analizar si en México, con base en los parámetros establecidos en la Constitución y leyes reglamentarias para la responsabilidad patrimonial del Estado, obtener una indemnización por **wrongful conception**, partiendo del supuesto de la existencia de una deficiente prestación del servicio médico, que vulnera entre otros derechos humanos, el libre desarrollo de la personalidad, al afectar la libertad reproductiva.

**Palabras clave:** Responsabilidad del Estado, **wrongful conception**, libre desarrollo de la personalidad, libertad reproductiva.

**Abstract:** The responsibility of the State for the actions of its officials, little by little, has been expanding to all public spheres, and even begins to consider acts that transcend the life project of the governed, generating an affectation that lasts in the future time; In some countries, lawsuits have been filed against the State for the birth of a child that was not wanted, when its birth derives from deficient medical action in a process of sterilization, contraception or voluntary termination of pregnancy, resulting in what is has called wrongful conception.

\*Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, dentro del Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) de la región centro occidente de la ANUIES. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores del CONAHCyT Nivel I. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8369-0032>. Correo: [angel.veloz@edu.uaa.mx](mailto:angel.veloz@edu.uaa.mx).

*The purpose of this work is to analyze whether in Mexico, based on the parameters established in the Constitution and regulatory laws for the patrimonial responsibility of the State, to obtain compensation for wrongful conception, based on the assumption of a deficient provision of the medical service, which violates, among other human rights, the free development of personality and reproductive self-determination.*

**Keywords:** *Responsibility of the State, wrongful conception, free development of personality, reproductive self-determination..*

## 1. Introducción

Las actuaciones de los profesionales de la salud, ya sea en el ámbito particular o mediante la prestación de un servicio público, se han ido ampliando con el paso del tiempo, hasta alcanzar hoy al nacimiento de un ser humano<sup>1</sup>. Así se le considera que es posible reclamar el resarcimiento de un daño patrimonial causado a los padres por el simple hecho de que haya ocurrido el nacimiento de un hijo; o inclusive requerir los daños patrimoniales y morales causados al propio ser humano que nace, cuando en su vida este tendrá condiciones diferentes a los demás, que no le permitirán un desarrollo normal.

Las reclamaciones de este tipo de daños se han entablado en el derecho comparado a través de tres figuras: 1) *wrongful conception*, cuando se considera que existió un actuar indebido por parte del personal médico, que no impidió un nacimiento no deseado o que no habían planeado tener, independientemente de que se encuentre en óptimas condiciones de salud<sup>2</sup>; 2) *wrongful birth*, cuando los padres o algunos terceros legitimados reclaman los daños derivados del nacimiento de un niño con malformaciones o enfermedades congénitas<sup>3</sup>; 3) *wrongful life*, cuando es directamente el niño, quien reclama los daños, los cuales resultan ser consecuencia de sus malformaciones o enfermedades congénitas, que se pudieron evitarse si se hubiera podido ejercer de manera negativa la libertad de procreación o realizado la efectiva interrupción del embarazo<sup>4</sup>.

La primera de las tres figuras señaladas es la que ha sido mayormente aceptada por los Tribunales, pues el nacimiento de un niño que no se deseaba tener, sí puede vincularse de manera directa a la actuación negligente del personal médico, cuando no se practica de forma adecuada un procedimiento de esterilización o anticoncepción, se realiza de modo negligente un aborto, o este no se practica por decisión del profesional de la salud, argumentando una objeción de conciencia.

---

1 De conformidad con la teoría francesa de los hechos y actos jurídicos que se aplica en el orden jurídico mexicano, el nacimiento de una persona es considerado un hecho jurídico, al tratarse de un fenómeno de la naturaleza que el Derecho toma en cuenta para atribuirle consecuencias.

2 Miranda Acuña, Johan Ricardo, *Responsabilidad patrimonial por wrongful conception, wrongful birth y wrongful life*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2019, p. 39.

3 *Ibidem*, p. 65.

4 *Ibidem*, pp. 65-66.

En México según lo han establecido los Tribunales a través de la jurisprudencia, existen dos figuras que resultan trascendentales para determinar una responsabilidad médica: la denominada *lex artics*, la cual no es otra cosa que un conjunto de normas o criterios valorativos que el médico debe aplicar teniendo como base sus conocimientos, habilidades y destrezas<sup>5</sup>, y el consentimiento informado, entendido como el derecho del paciente a otorgar o no su consentimiento válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos<sup>6</sup>.

Lo anterior permite plantear, si en el sistema jurídico mexicano, el incumpliendo por parte de un profesional de la salud pública en la práctica de un procedimiento de esterilización, anticoncepción o interrupción voluntaria del embarazo; o la omisión en proporcionar de manera adecuada o suficiente la información en cuanto a las características de este procedimiento; o los riesgos que se pueden llegar a causar al practicarlo, configuran una responsabilidad patrimonial del Estado que se traduzca en el pago del daño moral y patrimonial que produce el nacimiento de un hijo no deseado, a través del trasplante legal de la figura denominada en el derecho comparado como *wrongful conception*.

## II. *Wrongful conception*. Su aplicación en el Derecho Comparado

El tema de la responsabilidad civil siempre ha ido de la mano con la necesidad de resarcir el daño material causado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban, y en caso de no ser posible, con el pago de una equivalencia económica, una vez que se determine su valor en dinero. Así mismo se ha reconocido que, en ciertos casos, puede existir un daño inmaterial o también llamado moral el cual, a diferencia de los daños materiales o patrimoniales, no puede desaparecer, por lo que su autor sólo podrá resarcirlo al otorgar una compensación económica en dinero. Para la procedencia de este resarcimiento, es indispensable que se demuestre la existencia del daño, lo cual dependerá del tipo que se trate, pues en ocasiones puede ser perceptible por los sentidos, y en otras, es indispensable que una persona especializada sea quien, a través de estudios que realice, concluya que realmente existe.

Los avances científicos y tecnológicos aplicados en el área médica generaron que en el siglo XX se presentaran reclamaciones por responsabilidad civil, en donde el hecho considerado como determinante del daño lo era el nacimiento de una persona; así es como surge la figura denominada *wrongful conception*. Esta es entendida como una acción de responsabilidad que tiene como base, el nacimiento de un ser humano, en donde uno o ambos padres demandan con la finalidad de lograr el resarcimiento de los daños que generó el nacimiento de su hijo, el cual aunque se encuentra sano, no era de-

<sup>5</sup> Tesis I.4O.A.91 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.3, octubre de 2013, p. 1891, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/1PZsMHYBN\\_4klb4HWsCi/%22Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20Arbitraje%20M%C3%A9dico%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/1PZsMHYBN_4klb4HWsCi/%22Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20Arbitraje%20M%C3%A9dico%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

<sup>6</sup> Tesis 1A. XLIII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.1, agosto de 2012, p. 478, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/\\_f6g8YYBAeINReW6jU05/%22Consentimiento%20informado%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/_f6g8YYBAeINReW6jU05/%22Consentimiento%20informado%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

seado<sup>7</sup>; es posible distinguir dos hipótesis para esta figura: 1) se produce la concepción y nacimiento del menor sano física y psicológicamente, pero producto de una falla de método anticonceptivo aplicado por los padres sin intervención médica; 2) se acude a un tratamiento de esterilización con un médico para impedir la concepción, y aún con los procedimientos, se produce, lo que implica que no ha funcionado<sup>8</sup>.

