

**RESPONSABILIDAD MÉDICA POR LOS ERRORES EN DIAGNÓSTICOS  
PRENATALES EN CASOS DE MALFORMACIÓN: LAS ACCIONES DE  
WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR PARA EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTA D.C.  
2013**

**RESPONSABILIDAD MÉDICA POR LOS ERRORES EN DIAGNÓSTICOS  
PRENATALES EN CASOS DE MALFORMACIÓN: LAS ACCIONES DE  
WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA**

**CATALINA ORTIZ ASTORQUIZA  
DANIELA GÓMEZ ARBELÁEZ**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR PARA EL TÍTULO DE ABOGADO**

**DIRECTORA  
YADIRA E. ALARCÓN PALACIO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS  
BOGOTÁ D.C  
2013**

## NOTA DE ADVERTENCIA

*“Resolución N° 13 de julio de 1946, artículo 23: La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”*

*A nuestros padres,  
fuente inagotable de sabiduría  
y ejemplo constante de rectitud.*

**RESPONSABILIDAD MÉDICA POR LOS DIAGNÓSTICOS PRENATALES  
EN CASOS DE MALFORMACIÓN: LAS ACCIONES DE WRONGFUL  
BIRTH EN COLOMBIA**

INTRODUCCION.....	7
1. LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO COMPARADO.....	8
1.1 ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE.....	9
1.2 ESPAÑA .....	10
1.2.1 MARCO JURÍDICO DEL ABORTO .....	10
1.2.2 JURISPRUDENCIA DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN ESPAÑA .....	12
1.3 FRANCIA.....	15
1.3.1. MARCO JURÍDICO DEL ABORTO:.....	15
1.3.2. JURISPRUDENCIA DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN FRANCIA .....	16
1.4 ESTADOS UNIDOS.....	18
1.4.1. MARCO JURIDICO DEL ABORTO.....	18
1.4.2 JURISPRUDENCIA DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN ESTADOS UNIDOS .....	20
2. ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y SU INCIDENCIA EN LOS CASOS DE ABORTO POR MALFORMACIÓN EN COLOMBIA: MARCO JURIDICO.....	23
2.1 RÉGIMEN DEL CÓDIGO PENAL Y SENTENCIA C-355 DE 2006.....	23
2.2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006.....	31
2.3 GRAVE MALFORMACION DEL FETO QUE HACE INVIABLE SU VIDA.....	33
2.4 ABORTO EN MENORES DE EDAD.....	39
2.5 NATURALEZA DEL ABORTO EN COLOMBIA. ¿DERECHO O CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL?.....	41
3. RESPONSABILIDAD POR ERRORES EN DIAGNÓSTICOS PRENATALES EN CASOS DE MALFORMACIÓN. ....	43
3.1 CONTRATO MÉDICO.....	43
3.1.1 ACTO MÉDICO.....	44
3.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS.....	46

3.1.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO MÉDICO.....	50
3.1.4 OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y RESULTADO EN EL CONTRATO MÉDICO.....	51
3.1.5 DEBERES DEL MÉDICO.....	53
3.2 FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	62
3.2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA .....	62
3.2.2 ÉTICA MÉDICA DISCIPLINARIA .....	63
4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	67
4.1 DAÑO .....	67
4.2 LA CULPA Y EL ERROR MÉDICO .....	76
4.2.1 CARGA DE LA PRUEBA.....	78
4.2.2 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.....	81
4.3 NEXO DE CAUSALIDAD:.....	83
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA .....	96
DOCTRINA .....	96
ARTÍCULOS .....	98
JURISPRUDENCIA.....	100
NORMATIVIDAD .....	102

## INTRODUCCION

La posibilidad que tiene una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo es sin duda alguna un tema álgido que muchas legislaciones alrededor del mundo han regulado y permitido<sup>1</sup>, siendo ello así, el aborto es considerado en aquellos países como un derecho de la mujer y por lo tanto es parte del libre desarrollo de la personalidad tomar la decisión de interrumpir o no su embarazo, así lo han manifestado autores como Eleonora Lamm (2008). Ahora bien, el planteamiento que se quiere desarrollar en esta investigación va dirigido a analizar la responsabilidad profesional en aquellos casos en los cuales la mujer no es advertida por parte del médico de ciertas malformaciones que tiene el *nasciturus*, y por lo tanto no se le proporciona la información suficiente para tomar la decisión de interrumpir o no su embarazo, planteamiento a partir del cual surgen las llamadas acciones de “wrongful birth”; cuya explicación será objeto de esta investigación desde el derecho comparado, especialmente en los países donde mayor desarrollo jurisprudencial ha tenido: España, Francia, y Estados Unidos; y como pilar fundamental de la monografía jurídica se desarrollará este tema desde el punto de vista del ordenamiento jurídico Colombiano.

El propósito de la investigación es tomar esta temática y analizarla desde el marco jurídico Colombiano, conforme a los artículos del Código Penal que consideran al aborto como una conducta punible, y a su vez los casos en los cuales NO es considerado como tal, teniendo en cuenta la sentencia C- 355 de 2006 en la que se establecieron tres casos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye un delito.

Para efectos de desarrollar este tema es necesario analizar el contrato médico en Colombia con sus respectivos componentes; de igual forma abordaremos el acto

médico en su integridad, para posteriormente adentrarnos en la exposición de los deberes que están en cabeza del profesional de la salud. Así mismo, será necesario esbozar los elementos que configuran la responsabilidad civil: culpa, daño y nexo causal; realizando un acercamiento al caso en concreto, es decir, la responsabilidad civil médica en los casos de diagnóstico prenatal.

Esta monografía cobra trascendencia teniendo en cuenta que para su desarrollo será necesario partir de la experiencia que ha dejado la aplicación de las denominadas acciones de “wrongful birth” en otros países del mundo, para después entrar a resolver la pregunta más importante de este proyecto aplicada al ámbito Colombiano: ¿Cuál es la responsabilidad del médico por no haber advertido a la mujer que el *nasciturus* tenía una malformación tal que lo hacía inviable, eliminando su posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo?

Este estudio es de gran importancia en la medida en que hasta el momento no se han presentado casos en la Jurisprudencia de las altas Cortes Colombianas que se refieran a este tipo de acciones, lo cual hace más interesante y necesario, adelantarnos a dar una solución a lo que sería eventualmente la responsabilidad médica por la mala *praxis* en un concepto prenatal.

## **1. LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO COMPARADO**

Antes de iniciar el examen teórico de las acciones de “wrongful birth” en Colombia, es relevante hacer un breve estudio del tratamiento que han tenido las mismas en diferentes ordenamientos jurídicos. Así pues, al existir un vacío legislativo de este tema en nuestro país, cobra gran trascendencia explorar el derecho comparado; dice la Doctora Milushka Felicitas Rojas Ulloa en su artículo *Importancia del Derecho Comparado en el siglo XXI*, al respecto: “Se convierte no sólo en una herramienta



indispensable para la cultura jurídica, sino también nos permite darnos cuenta en qué situación se encuentra nuestro derecho nacional, y de esta manera permitirnos mejorarlo y desarrollarlo en armonización con otros derechos extranjeros” (p. 1). Por lo tanto, a continuación se estudiará la legislación y jurisprudencia de los Estados que han enfrentado la problemática antes mencionada con mayor profundidad, a saber: España, Francia y Estados Unidos.

### **1.1 ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE**

Como primera medida es pertinente hacer una breve alusión a qué se entiende por las acciones de “wrongful birth y wrongful life”, ambas encaminadas a postular a la vida como un daño (tema debatido que se analizará con posterioridad) y se han enfocado a ser resarcidas mediante una indemnización pecuniaria. Reza la jurisprudencia española en Sentencia de la SAP de Cádiz de 17 de Septiembre de 2002: “Son un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido.”

En la obra, *El Nexo de Causalidad y su Prueba en la Responsabilidad Civil Médica*, se explica en qué se diferencian ambas acciones, de la siguiente forma:

En la acción de wrongful birth (nacimiento injusto) los padres alegan que, al no haberse detectado o no haberseles informado, en su momento oportuno, sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento. (Superbuy, 2007, p. 16)

Por otro lado, el mismo autor se pronunció diciendo: “En la acción de wrongful life

(vida injusta), el hijo demandante argumenta que de no haber sido por su nacimiento, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad” (p. 17). Ambos postulados se centran en daños intrínsecamente diferentes, pero que surgen de un mismo axioma: la vida.

Ahora bien, se debe aclarar que el presente análisis investigativo se centrará solamente en las acciones de “wrongful birth”, aunque la doctrina analice concomitantemente el estudio de las acciones “wrognful birth y wrognful life”, el objetivo principal de esta monografía se cimentará únicamente en el desarrollo de las primeras, lo anterior porque se busca delimitar el campo de estudio y de esta forma volverlo más especializado.

## **1.2 ESPAÑA**

### **1.2.1 MARCO JURÍDICO DEL ABORTO**

La legislación Española, a lo largo de su historia ha manejado una política de aborto propensa a proteger los derechos fundamentales de las mujeres, su libertad sexual y reproductiva; respectivamente consagrados en la Constitución de 1978 de España,<sup>2</sup> y en convenios internacionales.<sup>3</sup> Así pues, se realizará un somero examen legislativo del tratamiento que se le ha dado a este fenómeno en los últimos años.

La primera manifestación legislativa en torno al manejo del aborto en España es la expedición de la ley orgánica número 9 de 1985. Este cúmulo de normas trae consigo una radical modificación al código penal, con lo cual se despenaliza el aborto en tres supuestos básicos, a saber: el primero de ellos radicaba en la violación a la mujer, caso en el cual tenía doce semanas para someterse a la cirugía; el segundo supuesto consistía en la existencia de un posible riesgo físico o psíquico de la salud de la madre, sin establecer límite de tiempo para practicar el aborto; y por último se

despenalizó el aborto en el caso en que el feto tuviese graves malformaciones psíquicas o físicas.<sup>4</sup> En síntesis, el tratamiento legislativo entorno a la problemática social planteada en 1985 por parte de España, se asemeja al análisis jurisprudencial Colombiano del año 2006, que exalta por vía de jurisprudencia las tres causales de despenalización del aborto antes citadas (las cuales se estudiarán en detalle en el siguiente acápite del presente trabajo investigativo).

El tratamiento mencionado perduró en España por más de 20 años, pero la realidad social y la necesidad de una adecuación legal a la misma, llevaron a la expedición de la ley Orgánica 2 de 2010 *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Este postulado normativo, armonizó los derechos fundamentales de las mujeres, y la problemática de higiene y salud que estaba atravesando España en los últimos años<sup>5</sup>. De esta fuente directa de derechos se debe hacer referencia a tres cosas sumamente importantes. La primera de ellas y a su vez la más trascendental, consiste en el postulado del “libre aborto”. Reza la ley en mención en su artículo 12: “Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley.” Así pues, y partiendo de la base que la mujer es libre para el ejercicio de un aborto parcialmente reglado<sup>6</sup>, surgen las otras dos prerrogativas que resulta pertinente esbozar en el presente trabajo investigativo, las cuales son: Se tendrán como mayores de edad para la ley antedicha toda mujer mayor de 16 años, si es menor se necesitará permiso del representante legal, para realizar la intervención quirúrgica;<sup>7</sup> y la segunda, hace referencia al plazo máximo para realizar la intervención en principio es de 16 semanas, y excepcionalmente podrá extenderse a 22 semanas en caso de que exista una enfermedad grave en el feto que lo haga inviable.<sup>8</sup>

## **1.2.2 JURISPRUDENCIA DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN ESPAÑA**

Se debe decir que España no ha manejado una línea jurisprudencial consistente en esta materia, por el contrario, existen varios pronunciamientos que desarrollan casos similares con fallos diferentes, lo cual sin lugar a dudas es muestra de lo álgido que ha resultado el tema. Así pues, se mostrarán a continuación cinco de los casos más relevantes que hablan de acciones de “wrongful birth” en España, y divergen en el contenido de sus respectivas decisiones finales.

La primera Sentencia conocida en España que trata el tema de las acciones de “wrongful birth” es la Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de Junio de 1997. En síntesis, este era un caso de una mujer que se encontraba frente a un embarazo de alto riesgo, necesitando la práctica de un diagnóstico prenatal especializado con urgencia. El resultado de este examen fue informado a la paciente de manera tardía a causa de errores internos, motivo por el cual la mujer no pudo ejercer a tiempo su decisión sobre la práctica de un aborto, y efectivamente su hijo nace con síndrome de Down. La gestante demanda en nombre propio por el nacimiento de su hijo. En primera y segunda instancia se desestima la demanda, pero el Tribunal Supremo condena solidariamente al médico y a la clínica a pagar los perjuicios derivados del nacimiento del niño con síndrome de Down, valorados en 300.000 Euros; motivando su decisión en el daño moral que tuvo que sufrir la madre al ver nacer a su hijo con una enfermedad tan grave e incurable como lo es el síndrome de Down.

Pero la jurisprudencia Española no fue consecuente en el tratamiento de las acciones de “wrongful birth”, pues tan solo dos años después con la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 1999, se desestima la pretensión indemnizatoria de una mujer que en un embarazo de bajo riesgo, le realizan un errado diagnóstico prenatal, y da a luz a una niña sin algunas de sus extremidades, y con muchas anomalías. Quitándole

por consiguiente su derecho de ejercer la interrupción voluntaria del embarazo. En este caso el Tribunal consideró que había ausencia de culpa por parte del médico, motivo por el cual no se configuraban los presupuestos de la responsabilidad y por consiguiente no era procedente una indemnización.