Es en esta última hipótesis donde se ubica el *wrongful conception*, en tanto que posee un supuesto que se enfoca en la existencia de una negligencia de carácter médico, que podría presentarse al practicar un procedimiento quirúrgico de esterilización, prescribir o aplicar un método anticonceptivo ineficaz, practicar de manera indebida un aborto o, no detectar un embarazo dentro de término en que legalmente se puede practicar el aborto.

Aún y cuando en la actualidad existen factores como el reconocimiento de derechos vinculados con la decisión de procrear, que han favorecido su reconocimiento, históricamente no fue fácil lograr que las reclamaciones por *wrongful conception* se aceptaran por los Tribunales, sobre todo si se toma en cuenta que la discusión inicial tenía como punto de partida el considerar que el nacimiento de una persona era la causa del daño. Por ello, se hará una breve referencia a los casos que en el derecho comparado fueron dando la pauta para reconocer, el derecho que tiene los padres a demandar el pago de los daños que implica la manutención de un hijo no deseado, así como de los argumentos principales de quienes tienen una postura en contra de la figura.

## 1. Estados Unidos de América

El país en que se presentaron las primeras reclamaciones de lo que hoy se conoce como *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life* fue: Estados Unidos de América. En donde, derivado de su conformación como estado federado, así como la independencia que poseen cada uno de sus estados en el aspecto legislativo y jurisdiccional, ha generado diversos criterios que poco a poco se han ido unificando; sin embargo, para los fines de este trabajo, se hará referencia sólo a los casos que se consideran significativos para justificar la figura del *wrongful conception*.

El primer caso trascendental se presentó en 1934 a través de *Christensen vs. Thornby*, donde la Corte Suprema de Minnesota absolvió a un médico que practicó de manera negligente una vasectomía que había recomendado, a fin de evitar los riesgos que podía conllevar el embarazo para la mujer. El argumento central para negar la indemnización fue que, el embarazo no había causado ningún daño a la esposa del demandante, sino que había sido bendecido con la paternidad de otro hijo<sup>9</sup>. En 1961 se presentó el

---

7 Fernández Muñoz, Mónica Lucía, “La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia”, *Revista IUSTA*, núm. 54, enero-junio 2021, p. 19, disponible en: <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>.

8 Moncada Miranda, Alexis *et al*, “Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 1, 2015, p. 21, disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/arto2.pdf>.

9 Munita Marambio, Renzo, “Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las Wrongful Actions)”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 36, julio 2017, pp. 102-103,

caso *Griswold vs. Connecticut*, derivado del arresto de *Destelle Griswold*, quien junto a su esposo: el ginecólogo C. Lee Buxton, tenían una clínica de control natal y se dedicaban a asesorar a matrimonios sobre el uso de anticonceptivos. En este proceso, la Corte declaró inconstitucional una ley del Estado de Connecticut de 1879, que criminalizaba a los matrimonios que empleaban métodos anticonceptivos, argumentando que estaba en contra del derecho a la privacidad del marido y la mujer<sup>10</sup>.

Posteriormente en 1967 con el caso *Custodio vs. Bauer*, se cambió el criterio establecido en *Christensen vs. Thornby*. Así el proceso implicó la demanda en contra de un ginecólogo que, por impericia médica, no ligo de manera adecuada las trompas de Falopio de una mujer, generando la concepción de un décimo hijo, el cual ya no podía ser considerado una bendición. Esto permitió que la acción fuera admitida pero además, generó una condena que implicó el pago de una reparación integral que incluía los costos de crianza, los cuales se consideraron no en base al nacimiento de un hijo no deseado, sino a las necesidades económicas de la familia por la llegada del nuevo integrante<sup>11</sup>.

Finalmente, un suceso que cambió el rumbo de las demandas por *wrongful conception* en Estados Unidos de América fue una sentencia dictada en 1973. En el caso *Roe vs. Wade*<sup>12</sup>, mediante el cual se reconoció el derecho universal para practicar un aborto, anulando de manera inmediata todas las legislaciones estatales que lo prohibían<sup>13</sup>, con la finalidad de hacer posible que las mujeres de los distintos niveles socioeconómicos pudieran obtener un aborto legal y seguro<sup>14</sup>.

## 2. Reino Unido

Los primeros asuntos que se presentaron en las cortes inglesas datan de los años setenta del siglo XX, siendo dos en concreto los que encajan con la figura *wrongful conception*: el caso *Sciuriaga vs. Powell* que tuvo como base el nacimiento de un niño sano derivado de una práctica negligente en un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. La resolución de este conflicto terminó en condena de pago de daños materiales y personales relacionados con el nacimiento del niño. El otro caso es el de *Thanke vs. Maurice*, en el que el Tribunal Supremo concede el pago de gastos relativos al mante-

---

disponible en: [https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ36\\_97.pdf](https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ36_97.pdf) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

<sup>10</sup> Ríos García, Oscar Leonardo, “De Griswold a Dobbs: breve recorrido de los precedentes estadounidenses en materia de aborto”, *Revista Nexos*, 27 de junio de 2022, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/de-griswold-a-dobbs-breve-recorrido-de-los-precedentes-estadounidenses-en-materia-de-aborto/> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

<sup>11</sup> Medina, Graciela y Winograd, Carolina, “*Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy*. Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa”, en Medina, Graciela (coord.), *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, Rbinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 432.

<sup>12</sup> Tiene como base la demanda presentada por la imposibilidad existente en las leyes del Estado de Texas para abortar, ya que sólo se consideraba como supuesto permitido el que la madre se encontrara en peligro.

<sup>13</sup> La Corte Suprema de Estados Unidos dio un cambio al criterio establecido con una resolución dictada el 24 de junio del 2022, mediante el cual, si bien se sigue reconociendo el derecho a practicar un aborto, se deja a la libertad de cada estado el regular este derecho como mejor lo decida.

<sup>14</sup> Driscoll de Alvarado, Bárbara, *La controversia del aborto en Estados Unidos, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2005, p. 91.

nimiento de un niño sano que nació como consecuencia de una vasectomía practicada negligentemente<sup>15</sup>.

Con posterioridad se presentaron más demandas, pero el criterio de los tribunales cambió, pues si bien es cierto se condenaba al pago de daños, éstos ya no tienen como base el nacimiento de un niño sano no deseado, como ocurrió con el caso *Thanke vs. Maurice*. De esta forma, la tendencia posterior fue rechazar el pago de los costos de mantenimiento del niño; ejemplo de ello son los siguientes casos: en *McFarlane vs. Tayside Health Board*, derivado de una vasectomía negligente; la Cámara de los Lores concedió sólo los daños patrimoniales relativos al embarazo y parto. La Corte de Apelaciones, en *Parkinson vs. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*, derivado de un procedimiento negligente de esterilización practicado por un establecimiento de salud, otorgó una indemnización por los gastos del embarazo, así como por gastos derivados de la incapacidad con la que nació el menor, pero no condeno a pago alguno derivado del mantenimiento del niño. En *Rees vs. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, la Cámara de los Lores otorgó sólo una indemnización por negligencia y costos de embarazo, a una mujer que, a pesar de haberse sometido a un procedimiento de esterilización, a fin de evitar tener hijos con los problemas visuales que ella padecía, quedó embarazada de un hijo sano, pero la mencionada Cámara se negó a otorgar el pago de gastos por el sostenimiento del hijo<sup>16</sup>.

### 3. Francia

En el caso de Francia, lo que ha determinado la posibilidad de una indemnización para asuntos relativos al nacimiento de una persona, lo es el estado de salud del niño. En este sentido, se posee un criterio unánime de rechazo al pago de indemnización por el sólo hecho del nacimiento. Ejemplo claro de esto, lo tenemos en la sentencia dictada el 2 de julio de 1982 por el Consejo de Estado, al establecer que el nacimiento de un niño por intervención médica ineficaz no genera perjuicios, así como en la sentencia dictada el 25 de junio de 1991 por la Corte de Casación, en el que se utilizó el mismo criterio<sup>17</sup>.

El único caso en que se determinó una responsabilidad médica que se podría ubicar en la figura del *wrongful conception*, deriva de un procedimiento de esterilización ineficaz en el que el hijo nació con malformaciones físicas, y donde la Corte de Casación determinó el pago de una indemnización a la madre por los perjuicios físicos, psicológicos y costos económicos extraordinarios derivados de la incapacidad<sup>18</sup>.

De manera expresa en Francia se reconoce sólo la figura del *wrongful birth*, derivado de diversas discusiones que se dieron a partir de la sentencia conocida como *Perruche*, y que generaron la creación el 4 de marzo de 2002, la Ley 303 que establece, entre otras cosas, los derechos de los pacientes<sup>19</sup>. El caso tuvo como base la demanda

---

15 Miranda Acuña, Johan Ricardo, *op. cit.*, pp. 151-153.

16 Munita Marambio, Renzo, *op. cit.*, pp. 111-112.

17 Miranda Acuña, Johan Ricardo, *op. cit.*, pp. 160-161.

18 *Ibidem*, p. 161.

19 El artículo 1º fracción I de la Ley establece que “Nadie puede prevalerse de un perjuicio derivado del solo hecho de su nacimiento. La persona nacida con una invalidez a causa de una culpa médica puede obtener reparación

presentada por la señora Perruche y su esposo, a nombre propio y en representación de su hijo. Derivado de que la mencionada mujer, embarazada, acudió con un médico para que se determinara si, en virtud del contagio de rubeola de su hija mayor, ella también se encontraba contagiada, y en caso de ser así abortar; tanto el laboratorio como el médico se equivocaron en el diagnóstico, al concluir que no se encontraba contagiada.

La Corte de Casación, el 17 de noviembre de 2000, reconoció el derecho de los padres a una indemnización por la negligencia del médico al privar a la madre del derecho a abortar, otorgando así el derecho al niño a una indemnización por los daños sufridos por su discapacidad<sup>20</sup>.

#### 4. España

La aparición de este tipo de demandas en el caso de España se dio de manera reciente a partir de la discusión de los daños vinculados a la imposibilidad forzada por una negligencia, de dar término de manera anticipada a un embarazo. El Tribunal Supremo dictó sentencias condenatorias a los médicos que practicaron una intervención quirúrgica para generar la esterilización de hombres o mujeres, e incumplieron con su deber de informar las eventuales consecuencias de la operación<sup>21</sup>, lo que se traduce en una violación al consentimiento informado del paciente.

Fue en los años noventa donde se presentan los primeros pronunciamientos que se encuentran relacionados con la figura del *wrongful conception*, siendo el primero, el emitido en la sentencia STS del 25 de abril de 1994. En este caso, el Tribunal Supremo, derivado de la negligencia médica en un procedimiento de esterilización (vasectomía), donde no se informó adecuadamente los riesgos de fracaso del procedimiento al poderse generar una recanalización espontánea de espermatozoides, condenó al pago de daños morales y patrimoniales; pero rechazó la pretensión de manutención de gastos de crianza del menor.

Aún y cuando se consideraron viables estas reclamaciones, en la práctica, la tendencia jurisprudencial ha sido desestimar la negligencia médica, pues en muchos casos los riesgos no se pueden atribuir al profesional de la salud por no existir un régimen de responsabilidad objetiva en este ámbito, procediendo sólo en los casos en que se demuestra una falta de información hacia el paciente<sup>22</sup>.

---

de su perjuicio cuando el acto culpable ha provocado directamente la invalidez o la ha agravado, o cuando no ha permitido tomar las medidas susceptibles de atenuarla. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud es comprometida en favor de los padres de un hijo nacido con una invalidez no detectada durante el embarazo a consecuencia de un acto culposo, los padres pueden demandar una indemnización a título de su solo perjuicio. Este perjuicio no incluye las cargas particulares en que se incurrirán durante toda la vida del hijo, en relación con su invalidez. La reparación de estos gastos es de carga de la responsabilidad nacional<sup>20</sup>; *cfr.* Munita Marambio, Renzo, *op. cit.*, p. 123.

<sup>20</sup> Munita Marambio, Renzo, *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>22</sup> Miranda Acuña, Johan Ricardo, *op. cit.*, pp. 109-110.

## 5. Posturas en contra

Con independencia del reconocimiento, aún con contenido diverso, que se ha dado de la figura del *wrongful conception* a través de los casos señalados, desde sus primeros planteamientos han existido posturas que rechazan este tipo de acciones de responsabilidad, teniendo diversos argumentos que se podrían englobar en tres: 1) el hecho de que la vida de un ser humano nunca puede considerarse un daño, por lo que el nacimiento de un hijo no podría generar una indemnización; 2) la contradicción de la figura con las políticas públicas y normas jurídicas que protegen la vida como un bien jurídico; 3) la consideración de que ser padre, es una dicha que ningún daño puede opacar, y por ende se vuelve innecesaria una indemnización.

Independientemente de los argumentos señalados, en este trabajo se parte de la consideración de que a través de la figura del *wrongful conception*, lo que se busca es sancionar un actuar negligente que afecta el libre desarrollo de la personalidad de los padres, en cuanto al ejercicio de sus derechos reproductivos, sin que se considere que un hijo sea considerado un daño, sino la consecuencia de la actuación indebida en la prestación de un servicio médico, tal como se abordará a profundidad en los dos apartados siguientes.

### ***III. Supuestos para la procedencia de wrongful conception. Mala praxis médica***

Al hacer de manera rápida un análisis de la forma como se ha regulado la figura del *wrongful conception* en el derecho comparado, nos podemos percatar que los criterios que fueron permitiendo su reconocimiento tienen como elemento común, hechos en los cuales se presenta una negligencia de carácter médico que, en la mayoría de los casos, va relacionada con la práctica de un procedimiento de esterilización.