Tres años después se encuentra la Sentencia Tribunal Supremo Español del 7 de Junio de 2002, la cual narra los hechos de María Dolores, una señora de 40 años de edad, madre de 3 hijos, quien acude a un examen prenatal, en el cual el Doctor Joaquín Vilale asegura que su embarazo se encuentra en perfectas condiciones y que no existe ninguna anomalía en el mismo. Al contrario de lo que le asegura su Doctor, la señora Dolores da a luz a un niño con síndrome de Down. Lo importante de esta sentencia además de reiterar la línea jurisprudencial que ya se venía tratando con antelación, consiste en que la accionante y su esposo entablan la demanda, pidiendo la respectiva indemnización para ambos padres, para su hijo enfermo por daños directos; y además para sus otros tres hijos por el perjuicio que respectivamente les acarrea el nacimiento de un hermano enfermo.

En primera instancia se les reconoce el pago de perjuicios a los seis interesados. En segunda instancia se desestima la indemnización de los tres hermanos, pero inesperadamente el tribunal casa la sentencia y absuelve a todos los demandados. La motivación para el fallo de este caso, no se sustenta en la culpa como la sentencia previamente citada, sino en la falta del nexo de causalidad, es decir el tribunal considera que el error en el examen NO es causa del síndrome de Down del niño, tema que se estudiará a fondo más adelante en la presente tesis investigativa.

Confirmando la disparidad de la *ratio decidendi* en la mayoría de los casos de la jurisprudencia Española sobre el tema de las acciones de “wrongful birth”, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de Diciembre de 2003. Éste es el

caso de una madre a quien se le practica un examen prenatal, y se presentan varias inconsistencias en el documento donde consta el diagnóstico, tales como: espacios en blanco y partes donde expresamente se dice que no se puede dar una respuesta a ciertos interrogantes. En éste diagnóstico se afirma que el feto está en condiciones de normalidad, pero posteriormente se determinó que se trataba de un examen errado en su contenido y con varias omisiones profundas, pues al momento del nacimiento, el niño tiene multitud de deformidades y problemas de salud. En este caso, el tribunal condena a indemnizar los perjuicios derivados del nacimiento del menor, a causa de una visible negligencia médica.

Posteriormente, el Tribunal Supremo Español se manifiesta en una sentencia del 21 de Diciembre de 2005, en la cual, a diferencia de las anteriores, la mujer embarazada si tenía pleno conocimiento del síndrome de Down que padecía su feto, no obstante el establecimiento hospitalario no le proporcionó toda la información suficiente acerca de tal enfermedad y las medidas que podía tomar, por lo tanto en este caso el tribunal condena al pago de perjuicios por el hecho del nacimiento del niño con malformaciones, teniendo en cuenta la omisión del centro hospitalario.

Para culminar con el planteamiento jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo Español, es menester manifestar que aunque España es uno de los países que más ha estudiado el tema de las acciones de “wrongful birth”, no cuenta con una línea de fallos coherente y persistente. Por el contrario, como se puede dilucidar en los casos expuestos con antelación, los fallos son incongruentes. El primero se falla con base en el daño moral (1997); el segundo desestima en su totalidad la demanda por ausencia de culpa (1999); el tercero igualmente desestima la demanda pero con base en la inexistencia de un nexo causal (2002); el cuarto condena al pago de perjuicios, pero con base en la negligencia médica (2003); y el último también condena perjuicios derivados del nacimiento del bebe, pero esta vez con base en la falta de información (2005).

## **1.3 FRANCIA**

### **1.3.1. MARCO JURÍDICO DEL ABORTO:**

Para mediados de la década de los 70's, en Francia se venía desarrollando una campaña liderada por organizaciones feministas, cuyo objetivo era la legalización del aborto en ese país, en razón de lo cual se fundó el movimiento "Choisir" (elegir), la preocupación se fundaba entre otros motivos, porque muchas mujeres practicaban abortos clandestinos de alto riesgo y otras tantas viajaban al extranjero donde si era permitido el aborto (Alberdi, 1981).<sup>9</sup> A partir de lo anterior, el 17 de Enero de 1975 se expidió una ley, promovida especialmente por la Ministra de salud de la época, Simone Veil, por medio de la cual se permitió la interrupción voluntaria del embarazo sin necesidad de aducir ninguna causal específica dentro de las diez primeras semanas de gestación, sin embargo si la vida de la madre se encontraba en peligro podría practicarse el aborto independientemente del período de gestación en el que se encontrara.

El día 10 de diciembre de 1982, la Asamblea Nacional Francesa aprobó un proyecto de ley por el cual el aborto pasaba a formar parte de las prestaciones de la Seguridad social, por lo tanto la financiación de ésta práctica ya no la asumiría directamente la mujer.<sup>10</sup>

Según un artículo médico de los autores Ignacio González Labrador y Emilia Miyar Pieiga (2001) a partir del año 1988, Francia se convierte en pionero de la utilización de un mecanismo para interrumpir el embarazo por medio de un medicamento llamado "mifepristona /misoprostol" (RU 486), esquema que se proporciona a la paciente vía oral y si se ingiere dentro de los cuarenta y nueve (49) primeros días de gestación, produce un aborto. Este mecanismo fue introducido como posibilidad de interrupción legal del embarazo en el ordenamiento jurídico francés.

En el año 2001 la Ministra del trabajo de la época, Martine Aubry impulsó una reforma a la Ley Veil del año 75, buscando extender el plazo durante el cual una mujer puede interrumpir voluntariamente su embarazo, de diez a doce semanas de gestación. Adicionalmente, por medio de esta reforma las mujeres menores de edad ya no tendrían la obligación de buscar la autorización de sus padres para practicarse el aborto, y también se permitió la posibilidad de elegir la técnica utilizada.<sup>11</sup>

Por último, dentro del marco jurídico del aborto en Francia es necesario mencionar que el Código Penal Francés establecía en su artículo 317 que el aborto era una conducta punible, lo cual sufrió varias modificaciones para llegar a la situación que actualmente se presenta en Francia con respecto al aborto: el artículo que regula este tema es el 223-10, que establece lo siguiente “La interrupción del embarazo sin el consentimiento de la solicitante, será castigado con cinco años de prisión y una multa de 500.000 francos franceses.” Lo anteriormente expuesto implica que todas las situaciones que no se adecuen a las hipótesis permitidas para la interrupción voluntaria del embarazo que ya se mencionaron, serán consideradas como un aborto ilegal para el ordenamiento jurídico francés.

### **1.3.2. JURISPRUDENCIA DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN FRANCIA**

El Tribunal de Casación Francés y el Consejo de Estado Francés empezaron a reconocer derechos a las madres que fueron privadas de la posibilidad de tomar una decisión informada encaminada a interrumpir o no su embarazo. Lo anterior se fundamentó principalmente en la imposición de unas cargas excesivas a la maternidad, especialmente en casos de niños con deficiencias y malformaciones, lo cual condujo al reconocimiento de una reparación de daños patrimoniales y daños morales a los padres como consecuencia de esa situación (Macía, 2005).