En estos casos, la culpa es la que permite una reclamación por el nacimiento de un hijo no deseado; por ello, las obligaciones que no alcancen el grado mínimo de cumplimiento con base a las normas y parámetros objetivos de actuación de la actividad médica y hospitalaria en general implicarán negligencia o culpa<sup>23</sup>; para determinar esta negligencia o culpa, se debe partir de dos figuras jurídicas que van de la mano de la actuación médica: la *lex artis* y el consentimiento informado.

La denominada *lex artis* es entendida como un concepto jurídico indeterminado aplicable a cada caso, en el que un profesional de la salud a través de deliberación, adopta medidas con prudencia a la situación clínica y con base a las condiciones existentes ya que, al ser la medicina una ciencia inexacta, no es posible asegurar resultados favorables en todos los casos<sup>24</sup>; así a través de ella se buscan reducir los riesgos a la salud que están

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>24</sup> Tesis I.40.A.92 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época. 3, octubre de 2013, p. 1819, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/hPVoMHYBN\\_4klb4HkmP7/%22Medicina%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/hPVoMHYBN_4klb4HkmP7/%22Medicina%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).



presentes en cualquier acto médico, por existir una evidencia científica de eficacia y efectividad en determinada actividad<sup>25</sup>.

Esta *lex artis* se convierte en un parámetro objetivo que permite medir la actuación del médico en el caso concreto, con base en los elementos que tenía a su alcance para la toma de las medidas adoptadas. En el caso del *wrongful conception*, se vuelve trascendente la consideración de que, lo que se busca por parte del profesional de la salud es evitar un embarazo, o el nacimiento de un niño. Esto hace que el deber a su cargo se analice considerando los factores propios de la práctica médica, pues no es posible que se le responsabilice sólo por el hecho de no evitar un embarazo o el nacimiento de un niño con un criterio objetivo, como si se tratara de una obligación de resultado<sup>26</sup>.

De la mano con la actuación del profesional médico, se encuentra lo que se ha denominado el consentimiento informado<sup>27</sup>, entendido como un proceso de comunicación e información entre el médico y el paciente, que concluye la aceptación o negación por parte de este último, la práctica de un procedimiento, diagnóstico o proceso terapéutico después de conocer sus riesgos, beneficios y alternativas; implicando una toma de decisión libre<sup>28</sup>. Constituye un derecho fundamental ya que es consecuencia de los derechos a la vida, integridad física y la libertad de conciencia por lo que, cuando se presta de manera válida, genera el traslado de la responsabilidad al paciente por los riesgos que existen en la intervención médica<sup>29</sup>.

A nivel internacional dentro del Sistema Interamericano, existe jurisprudencia en la que se determina que, es necesaria su obtención del consentimiento previa a la práctica médica, pues a través del consentimiento informado se ejerce la autonomía y autodeterminación del paciente, al respetar su dignidad y su derecho a la libertad. Pero además, se señala que para considerarlo válido el médico debe informar al paciente mínimamente sobre: 1) la evaluación del diagnóstico; 2) objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos del tratamiento que se propone; 3) posibles efectos des-

25 Cid Cabello, Monserrat, *La atención médica irregular. El caso del IMMS*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018, p. 132.

26 La doctrina francesa generó la distinción entre obligaciones de medios y de resultado; en las primeras se aplica la responsabilidad por culpa, ya que el deudor actuó de manera diligente, no existe responsabilidad; en las segundas se aplica la responsabilidad objetiva en el sentido de que el actuar diligente por el deudor es intrascendente, pues si no se obtiene el resultado hay responsabilidad. La doctrina italiana no acepta esta tesis en el sentido de ser dos categorías distintas, por considerar que no es correcta la idea de que el deudor asegura la realización de un resultado, y sea objetivamente responsable si no lo logra; por ello para decidir si el deudor es responsable no se debe adoptar el criterio subjetivo u objetivo, sino ambos, por lo que el deudor se exonera de responsabilidad acreditando que el incumplimiento no es imputable a él, probando su actuar diligente o el hecho extraño inminente; *cfr.* Rozo Sordini, Paolo Emanuele, “Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 1998-1999, pp. 139-149, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/669> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

27 La Ley General de Salud en su artículo 51 Bis 2, establece en qué consiste, las reglas que se deben de cumplir para que se considere plenamente válido, y los casos en que el personal de la salud por la situación particular puede prescindir de él.

28 Pavón Laurent, Angélica Josefina, “Error médico y daño moral”, en Salgado Ledezma, Eréndira y Ramírez Ramírez, Agustín (coords.), *Error médico y daño moral*, México, Editorial Porrúa, Universidad Anáhuac, 2013, p. 9.

29 Xiol, Juan Antonio y Bastida, Francisco José, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Editorial Fontamara, Madrid-México 2013, p. 34-35.

favorables; 4) alternativas de tratamiento, incluyendo las menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios de la alternativa; 5) consecuencias de los tratamientos; 6) estimación de lo que ocurrirá antes, durante y después del tratamiento<sup>30</sup>.

En el caso del *wrongful conception*, la falta de consentimiento informado generaría una lesión del derecho a la información de manera diferente a la mayoría de los casos, pues no se trataría de una privación de información para poder otorgarlo, y así legitimar la intervención del profesional médico, sino más bien de una privación de la información necesaria para elegir de manera libre y poder autodeterminar la propia conducta<sup>31</sup>.

Partiendo de los conceptos señalados para estipular una actuación negligente por parte del profesional de la salud, y en atención al momento en que se produce su actuación, es posible establecer un catálogo de casos de *wrongful conception* que permitirían una reclamación al respecto: a) *Eventos en la fase previa*: la no realización de exámenes para decidir el uso de métodos anticonceptivos; el incumplimiento del deber de informar sobre un procedimiento quirúrgico anticonceptivo o sobre la colocación de un dispositivo intrauterino; b) *Eventos de negligencia propia*: la mala práctica quirúrgica en procedimientos (vasectomía y ligadura de trompas); los anticonceptivos temporales que no producen efecto; la prescripción de un medicamento que no corresponde a un anticonceptivo, o de un anticonceptivo no adecuado; la omisión de prescripción de anticonceptivo al considerar al paciente estéril; c) *Eventos de negligencia posterior*: la omisión de informar el fracaso de procedimiento; la no realización o ejecución defectuosa de exámenes de fertilidad posteriores a un procedimiento quirúrgico; el no cumplir con el seguimiento y control del procedimiento quirúrgico<sup>32</sup>.

La clasificación anterior contempla muchos de los supuestos que se podrían considerar para hacer valer una acción de *wrongful conception* relacionados con la intervención médica para prevenir un embarazo mediante medicamentos o procedimientos anticonceptivos. Sin embargo, vale la pena agregar como supuesto, aquel en que se da la participación del profesional de la salud en casos donde lo que se busca es interrumpir el embarazo ya existente a través de la figura del aborto. En el caso de México, la mala práctica de un aborto sí tendría cabida, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 148/2017<sup>33</sup>, determinó que: existe un de-

30 Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de marzo de 2021, serie C, núm. 423, párr.119, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_423\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

31 Fernández Muñoz, Mónica Lucia, *op. cit.*, pp. 14-15.

32 Medina Silva, Edgar Alberto, *La anticoncepción fallida (wrongful conception) y la autodeterminación reproductiva, propuestas en materia del daño y perjuicios a reconocerse, a partir del caso de Helena y la necesaria perspectiva de género aplicable a estos casos controversia del aborto en Estados Unidos*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho Administrativo, Colombia, Universidad Libre, 2022, disponible en: <https://hdl.handle.net/10901/23811> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

33 Fue promovida por la Procuraduría General de la República quien demandó la invalidez de los artículos 195 y 196 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, por violentar los derechos de autonomía y libertad reproductiva de las mujeres al contemplar un tipo penal que impide la interrupción del embarazo en la primera etapa de gestación, así como el artículo 224, fracción II, del mismo ordenamiento legal, por valorar de manera

recho de las mujeres y personas con capacidad para gestar<sup>34</sup>, a decidir sobre sí mismas, que deriva de su dignidad humana, autonomía, igualdad jurídica, derecho a la salud y libertad reproductiva y, por ende, pueden practicarse un aborto. Igualmente, y además, con la sentencia dictada por la propia Corte en el amparo en revisión 267/2023<sup>35</sup>, se determinó como inconstitucional cualquier norma que suspenda el ejercicio de la profesión de médicos, comadronas y parteras que practiquen un aborto o ayuden en su ejecución.

Tomando en cuenta que la figura del *wrongful conception* parte de una actuación indebida de un profesional de la salud, y esta actividad ha sido considerada como un supuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado. Para el caso mexicano, respecto a los casos en que el médico labore en las instituciones de salud públicas, actúe de manera indebida y cause daños a los bienes o derechos de los pacientes<sup>36</sup>, surge el cuestionamiento sobre si pudiese incorporarse al sistema jurídico mexicano, a través de un trasplante legal, como ha ocurrido con otras figuras<sup>37</sup>. Esta pregunta se resolverá en el apartado siguiente, sobre todo en lo relativo a la consideración según la cual el nacimiento de un hijo provoca un daño en los padres y, de qué forma se podría compensar ese daño, al ser inviable una reparación que implicará volver las cosas al estado en que se encontraban.

---

incorrecta el bien jurídico consistente en la integridad sexual de la cónyuge que puede sufrir el ilícito de violación, al establecer una pena menor en este supuesto, que la prevista para el delito de violación en general. Véase: Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-05/AI%20148-2017.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

34 Son consideradas dentro de esta categoría aquellas personas que tienen identidades de género diferentes a lo que se ha considerado como una mujer, pero sus cuerpos si tienen la capacidad de gestar como los hombres transgénero o personas no binarias.

35 Fue promovido por la asociación civil Grupo de Información en Reproducción Elegida, para impugnar el Código Penal Federal en cuanto que criminaliza el aborto y al personal médico que lo practica, al considerar que se atenta contra el derecho de las mujeres y las personas con capacidad para gestar, para decidir interrumpir o continuar un embarazo, vulnerando los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la igualdad y no discriminación, y a la autonomía reproductiva. Véase: Amparo en Revisión 267/2023, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 6 de septiembre de 2023, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

36 Tesis 1a. CXXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, agosto de 2012, p. 496, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/pPduMHYBN\\_4klb4HoX26/%22Forma%20expresa%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/pPduMHYBN_4klb4HoX26/%22Forma%20expresa%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

37 La Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó un trasplante legal de la figura de los daños punitivos del sistema jurídico estadounidense al resolver los amparos directos 30/2013 y 31/2013; con relación a él, se han hecho muchas críticas pues se le ubicó dentro del daño moral, teniendo este una naturaleza compensatoria y no sancionatoria, además de que su aplicación tuvo como base la manera en que se encuentra regulada en Estados Unidos de América; *cfr.* Veloz Romo, Miguel Ángel, “Los daños punitivos. Su procedencia en casos de responsabilidad del Estado”, *Revista Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. VII, núm. 20, marzo-junio 2022, pp. 77-101, disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v7i20.363>.

#### **IV. Responsabilidad patrimonial del Estado en México por servicios médicos: ¿es posible demandar por *wrongful conception*?**

Para determinar si es posible una responsabilidad patrimonial del Estado en México por *wrongful conception*, es indispensable partir de las características que presenta la figura de acuerdo con su reconocimiento constitucional. Así, el último párrafo del artículo 109 de la Constitución mexicana establece cuatro directrices con relación a ella: 1) sólo procede en casos de actos materialmente administrativos; 2) el acto debe de ser irregular, entendiéndose por ello que vaya en contra de una norma; 3) es objetiva en el sentido de que no es necesario demostrar la culpa del autor de la conducta, y directa, pues el Estado se responsabiliza desde un inicio por la actuación del funcionario; 4) reconoce el derecho a una indemnización una vez demostrado el derecho a ella, la cual se cubre con base en la capacidad presupuestaria<sup>38</sup>.

Tomando en cuenta las características señaladas, en una primera impresión parecería que al ubicarse el *wrongful conception* dentro de la prestación de un servicio médico, puede ser un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado y generar el derecho a una indemnización a favor de los pacientes; sin embargo, los Tribunales Federales en México han señalado que, el derecho a una indemnización se determinará en una resolución que se emita dentro de un procedimiento en el que el gobernado deberá acreditar la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que pueda ser imputado a la administración pública por derivar de una actividad administrativa irregular como la prestación deficiente del servicio público de salud, y siempre y cuando exista un nexo causal entre el daño y la actividad administrativa<sup>39</sup>.

Por lo tanto, es necesario identificar estos tres requisitos procesales en los casos en que la prestación del servicio médico implique una asesoría o práctica de un procedimiento de esterilización o de aborto, o la negativa a practicar este último, y se genera el nacimiento de un hijo, pues sólo de esa forma se podrá concluir la posibilidad o no del trasplante legal de la figura *wrongful conception* al sistema jurídico mexicano.

##### **1. El daño indemnizable por el nacimiento de un hijo**

Al ser el daño el primer requisito para la procedencia de una responsabilidad patrimonial del Estado, el análisis respecto del *wrongful conception* debe partir de determinar si, en el sistema jurídico mexicano es posible que se reclame un daño derivado del nacimiento de un hijo, al ser este la consecuencia de la prestación deficiente del servicio de salud. En el derecho comparado, las discusiones que se han dado al respecto parten de la consideración del nacimiento unido a la vida, lo que dificulta establecerlo como un daño indemnizable, surgiendo dos perspectivas al respecto: la primera considera que el nacimiento y la vida no pueden ser un daño sino un beneficio, por lo que no puede

<sup>38</sup> Veloz Romo, Miguel Ángel, *Responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2021, pp. 65-66.