Ahora bien, en Francia tuvo lugar un caso de gran trascendencia que vale la pena traer a colación porque abrió la puerta a la aparición de las llamadas acciones de “wrongful life”, en las cuales no sólo la madre reclama una indemnización por el error médico, sino que ella en nombre de su hijo entabla directamente la demanda porque en el diagnóstico prenatal no se le informó que el feto padecía determinadas malformaciones. Se trata del famoso caso de “Nicolás Perruche”. Aquí, la mujer gestante llamada Jossette Perruche, acude a un médico informándole su preocupación porque su hija mayor estaba contagiada de rubéola y ella temía también estarlo, sin embargo el médico afirma que la Señora Jossette no padecía la enfermedad. Así las cosas, el embarazo llegó a término, y nace Nicolas Perruche con graves trastornos. La madre había puesto en conocimiento del médico su intención de abortar si el feto presentaba malformaciones como consecuencia de la enfermedad. La sentencia del Tribunal de Casación proferida el 17 de Diciembre de 2000, se pronunció sobre este caso.<sup>12</sup>

En ese pronunciamiento el Tribunal de Casación reconoció una indemnización por daños tanto a los padres como al hijo por haber nacido con anomalías, teniendo en cuenta que esta circunstancia fue la consecuencia de haberle impedido a la madre tomar una decisión lo suficientemente informada para determinar si interrumpía o no el embarazo. Este fallo fue altamente criticado y de gran trascendencia en Francia.<sup>13</sup>

Después de este importante fallo, se presentaron numerosos casos de demandas en las cuales personas con discapacidad reclamaban una indemnización haciendo uso de la llamada acción “wrongful life”<sup>14</sup>. A partir de esta situación empiezan a presentarse una serie de protestas desde el 1 de Enero de 2002 por parte de diversos grupos que manifestaban abiertamente su repudio a estas acciones, especialmente técnicos de

diagnóstico prenatal y ginecólogos, quienes criticaron ampliamente la sentencia del caso “Perruche” (Macía, A, 2009).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el legislador francés expidió una ley el 4 de Marzo de 2002, por medio de la cual se prohíbe la instauración de demandas por parte del hijo buscando la indemnización a la que se ha venido haciendo alusión, lo cual significa que el legislador francés optó por rechazar de manera tajante las acciones de “wrongful life”, dejando viva la posibilidad de los padres de demandar al médico por haberle impedido a la mujer tomar la decisión libre e informada de interrumpir o no el embarazo, es decir las acciones de “wrongful birth” quedarían aún latentes.

## **1.4 ESTADOS UNIDOS**

### **1.4.1. MARCO JURIDICO DEL ABORTO**

Dentro del ordenamiento jurídico estadounidense el caso más destacado y que sin duda alguna marcó la pauta en materia de aborto, fue *Roe v. Wade* en el año de 1973 de la Corte Suprema de Estados Unidos. En este caso una mujer llamada Jane Roe demandó en Marzo de 1970 al fiscal Wade del Estado de Texas, pues se le impedía abortar conforme al Código Penal de aquel Estado, no obstante la demandante consideraba que se estaba vulnerando su derecho a la privacidad establecido en las enmiendas: primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta de la Constitución, y por lo tanto debía respetársele su derecho a la libertad personal (decimocuarta enmienda)<sup>15</sup>.

El día 22 de enero de 1973, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó, que la ley del Estado de Texas que prohibía el aborto era inconstitucional, y manifestó que el derecho constitucional a la privacidad era lo suficientemente amplio para incluir la decisión de una mujer, si ella así lo deseaba, de interrumpir o no el embarazo (Miguel,

1983). Así las cosas, después de este pronunciamiento ningún Estado podía prohibir la interrupción voluntaria del embarazo dentro del primer trimestre.

Otro caso de gran importancia se presentó en el año de 1976, *Planned Parenthood of Central Missouri V. Danforth*. En este particular pronunciamiento se cuestiona una ley del estado de Missouri que establecía varios requisitos para practicar un aborto durante las primeras doce semanas de gestación, a saber: el consentimiento de los padres cuando se trate de menores, el consentimiento del cónyuge para el aborto en el caso de una mujer casada, el consentimiento informado de la mujer por escrito, y a su vez, se establecía una carga para los proveedores de atención médica que era la necesidad de mantener registros e informes, entre otros requisitos. Según la mencionada ley, el consentimiento del esposo no se requería si se certificaba que la vida de la madre se encontraba en peligro.

Con respecto al consentimiento del cónyuge, la Corte determinó que no era posible delegarle al esposo la posibilidad de objetar o no una decisión que es absolutamente exclusiva de la madre, pues ni siquiera el Estado mismo puede intervenir en esa decisión autónoma dentro del primer trimestre de gestación. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la Corte declaró inconstitucional aquella disposición. Por otro lado, con respecto al requisito relacionado con el consentimiento de los padres cuando se trate de una menor de 18 años, el alto Tribunal declaró que no se requería tal consentimiento para efectuar el aborto, aduciendo que ningún interés de los padres en la terminación del embarazo de su hija, puede ser más importante que el derecho de privacidad de la menor, quien es lo suficientemente madura para tomar la decisión de estar o no en estado de embarazo.

En relación con el requisito de certificación del consentimiento de la mujer que debe ser libre e informado, la Corte afirmó que era constitucional, la misma aseveración hizo respecto a la necesidad de mantener registros e informes.

Es importante traer a colación un caso de 1979, *Bellotti V. Baird (Bellotti II)*, en el cual se demandó una disposición del estado de Massachusetts que establecía un requisito para practicar el aborto en menores de edad, consistente en la autorización judicial en caso de no tener la paterna. Ésta norma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema, fundamentalmente porque no se le puede dotar al juez de la facultad para autorizar la conveniencia de la práctica abortiva, pues la mujer se considera lo suficientemente madura y competente para tomar la decisión de forma independiente. Por otro lado, la corte señaló que en todos los casos se requiere la notificación a los padres de la menor de edad sobre el procedimiento que se va a realizar.

#### **1.4.2 JURISPRUDENCIA DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN ESTADOS UNIDOS**

Los antecedentes más importantes en materia de acciones de “wrongful birth” tienen lugar en Estados Unidos. Para el año 1963 ya se dilucidaban casos en los que el punto central era la responsabilidad relacionada con el inicio de la vida. En un principio tales acciones fueron denominadas “disadvantaged” o “vida insatisfactoria”, en la cual un hijo reclamaba una indemnización, aduciendo como daño el hecho de haber nacido bajo unas circunstancias familiares y sociales desventajosas, bajo estigmas como por ejemplo el de la ilegitimidad. Tal indemnización se reclamaba frente a uno o ambos padres, sin embargo aquellas acciones fueron rechazadas por varios argumentos, entre

ellos la no existencia de un daño (Macía, 2005). Aún así constituyen un antecedente fundamental para lo que hoy por hoy conocemos como acciones de “wrongful life”

El primer caso de acciones de “wrongful life” fue el de *Gleitman Vs. Cosgrove*, para el año 1967. En este particular evento resuelto por la Corte Suprema de New Jersey, la Señora Sandra Gleitman padeció rubéola al segundo mes de gestación, y había contraído la enfermedad durante el primer mes. La madre dio a luz a un hijo con disminución en su capacidad visual, auditiva y para hablar. Los ginecólogos demandados en este caso, los Doctores Cosgrove y Dolan, no le manifestaron a la paciente los riesgos que corría el feto por el contagio de aquella enfermedad, incluso le aseguraron a la paciente que la rubéola no tendría efectos adversos o negativos en la salud de su hijo, por lo tanto la madre continuó con el embarazo. La Señora Gleitman manifestó que de haber conocido los riesgos, se hubiese practicado un aborto; no obstante, la Corte de New Jersey negó las pretensiones, aduciendo que no era posible cuantificar los perjuicios en ese caso, y en la eventualidad de poder hacerlo, señaló que el derecho a la vida del niño se encontraba por encima de cualquier otra pretensión indemnizatoria.

Posteriormente, para el año 1975 se presentó otro caso muy importante *Jacobs Vs. Theimer*, en el cual la Señora Dortha Jean Jacobs contrajo rubéola en el primer trimestre del embarazo y seguidamente dio a luz a un niño cuyos órganos principales eran defectuosos, por lo tanto interpuso una demanda en contra del Doctor Luis M. Theimer, alegando su negligencia al no diagnosticar la rubéola y advertir el riesgo que conllevaba. Asimismo, solicitó la indemnización de daños y perjuicios por los gastos médicos en que incurrió para el tratamiento y el cuidado del menor, y por otro lado el sufrimiento emocional que tal situación les había causado.

La Corte Suprema del estado de Texas señaló que las pruebas demostraban que el Dr. Theimer fue negligente al no diagnosticar la condición de la Señora Jacobs, en este caso particular, el padecimiento de rubéola, pues no manifestó que cuando las madres contraen durante el embarazo esta enfermedad, a menudo causan complicaciones en la salud del niño. Razón por la cual, el alto Tribunal admitió la indemnización por “wrongful birth” a favor de la demandante, constituyéndose de esa manera un antecedente trascendental para la aparición de este tipo de acciones en el ordenamiento jurídico estadounidense.

Un caso más reciente en la jurisprudencia norteamericana se presentó en el año de 1999, *Duplan V. Harper*. En este caso, la Señora Roseanne Duplan acudió a una clínica en “Tinker Air Force Base” (Tinker) para practicarse una prueba de embarazo que resultó positiva. La Señora Duplan trabajaba en un entorno que aumentaba los riesgos de contraer una infección por citomegalovirus (CMV)<sup>16</sup>, la cual a su vez puede causar defectos en el feto o problemas de salud, por lo tanto la demandante en este caso, manifestó que deseaba realizarse unos exámenes médicos para determinar si ella era inmune a tal infección o no lo era, pues si resultaba infectada interrumpiría su embarazo.

Los resultados de las pruebas indicaron que la Señora Duplan tenía una infección en curso primaria de CMV, y el Doctor Harper se comunicó con ella manifestándole que los resultados eran “positivos”. Para la Señora Duplan NO era claro lo que significaba la palabra “positivos”, pues ella no entendía si efectivamente era inmune al contagio o si ella estaba contagiada. Ante la confusión se comunicó con el “Reed back” (proveedores de servicios médicos empleados por el gobierno norteamericano) para la clarificación de los resultados, y le informaron que al decirle “positivos” ello implicaba que era inmune, por lo tanto decidió continuar con el embarazo. La mujer

dio a luz a un hijo, Zachary, que nació con defectos inducidos por el CMV, incluyendo la pérdida de audición, retraso en el desarrollo y la pérdida de ciertas habilidades motoras finas y gruesas, retraso mental, entre otros problemas de salud.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, la Corte determinó que la acción de “wrongful birth” está diseñada para compensar a los padres, y no al niño, señaló además, que tal acción se presenta porque se priva a la madre de tomar una decisión informada y significativa, ya sea para terminar con el embarazo o para dar a luz a un niño que potencialmente corre el riesgo de sufrir alguna discapacidad o problema de salud. Por lo anterior, resolvió la Corte admitir la indemnización a favor de la Señora Duplan, tanto por los gastos que debe asumir por el especial cuidado que requiere su hijo, como por los daños morales que se le hayan causado.

## **2. ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y SU INCIDENCIA EN LOS CASOS DE ABORTO POR MALFORMACIÓN EN COLOMBIA: MARCO JURIDICO**

### **2.1 RÉGIMEN DEL CÓDIGO PENAL Y SENTENCIA C-355 DE 2006**

Ahora bien, es procedente realizar un análisis detallado de los puntos más importantes que se esbozaron en la sentencia C -355 de 2006 para posteriormente, en otro acápite, determinar cuál ha sido el verdadero alcance de este fallo. Se anticipa que es la herramienta jurídica más importante en la actualidad sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

En esta sentencia, cinco ciudadanos presentaron tres demandas en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 122, 123, 124, y 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Por su parte, el artículo 122 reza textualmente:

La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Es de suma importancia citar este postulado normativo, porque es el que configura la conducta de aborto como punible, es entonces la norma rectora sobre la práctica abortiva.

Por otro lado, el artículo 123 establece el aborto sin consentimiento, lo cual constituye una circunstancia de atenuación punitiva en el caso que el embarazo sea el “(...) resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”. El artículo 32 numeral 7 por su parte establece una causal de ausencia de responsabilidad penal: el estado de necesidad.

Por último, se encuentra el artículo 124 del Código Penal Colombiano, el cual fue declarado inexecutable en su totalidad por la Sentencia C-355 de 2006. Antes de esta importante decisión judicial el artículo en mención expresaba:

Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Una de las demandantes considera que estas normas vulneran los siguientes derechos: derecho a la dignidad<sup>17</sup>, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el preámbulo, los artículos 1, 16 y 42 de la Constitución Política. De igual manera considera que las normas vulneran el derecho a la igualdad y a la libre determinación (Art. 13 Const.), el derecho a la vida, a la salud y a la



integridad<sup>18</sup> (Arts. 11, 12, 43, 49 Const.), el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes<sup>19</sup> (Art. 12 Cont.), y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (Art. 93 Const.). Uno de los argumentos de mayor importancia que expone una de las demandantes, se centra en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dice la accionante:

La primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

La Corte Constitucional inicia la exposición de sus consideraciones diciendo que la vida y el derecho a la vida son dos fenómenos diferentes. Éste último consiste en la protección que se otorga a la persona humana, que es de mayor grado e intensidad que el que se le otorga al *nasciturus*.<sup>20</sup> Por otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia a la cual se viene haciendo alusión, después de hacer un análisis detallado de las disposiciones contenidas en tratados internacionales, manifestó que de ellas y del bloque de constitucionalidad “(...) no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación” sino por el contrario, es necesario ponderar la vida en gestación con otros derechos protegidos por la carta y los tratados internacionales, en especial los derechos sexuales y reproductivos de la mujer”.<sup>21</sup>

Ahora bien, la Corte aclara que del anterior análisis NO se puede desprender la obligación de despenalizar el aborto por parte de los legisladores de cada Estado, pero sin duda existen límites a la potestad de configuración legislativa en materia penal, constituidos en este caso particularmente por la protección de los derechos fundamentales y principios constitucionales. La Corte analiza en la sentencia los

límites del derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, vida e integridad de las personas.<sup>22</sup>

Por último, analiza la Corte, que el legislador en materia penal se ve limitado por el principio de proporcionalidad que debe seguir al momento de establecer sus disposiciones, teniendo en cuenta además que el derecho penal es *ultima ratio*.<sup>23</sup>

Podría considerarse que los puntos anteriormente expuestos sobre los límites que tiene el legislador en materia de configuración legislativa, hacen parte de la *obiterdictum* de la sentencia, en la medida en que son argumentos importantes dentro del pronunciamiento, pero no constituyen directamente el fundamento de la parte resolutive del mismo<sup>24</sup>.