<sup>39</sup> Tesis 1ª. CLXXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época t. I, abril de 2014, p. 820, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IfdwMHYBN\\_4klb4HHfyf/%22Responsabilidad%20objetiva%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IfdwMHYBN_4klb4HHfyf/%22Responsabilidad%20objetiva%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

otorgarse ninguna indemnización en caso del nacimiento de una persona, independientemente de su causa; la segunda perspectiva establece que, considerar la vida como un daño indemnizable aún en caso de que la persona nazca con una discapacidad, implicaría reducirle valor a la vida, lo que no es posible<sup>40</sup>.

Sin embargo, a través de la teoría de la separación<sup>41</sup> se ha logrado dar contenido al concepto de daño para el caso de la responsabilidad del Estado por una anticoncepción fallida, distinguiendo entre lo que implica la vida de un hijo, la cual no puede ser considerada como un daño indemnizable, y los gastos que generará su manutención. Así, se parte de considerar que existe una lesión del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres respecto a decidir el número de hijos que desean tener, generando con ello tanto daños morales como patrimoniales. En el caso de México, este derecho ha sido reconocido como derivado de la dignidad humana, entendido como la facultad de las personas a decidir de manera individual, cómo quieren ser a fin de cumplir con sus metas y objetivos trazados, con base en sus valores, ideas, expectativas o gustos, lo cual comprende entre otras libertades, la de procrear hijos, determinar cuántos, e inclusive, la decisión de no tenerlos<sup>42</sup>. Por lo tanto, el libre desarrollo de la personalidad implica una serie de derechos de libertad entendidos como permisos para realizar acciones valiosas a fin de lograr la autonomía de las personas, pero que llevan implícitos límites negativos dirigidos a los poderes públicos y a terceros, que se traducen en prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones de ejercicio del derecho<sup>43</sup>. De esta manera existe una dimensión externa del derecho que permite a un individuo realizar cualquier actividad necesaria para el desarrollo de su personalidad, entendida como una libertad de acción, y una dimensión interna que protege su esfera de privacidad, en contra de cualquier incursión externa que pretenda limitar su capacidad de decisión en el ejercicio de su autonomía individual<sup>44</sup>.

Dentro de esta dimensión interna se encuentra la libertad reproductiva, que es el derecho afectado en el caso del *wrongful conception* al atentar contra el derecho que tienen los padres para decidir no querer tener hijos. Esta lesión que, en el caso de México según lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se debe dejar sin daño volviendo las cosas a la situación en que se encontraba de manera previa, y en caso de no ser posible, se generaría el derecho de la víctima a una justa indemnización<sup>45</sup>.

40 Miranda Acuña, Johan Ricardo, *op. cit.*, pp. 267-271.

41 Trennugslehre, que es su nombre alemán, parte de la consideración de que los gastos que se realizan para la manutención y educación de un hijo no deseado constituyen un perjuicio material para los padres, que puede ser indemnizado si se acreditan los demás elementos necesarios para una responsabilidad; *cfr.* Miranda Acuña, Johan Ricardo, *op. cit.*, pp. 281-285.

42 Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165822> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

43 Tesis: 1a. CCLXII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 896, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/QPZqMHYBN\\_4klb4HIQyI/%22Libertades%20p%C3%BA-blicas%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/QPZqMHYBN_4klb4HIQyI/%22Libertades%20p%C3%BA-blicas%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

44 *Ibidem*, p. 898.

45 Tesis: 1a./J. 75/2022, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. V, libro 14, junio de 2022, p. 4216.

Por lo tanto, en México el nacimiento de un hijo derivado de una mala *praxis* médica se ubicaría en un supuesto de violación al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, generando con ello el derecho a una reparación del daño, la cual deberá de tener como parámetro, lo establecido por la Ley General de Víctimas, al ser objeto de este ordenamiento legal, el lograr la reparación integral en caso de una violación de derechos humanos, para lo cual se contemplan las medidas adecuadas para ello<sup>46</sup>.

## 2. La atención médica de planificación familiar como acto administrativo irregular

Un segundo aspecto por considerar es, si la práctica médica en la esterilización o aborto puede ser considerada una actividad administrativa dentro del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado. Para ello debemos de partir de la concepción de la salud como un derecho protegido por el artículo 4º de la Constitución Mexicana, y su correlativa obligación a cargo del Estado dentro del ámbito administrativo, ya que debe prestar servicios de salud entendidos como acciones realizadas en beneficio del individuo y la sociedad, para proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad<sup>47</sup>; estos servicios de salud pueden ser de atención médica, salud pública y de asistencia social<sup>48</sup>; por atención médica entendemos el conjunto de servicios que se proporcionan para proteger, promover y restaurar la salud<sup>49</sup>, ya sea en un carácter preventivo, curativo, de rehabilitación o paliativo<sup>50</sup>.

Los supuestos señalados en esta investigación respecto al *wrongful conception*, se ubicarían en servicios de atención médica de carácter preventivo, dentro de la denominada planificación familiar, la cual ofrece servicios para ejercer el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad<sup>51</sup>; con relación a la práctica de un aborto, como ya se ha mencionado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de declarar inconstitucional su consideración como tipo penal, así como cualquier norma que suspenda el ejercicio profesional de médicos que lo

---

46 Los artículos 26 y 27 contemplan el derecho a una reparación del daño en caso de violación a derechos humanos, de una manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva, a través de figuras como *restitución*, volviendo las cosas a la situación anterior, *rehabilitación*, para que la víctima haga frente a los efectos de la violación, *compensación*, comprendiendo perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la violación, la *satisfacción*, a fin de reconocer y restablecer la dignidad de la víctima, o *medias de no repetición*, para evitar que la violación del derecho humano vuelva a ocurrir; Véase: Ley General de Víctimas, última reforma el 25 de abril del 2023, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

47 Ley General de Salud, última reforma el 3 de enero del 2024, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

48 *Ibidem*, Art. 24.

49 *Ibidem*, Art. 32.

50 La atención médica preventiva incluye actividades de promoción general y de protección específica; la curativa busca efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; en la rehabilitación, se realizan acciones para optimizar las capacidades y funciones de las personas con discapacidad; en las paliativas se busca el cuidado integral a fin de mantener la calidad de vida del paciente, con prevención, tratamiento y control del dolor y otros síntomas físicos y emocionales.

51 *Ibidem*, Art. 24.

practiquen o ayuden a practicarlo, por lo que también puede ser considerado como un servicio de atención médica preventiva que debe de prestar el Estado.

Por ello la atención médica en materia de planificación familiar, es un acto administrativo para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, siempre y cuando sea practicada por personal médico que labora en las instituciones de salud pública; a nivel federal, el Instituto Mexicano del Seguro Social<sup>52</sup> y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, son quienes prestan este servicio; a nivel estatal lo realizan los órganos encargados de la prestación de servicios de salud en cada uno de ellos.