Independientemente de lo anterior, la Corte argumenta la existencia de disposiciones de derecho internacional que protegen la vida del que está por nacer, e indiscutiblemente la vida en gestación debe tener el carácter de bien constitucionalmente protegido. Asimismo lo determinan varios instrumentos internacionales, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, y el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño. Este último instrumento, según la Corte, si bien le da a los niños un tratamiento especial, no señala expresamente que el *nasciturus* sea una persona humana, y como tal titular del derecho a la vida.

No obstante lo anterior, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.1 consagra el derecho a la vida en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” La Corte al analizar ésta disposición encuentra que si bien afirma que la protección del derecho a la vida será desde la concepción, ello admite varias

interpretaciones. La primera de ellas consiste en que el *nasciturus* es persona desde su concepción (titular del derecho a la vida); la segunda, señala que la protección que debe garantizar el Estado está dada en la implementación de medidas que “en general” protejan la vida en gestación, pero no necesariamente cataloga como persona al *nasciturus* desde su concepción.

Ahora bien, posteriormente la Corte Constitucional hace un análisis del caso concreto, e inicia el planteamiento diciendo que “(...) no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales”, sino más bien que la vida del *nasciturus* es un bien protegido constitucionalmente y las decisiones que tome la mujer respecto de interrumpir o no el embarazo no solamente le importan a su esfera privada sino también al Estado y al legislador. Precisamente por lo anterior el legislador colombiano decidió establecer medidas de carácter penal para proteger la vida del que está por nacer, sin embargo la Corte considera que no es el único camino para proteger al *nasciturus*.

Señala la Corte Constitucional en el mismo pronunciamiento lo siguiente:

(...) si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

Posteriormente, entra la Corte a analizar los casos en los cuales se considera excesivo exigir a la mujer continuar con el embarazo bajo la amenaza de una sanción penal si lo interrumpe, desconociendo de forma absoluta todos sus derechos. Así pues, la corte aborda tres hipótesis de gran importancia para este trabajo investigativo:

A) Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto: la Corte considera que en este tipo de situaciones no es posible darle protección absoluta a la vida del que está por nacer porque ello desconocería totalmente los derechos fundamentales de la mujer, especialmente la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues su embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino por el contrario de una conducta punible por el ordenamiento jurídico. La Corte manifiesta que obligar a la mujer a llevar a término un embarazo bajo estas circunstancias implica imponer una carga desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer, y además convertirla en un “mero receptáculo de la vida en gestación”.

Adicionalmente, la Corte hace alusión al artículo 124 del Código Penal, manifestando que el propio legislador estableció una hipótesis de atenuación punitiva cuando el embarazo sea producto de una conducta penal de las que se han descrito. Sin embargo, dice la Corte, que la existencia de alguna de las mencionadas situaciones constituye únicamente una causal de atenuación, pero la mujer que practica el aborto se sigue considerando como delincuente.

Por otro lado, el alto tribunal exige la presentación de una denuncia sobre el hecho punible ante las autoridades competentes para proceder a la interrupción del embarazo.

B) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico: la Corte pone de manifiesto la necesidad de proteger la vida formada por encima de la vida en formación,

pues resultaría excesivo exigirle a la madre que continúe con un embarazo que constituye un riesgo para su vida o salud, además es necesario tener en cuenta que existe un deber constitucional de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de su propia salud.

La Corte trae a colación en este pronunciamiento varios instrumentos internacionales, entre ellos: Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 12,1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Artículo 12), los cuales establecen la obligación a los Estados partes de adoptar medidas que protejan la vida y salud. Dice además la sentencia que por salud no debe entenderse únicamente la salud física sino también la mental. Para proceder con la interrupción del embarazo bajo esta causal, es necesario una certificación médica que determine el peligro que sufre la mujer.

C) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida: esta hipótesis se desarrollará *in extenso* en un acápite posterior dentro de este trabajo investigativo.

Es posible afirmar que la inclusión de estos tres eventos dentro de la sentencia y su respectiva fundamentación directa, constituyen la denominada *ratio decidendi* del pronunciamiento.<sup>25</sup>

Por otro lado, con respecto al artículo 123 del Código Penal que reza: “El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años”, el alto tribunal se pronunció declarando inexecutable un aparte: “o en mujer menor de catorce años”, bajo el siguiente argumento:

(...) es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional (...)

Ahora bien, con relación al artículo 124 del Código Penal, la Corte lo declaró inexecutable enteramente, comoquiera que ésta disposición consagraba una causal de atenuación punitiva cuando se tratase de eventos de acceso carnal violento entre otras hipótesis que se explicaron con anterioridad. Se declara inexecutable porque ya no constituiría una causal de atenuación punitiva sino que se trata de una causal de exoneración de responsabilidad penal, planteamientos que son realmente diferentes.

Por último, se declaró la constitucionalidad del artículo 32 numeral 7 del Código Penal, referente a la ausencia de responsabilidad en casos de estado de necesidad. La Corte determinó que no era pertinente, declarar la inexecutable de este artículo teniendo en cuenta que consagra una figura trascendental del derecho penal, que le permite a los agentes exculparse de responsabilidad penal cuando las circunstancias del caso así lo permitan. Así pues, se trata de una causal genérica de ausencia de responsabilidad y no es aplicable únicamente al delito de aborto, sino a todas aquellas hipótesis en las que se adecúe.

Ahora bien, vale la pena traer a colación el Decreto 4444 de 2006 por el cual se reglamenta la prestación de Servicios de Salud Sexual y Reproductiva, expedido el 13 de Diciembre de ese año. Este decreto establece importantes puntos que desarrollan lo establecido por la Corte. Como primera medida señaló que los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos planteados anteriormente deben estar disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Asimismo, se debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios, y de esa forma lograr un acceso real y una atención oportuna de las mujeres,<sup>26</sup> por lo tanto no se les permite imponer barreras administrativas como por ejemplo exigir la autorización de varios médicos para llevar a cabo el procedimiento.

Al abordar el tema de la objeción de conciencia, el decreto establece que esta figura es una decisión individual y no institucional, por lo tanto se aplica exclusivamente a los prestadores directos y no al personal administrativo. Adicionalmente, no puede constituir una circunstancia de discriminación para la gestante.

## **2.2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006**

En este punto vale la pena traer a mención la sentencia T- 388 de 2009 de la Corte Constitucional donde se analiza un caso en el cual una mujer acude a una institución prestadora del servicio de salud para que le sea practicado un aborto, pues el feto tiene unas graves malformaciones que fueron certificadas por una Junta médica, a partir de lo cual ocurren varias situaciones. La primera de ellas consiste en que el médico ginecólogo le solicitó orden judicial para proceder a la interrupción del embarazo; la segunda, la EPS se negó a llevar a cabo los exámenes de diagnóstico encaminados a determinar los motivos de las malformaciones en el feto aduciendo que no estaban incluidos dentro del POS (Plan Obligatorio de Salud). Así las cosas, la mujer decidió interponer una acción de tutela y el juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia para conocer de la misma.

La Corte Constitucional en este pronunciamiento manifestó que: “Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; *contrario sensu*,

ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo (...)”. Además, la objeción de conciencia debe constar por escrito y argumentando las razones por las cuales se invoca. De igual forma, la Corte señaló que las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no se pueden excusar en la objeción de conciencia en estos eventos, pues esto significaría una negación injustificada de la justicia y se restringirían de forma arbitraria y desproporcionada derechos fundamentales.

Es importante decir, que en este fallo la Corte al exponer las conclusiones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres determinó que los profesionales de la salud deben ofrecer plena garantía de confidencialidad para garantizar la protección de los derechos a la intimidad y dignidad de la mujer.

En la sentencia T - 988 de 2007, se analizó el caso de una joven que padecía varias enfermedades entre ellas: parálisis cerebral y retardo sicomotor severo e hipotiroidismo; cuadriparesia espástica, epilepsia parcial versiva a la izquierda; mioclonia que le reducían a una silla de ruedas. Esta mujer fue víctima de abuso carnal en incapaz de consentir, a partir de lo cual quedó en estado de embarazo y su madre solicitó la interrupción del mismo, pero la EPS se negó, alegando que no se había anexado el denuncia por acceso carnal violento, ni tampoco copia o certificación del proceso de interdicción por incapacidad; y por último adujo que no existía prueba de valoración psicológica que determinara la ausencia de voluntad en la paciente.

La Corte en este fallo reiteró la protección especial de las personas discapacitadas, y llegó a la conclusión que la negación de la EPS en la situación de indefensión manifiesta en la que se encontraba la joven, contraría directamente lo establecido en la Sentencia C-355 de 2006, y adicionalmente se le impuso una carga



“desproporcionada, arbitraria e injustificada bajo entero desconocimiento de sus derechos constitucionales fundamentales.”<sup>27</sup>

Por su parte, en la sentencia T- 209 de 2008 la Corte abordó el caso de una niña de trece años que fue víctima de acceso carnal violento y, como consecuencia de ello quedó en estado de embarazo y sufrió una infección de transmisión sexual. A partir de lo anterior presentó daños psicológicos que la llevaron a un intento de suicidio. Pasan entonces a denunciar el hecho y recibe ayuda psicológica en la Fiscalía, ente que sugiere la interrupción del embarazo, pero la EPS se niega a practicarlo alegando la objeción de conciencia de su grupo de ginecólogos, y ordenando la remisión de la menor a otro hospital. Además, el hospital aseveró que no era claro que el embarazo hubiese sido originado en el acceso carnal denunciado, porque las fechas del delito y la fecundación, no concordaban. El hospital al que la remitieron también presentó objeción de conciencia por todo el equipo de ginecólogos.

La Corte estimó en esta oportunidad, que la objeción de conciencia no es un derecho absoluto, y que si existe una objeción de conciencia generalizada, es necesario remitir a la paciente de manera inmediata a otro profesional habilitado para practicar el procedimiento, y de esa forma no se vulneran los derechos fundamentales de la menor. Dijo el alto tribunal que las instituciones prestadoras de salud deben tener de antemano, una lista de profesionales dispuestos a practicar el procedimiento.

### **2.3 GRAVE MALFORMACION DEL FETO QUE HACE INVIABLE SU VIDA**

Es importante reiterar que el presente análisis investigativo, surge de la mala práctica de un examen prenatal, que tiene como problemática central, el no detectar algún tipo de anomalía o enfermedad fetal, y que a su vez tiene una consecuencia directa, la cual se sintetiza en la pérdida de la oportunidad de abortar. Es así como debemos

circunscribimos exclusivamente a una de las tres causales que trae consigo la sentencia C-355 de 2006 a saber: “(...) *que exista grave malformación del feto que haga inviable su vida.*” Es menester del presente acápite, analizar a la luz de la ciencia médica qué se entiende por grave malformación del feto, sus implicaciones y sus respectivos límites.

Ahora bien, es importante resaltar que existen dos posturas en cuanto al precedente jurisprudencial previamente citado, las cuales como investigadoras consideramos de suma importancia traer a colación al presente texto. La discusión gira en torno a qué se entiende por “grave malformación del feto que haga inviable su vida”. Así las cosas, consideramos en primer término que una lectura detallada, y ceñida a la literalidad de la Sentencia C-355 de 2006, da lugar a que la grave malformación del feto se circunscriba únicamente a aquellos casos en que el resultado sea una muerte inmediata del *nasciturus* al momento de nacer, es decir en la presente hipótesis solamente la madre tendría derecho a abortar en el supuesto de que la enfermedad que sufra el feto se reduzca a una inminente muerte al momento de nacer o antes. Esta postura surge de varios apartes de la jurisprudencia citada, entre los cuales se debe resaltar: “la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación.”

Por otro lado, la hipótesis que se abordará y acogerá en la presente monografía jurídica, radica en el concepto vida, la cual no se limita exclusivamente a la existencia como se planteó con antelación, sino a la vida digna, respecto de lo cual la propia Corte Constitucional en su Sentencia T-444 de 1999, expresó:

El derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor

posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

Es decir, al entender este importante concepto a luz de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, la grave malformación del feto para el presente trabajo investigativo no se limitará a la existencia, sino a la existencia en condiciones de dignidad.

Así las cosas, y antes de iniciar con el análisis planteado, es de suma importancia hacer dos aclaraciones previas. La primera de ellas, radica en que no toda malformación fetal concede a la mujer un derecho de aborto a la luz de la jurisprudencia Colombiana, solamente las graves malformaciones del feto que hagan inviable la vida, entendiendo por la misma, la vida digna del que está por nacer, a lo cual ya se hizo referencia;<sup>28</sup> y por otro lado se debe decir que existen un sinnúmero de enfermedades congénitas<sup>29</sup> las cuales no serán objeto de estudio del presente trabajo investigativo, y que además siendo la medicina una ciencia cambiante nada obsta para que el ser humano desarrolle otras enfermedades congénitas nuevas.<sup>30</sup> En síntesis, nos encargaremos de explicar someramente las graves malformaciones y enfermedades del feto más comunes, siendo ellas: el Síndrome de Down, Síndrome de Marfan, Síndrome de Potter, eritroblastosis fetal, y aspiración de meconio. Las cuales se entrarán a definir a continuación.

Ahora bien, para efectos de definir las graves enfermedades del feto, se tomará como base los conceptos científicos emitidos por la enciclopedia médica: Medline Plus, emitida por el National Institute of Health de los Estado Unidos de América.