Sin embargo, para que la prestación de estos servicios sea considerada dentro de la responsabilidad patrimonial en que puede incurrir el Estado, es necesario que el personal médico que labora en las instituciones de salud pública realice el servicio de manera irregular, entendiéndose por ello que, se lleve a cabo de forma defectuosa al no atender las condiciones normativas o parámetros establecidos en la ley o en los reglamentos administrativos<sup>53</sup>, pero también cuando no se acatan las prescripciones de la ciencia médica, lo que implicaría que el personal no se sujete a las técnicas exigibles o que no utiliza la diligencia necesaria para cada caso concreto<sup>54</sup>.

Esta actuación irregular implica, en términos generales, la violación de la *lex artis* y del consentimiento informado analizados en el apartado anterior; sin embargo, es importante tomar en cuenta que, aún y cuando existen guías o protocolos médicos que se expiden por la Secretaría de Salud u otras autoridades de la materia para la prestación de los servicios, no son verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias, por lo que existe la libertad prescriptiva del médico para la toma de decisiones, siempre y cuando exista una justificación para ello<sup>55</sup>.

Por lo tanto, el criterio de imputación que se tomará en cuenta para responsabilizar al Estado será objetivo, en términos del último párrafo del artículo 109 constitucional, en cuanto a que no será necesario demostrar la negligencia, dolo o intencionalidad en la actuación del personal médico, sino simplemente que la prestación del servicio no cumplió con los estándares de calidad que hacen eficiente el servicio de salud prestado.

52 Sus Unidades de Medicina Familiar cuentan con métodos anticonceptivos (condón masculino, pastillas anticonceptivas, parche anticonceptivo, anticoncepción hormonal inyectable, DIU T de cobre, DIU con levonotresgel, píldora del día siguiente, salpingoclasia y vasectomía sin bisturí), y su personal de salud brinda información y consejería en planificación familiar, para adoptar el método anticonceptivo de acuerdo con las necesidades, expectativas reproductivas y estado de salud del paciente. Para más información consúltese: <http://www.imss.gob.mx/salud-en-linea/planificacion-familiar>.

53 Tesis 1A/J. 129/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, abril 2013, p. 899, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/6vl1MHYBN\\_4klb4HKZry/%22Derechos%20de%20olos%20pacientes%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/6vl1MHYBN_4klb4HKZry/%22Derechos%20de%20olos%20pacientes%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

54 Tesis 1ª. CLXXII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época t. I, abril de 2014, p. 818, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IfdwMHYBN\\_4klb4HHfy/%22Responsabilidad%20objetiva%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IfdwMHYBN_4klb4HHfy/%22Responsabilidad%20objetiva%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

55 Tesis 1ª. XXVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, enero de 2013, p. 636, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/HPloMHYBN\\_4klb4HjZn/%22Terapia%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/HPloMHYBN_4klb4HjZn/%22Terapia%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

### 3. El nexo causal

Finalmente, determinado el daño mediante la afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, al impedir el ejercicio de la libertad de elegir no tener hijos, y considerada la prestación de servicios médicos como una actividad administrativa que puede ser irregular, es indispensable para la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, que se demuestre la existencia de un nexo causal entre ellos. Este nexo causal debe entenderse como un conector que permite asociar, en una relación causa-efecto, dos o más eventos, verificando su interrelación para determinar si, ocurridos, concurren y determinan la producción del daño, lo que se traduce en el análisis de hechos y condiciones a fin de fijar, cuál de ellos es relevante en la obtención del resultado final<sup>56</sup>.

Así, el nexo causal puede ser definido como un vínculo entre la acción u omisión que implique la atención médica irregular, y la consecuencia que se traduce en el daño producido. Este nexo causal se explica doctrinalmente a través de tres teorías: 1) *conditio sine qua non*, la cual establece que es causa del resultado toda condición (acción u omisión) que al suprimirla, desaparezca el resultado; 2) causalidad adecuada, la cual señala que para que exista un nexo causal se requiere de una acción proporcionada, adecuada e idónea para producir el efecto; 3) causalidad humana, la cual señala que el hombre responde por las acciones que haya realizado, sin las cuales no se podría haber generado el efecto, ya que el resultado no deriva de factores excepcionales<sup>57</sup>.

A fin de lograr la procedencia de una reclamación por *wrongful conception*, la víctima de afectación del derecho a no tener hijos, que puede ser uno o ambos padres, deberá demostrar de manera fehaciente, en los términos establecidos por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado<sup>58</sup>, la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial<sup>59</sup> y la actividad administrativa irregular<sup>60</sup>, cuando la causa o causas que producen el daño se puedan identificar. En caso de no ser posible su identificación, la relación causa-efecto se demostrará mediante la identificación de los hechos que produjeron el resultado, analizando las condiciones o circunstancias que hayan podido atenuar o agravar la lesión patrimonial.

---

56 Tesis: I.40.A.37 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, marzo de 2013, p. 2075, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/GPdvMHYBN\\_4klb4HU7Lz/%22Actividad%2oadministrativa%20irregular%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/GPdvMHYBN_4klb4HU7Lz/%22Actividad%2oadministrativa%20irregular%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

57 Cid Cabello, Monserrat, *op. cit.*, pp. 173-175.

58 Art. 21, Ley Federal de responsabilidad patrimonial del Estado, última reforma el 29 de diciembre del 2023, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

59 En el caso del *wrongful conception*, se deben contemplar tanto los daños materiales que implica la manutención de un hijo no deseado, como los daños morales derivados de la afectación al proyecto de vida de los padres.

60 Inadecuada prestación del servicio médico de planificación familiar o de realización de un aborto, por no acatar las normas jurídicas o las prescripciones de la ciencia médica, o por no prestar la diligencia necesaria al momento de realizar su actividad.



## V. Conclusiones

La figura del *wrongful conception* surge en el derecho comparado como una acción de responsabilidad mediante la cual los padres de un hijo no deseado reclaman el pago de los daños que genera su existencia, cuando su nacimiento deriva de un actuar negligente en la atención médica preventiva. Aún y cuando los detractores de la figura planteaban como principal argumento de su imposibilidad jurídica, el hecho de que el nacimiento de una persona no puede ser considerado un daño, la afectación que se presenta con ella, no tiene como base el nacimiento de un hijo pues este es la consecuencia del actuar negligente, más bien lo que se trasgrede es el libre desarrollo de la personalidad de los padres, al impedir el ejercicio de su derecho a la libertad reproductiva, en específico la libertad de decidir no tener hijos<sup>61</sup>.

En México la responsabilidad patrimonial del Estado permite obtener una indemnización, en caso de que se realice una actuación administrativa irregular, y se cause un daño que los particulares no tenían el deber de soportar. Así, a través de esta figura, es posible ubicar, mediante un trasplante legal, el *wrongful conception* en aquellos casos en que la negligencia médica deriva de una prestación deficiente de los servicios de salud proporcionados por el Estado, ya sea los relativos a la planificación familiar o en los procedimientos para la práctica de un aborto, como consecuencia de la no existencia de un consentimiento informado, por una acción u omisión que trasgrede la *lex artis* respectiva, o inclusive, por no contar con el personal médico necesario para prestar el servicio.

Así, si se acredita la relación causa efecto entre el proceder del profesional de la salud y el nacimiento del hijo no deseado, surgirá el derecho a una indemnización por parte de los padres, la cual deberá contemplar tanto el daño moral provocado al afectar el proyecto de vida de estos, como los daños patrimoniales que se producen por el nacimiento, manutención y educación de un hijo, teniendo como base la compensación establecida en la Ley General de Víctimas, al ser este ordenamiento complementario de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en tanto que establece la forma en que debe llevarse a cabo la reparación de las víctimas de violaciones a derechos humanos, en el presente caso, el derecho humano a decidir no tener hijos.

---

<sup>61</sup> El artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su segundo párrafo que “*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos*”, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>; de este precepto constitucional es de donde se desprende como principio básico de los derechos reproductivos la autodeterminación reproductiva, la cual implica la libertad de decidir si se quiere procrear o no, a fin de planear el tipo de familia que se quiere conformar; cfr. Pérez Gregorio, Rogelio, “Derechos sexuales y reproductivos”, *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 74, núm. 2, junio 2014, pp. 73-77, disponible en: <https://ve.scielo.org/pdf/og/v74n2/art01.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2023).

## VI. Fuentes de consulta

- Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-05/AI%20148-2017.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Amparo en Revisión 267/2023*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 6 de septiembre de 2023, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- CID CABELLO, Monserrat, *La atención médica irregular. El caso del IMMS*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma el 22 de marzo del 2024, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de marzo de 2021, serie C, n. 423, párr. 119, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_423\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- DRISCOLL DE ALVARADO, Bárbara, *La controversia del aborto en Estados Unidos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2005.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía, “La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia”, *Revista IUSTA*, núm. 54, enero-junio 2021, pp. 14-50, disponible en: <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>.
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, última reforma el 29 de diciembre del 2023, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Ley General de Salud, última reforma el 3 de enero del 2024, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Ley General de Víctimas, última reforma el 25 de abril del 2023, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- MACÍAS MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life”, *Revista de Derecho*, núm. 27, julio 2007, pp. 3-37, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102702.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, “Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa”, en MEDINA, Graciela (coord.), *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, Rbinzal-Culzoni Editores, 2002.

- MEDINA SILVA, Edgar Alberto, *La anticoncepción fallida (wrongful conception) y la autodefinición reproductiva, propuestas en materia del daño y perjuicios a reconocerse, a partir del caso de Helena y la necesaria perspectiva de género aplicable a estos casos controversia del aborto en Estados Unidos*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho Administrativo, Colombia, Universidad Libre, 2022, disponible en: <https://hdl.handle.net/10901/23811> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- MIRANDA ACUÑA, Johan Ricardo, *Responsabilidad patrimonial por wrongful conception, wrongful birth y wrongful life*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2019.
- MONCADA MIRANDA, Alexis et al, “Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 1, 2015, pp. 19- 56, disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/arto2.pdf>.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, “Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las Wrongful Actions)”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 36, julio 2017, pp. 97-139, disponible en: [https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ36\\_97.pdf](https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ36_97.pdf) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- PAVÓN LAURENT, Angélica Josefina, “Error médico y daño moral”, en SALGADO LEDEZMA, Eréndira y RAMÍREZ RAMÍREZ, Agustín (coords.), *Error médico y daño moral*, México, Editorial Porrúa, Universidad Anáhuac, 2013.
- PÉREZ GREGORIO, Rogelio, “Derechos sexuales y reproductivos”, *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 74, núm. 2, junio 2014, pp. 73-77, disponible en: <https://ve.scielo.org/pdf/og/v74n2/arto1.pdf> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2023).
- RÍOS GARCÍA, Oscar Leonardo, “De Griswold a Dobbs: breve recorrido de los precedentes estadounidenses en materia de aborto”, *Revista Nexos*, 27 de junio de 2022, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/de-griswold-a-dobbs-breve-recorrido-de-los-precedentes-estadounidenses-en-materia-de-aborto/> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- ROZO SORDINI, Paolo Emanuele “Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 1998-1999, pp. 139-149, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/669> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165822> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1A. XLIII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.1, agosto de 2012, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/\\_f6g8YYBAeINReW6jU05/%22Consentimiento%20informado%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/_f6g8YYBAeINReW6jU05/%22Consentimiento%20informado%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1A. XXVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, enero de 2013, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/HPloMHYBN\\_4klb4HJjZn/%22Terapia%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/HPloMHYBN_4klb4HJjZn/%22Terapia%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).

- Tesis: I.40.A.37 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, marzo de 2013, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/GPdvMHYBN\\_4klb4HU7Lz/%22Actividad%20administrativa%20irregular%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/GPdvMHYBN_4klb4HU7Lz/%22Actividad%20administrativa%20irregular%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1A/J. 129/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, abril 2013, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/6vl1MHYBN\\_4klb4HKZry/%22Derechos%20de%20olos%20pacientes%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/6vl1MHYBN_4klb4HKZry/%22Derechos%20de%20olos%20pacientes%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis I.4O.A.91 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.3, octubre de 2013, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/1PZsMHYBN\\_4klb4HWSCi/%22Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20Arbitraje%20M%C3%A9dico%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/1PZsMHYBN_4klb4HWSCi/%22Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20Arbitraje%20M%C3%A9dico%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis I.4O.A.92 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época. 3, octubre de 2013, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/hPVoMHYBN\\_4klb4HkmP7/%22Medicina%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/hPVoMHYBN_4klb4HkmP7/%22Medicina%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1ª. CXXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, agosto de 2012, p. 496, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/pPduMHYBN\\_4klb4HoX26/%22Forma%20expresa%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/pPduMHYBN_4klb4HoX26/%22Forma%20expresa%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis: 1ª./J. 75/2022, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. V, libro 14, junio de 2022.
- Tesis 1A. CLXXII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época t. I, abril de 2014, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IfdwMHYBN\\_4klb4HHfyy/%22Responsabilidad%20objetiva%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IfdwMHYBN_4klb4HHfyy/%22Responsabilidad%20objetiva%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1A. CLXXI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/qPVoMHYBN\\_4klb4Hw3uH/%22Actividad%20administrativa%20irregular%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/qPVoMHYBN_4klb4Hw3uH/%22Actividad%20administrativa%20irregular%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1A. CCLXII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, t. II, noviembre de 2016, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/QPZqMHYBN\\_4klb4HIQyI/%22Libertades%20p%C3%BAblicas%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/QPZqMHYBN_4klb4HIQyI/%22Libertades%20p%C3%BAblicas%22) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- Tesis 1A./J. 75/2022, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. V, junio de 2022, disponible en: <https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/5UBP944BXVRzDR5EGuJq/%22Jurisdicci%C3%B3n%22> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2024).
- VELOZ ROMO, Miguel Ángel, “Los daños punitivos. Su procedencia en casos de responsabilidad del Estado”, *Revista Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. VII, núm. 20, marzo-junio 2022, pp. 77-101, disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v7i20.363>.
- \_\_\_\_\_*Responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.
- XIOL, Juan Antonio y BASTIDA, Francisco José, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Editorial Fontamara, Madrid-México 2013.