- Síndrome de Down:

El síndrome de Down es un grupo de síntomas mentales y físicos que resultan por tener una copia adicional del cromosoma 21. Aún cuando las personas con síndrome de Down pudieran

tener algunas características físicas y mentales en común, los síntomas pueden variar de leves a severos. Por lo general, las personas con síndrome de Down tienen un desarrollo mental y físico más lento que las que no lo tienen.

Las respectivas consecuencias del Síndrome de Down, se encuentran posteriormente definidas por la misma corporación científica, a saber: “Las personas con este síndrome también pueden tener otros problemas de salud. Pueden nacer con enfermedades cardíacas. Pueden tener demencia. Pueden presentar problemas con los oídos y problemas en los intestinos, los ojos, la tiroides y el esqueleto.” Teniendo en cuenta lo planteado, es necesario hacer un acercamiento de ésta enfermedad desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto cabría decir que únicamente sería viable la práctica de un aborto en estos casos cuando se presenten los síntomas más severos, y que comprometan en mayor grado al que está por nacer, solo en ese evento podría catalogarse como una grave malformación del feto que lo haga inviable.

- Síndrome de Marfan:

Trastorno que afecta el tejido conectivo. El tejido conectivo está formado por las proteínas que le brindan apoyo a la piel, los huesos, los vasos sanguíneos y otros órganos. Una de estas proteínas es la fibrilina. El síndrome de Marfan es el resultado de un problema con el gen de la fibrilina.

Asimismo, sobre las consecuencias de la enfermedad agrega:

El síndrome de Marfan puede ser de leve a severo y los síntomas pueden variar. Las personas con síndrome de Marfan suelen ser muy altas, delgadas y con articulaciones flexibles. La mayoría de las personas con síndrome de Marfan tienen problemas de corazón y los vasos sanguíneos, tales como debilidad en la aorta o fugas en las válvulas cardíacas. También pueden tener problemas con los huesos, los ojos, la piel, el sistema nervioso y los pulmones.

De igual manera, tratándose de esta enfermedad es pertinente decir que habría lugar a la interrupción del embarazo cuando el *nasciturus* presente una sintomatología de las

consideradas severas para este caso en particular.

- Síndrome de Potter:

El problema primario es la insuficiencia renal. Los riñones, que normalmente producen el líquido amniótico al igual que la orina, no logran desarrollarse apropiadamente a medida que el bebé está creciendo en el útero. El fenotipo de Potter se refiere a una apariencia característica que ocurre en un recién nacido cuando no hay líquido amniótico. La falta de líquido amniótico se denomina oligohidramnios. Sin este líquido, el bebé no tiene amortiguación contra las paredes del útero. La presión de la pared uterina lleva a una apariencia facial inusual, incluyendo ojos ampliamente separados.

Asimismo, puede tener las siguientes consecuencias en el recién nacido: “(...) también puede llevar a que se presenten extremidades anormales o extremidades sostenidas en posiciones anormales o a sufrir, el oligohidramnios también detiene el desarrollo de los pulmones, de tal manera que éstos no funcionan adecuadamente en el momento del nacimiento.” Se debe de igual forma hacer referencia a que: “Se trata de una enfermedad muy grave, generalmente mortal. El pronóstico a corto plazo depende de la gravedad del compromiso pulmonar, mientras que el pronóstico a largo plazo depende de la gravedad del compromiso renal.” Conforme a la primera hipótesis anteriormente explicada, el *nasciturus* tiene una probabilidad de vida bastante reducida, y por lo tanto esta circunstancia se adecua a la causal de exoneración de responsabilidad penal establecida en la sentencia para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Es importante resaltar, que la sentencia a la que ha hecho mención establece como fundamento principal de la causal objeto de estudio, la imposibilidad de exigirle a la mujer soportar una carga excesiva y desproporcionada de asumir un embarazo y obligarla a llevarlo a término, para posteriormente tener que asumir otra carga constitutiva de la muerte de su hijo.

- Eritroblastosis, fetal: Es fundamental traer a colación la definición de esta

enfermedad en términos de la enciclopedia Estadounidense que se viene citando:

Una condición que se manifiesta por una anemia que se manifiesta en el feto debido a que los anticuerpos de la madre atacan a los glóbulos rojos del niño. Esta condición, por lo general, se origina por incompatibilidad del factor Rh entre el tipo de sangre de la madre y la del niño. La consecuencia de esta anomalía puede dar lugar a una anemia severa incurable.

- Aspiración del meconio:

Cuando el recién nacido aspira una mezcla de meconio y líquido amniótico (el líquido en que flota dentro del saco amniótico). Por meconio entendemos las primeras deposiciones que hace el bebé. Se trata de unas heces pegajosas, densas y de color verde oscuro que suelen expulsarse dentro del vientre materno al principio del embarazo y de nuevo durante los primeros días de vida extrauterina.

La consecuencia de este síndrome consiste en:

El meconio inhalado puede obstruir parcial o completamente las vías respiratorias del bebé. A pesar de que el aire puede pasar a través del meconio que ha entrado en las vías respiratorias del bebé al inspirar, el meconio se queda atrapado a las paredes de las vías respiratorias cuando el bebé expira. Y el meconio aspirado irrita las vías respiratorias y dificulta la respiración.

Así mismo, es importante explicar las afectaciones que pueden observarse en el feto como consecuencia de esta enfermedad:

El síndrome de aspiración meconial puede afectar a la respiración del bebé de varias formas diferentes, incluyendo la irritación química del tejido pulmonar, la obstrucción de las vías respiratorias por el tapón de meconio, la infección, y la inactivación del tensioactivo (surfactante) por el meconio (el tensioactivo es una sustancia natural que ayuda a los pulmones a expandirse).

Con respecto a esta afectación es menester decir que constituye una hipótesis que podría adecuarse a la causal establecida por la Corte Constitucional mientras no pueda ser tratada por medio de algún tipo de procedimiento o tratamiento médico, caso en el cual el *nasciturus* si sería viable.

## **2.4 ABORTO EN MENORES DE EDAD**

Es importante hacer alusión al tratamiento que se configuró en la sentencia C-355 de 2006 para las menores de edad, siendo consideradas como incapaces bajo la legislación colombiana actual.

Es importante hacer referencia a que el tratamiento de los menores de edad tiene diferentes repercusiones dependiendo del grado de incapacidad. Es decir, los menores adultos, que se enmarcan dentro de los 15 a los 18 años, no son vistos con los mismos ojos a la luz de la jurisprudencia del aborto, que los menores de 14 años. Motivo por el cual consideramos pertinente diferenciarlos y enunciar su tratamiento respectivo en el tema en mención.

La sentencia C-355 de 2006 comienza enunciando de manera genérica (sin diferenciar entre los años del menor), la postura que se debe asumir en caso de que existan menores de edad que quieran realizarse la practica abortiva. Entre sus líneas expresa:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo.

Teniendo entonces presente el postulado del libre desarrollo de la personalidad expuesto, debemos decir que los menores adultos, es decir aquellos entre los 15 y

18 años de edad, tienen un mayor grado de raciocinio y madurez, motivo por el cual el consentimiento del aborto se regulará por las mismas pautas que rige para los mayores de 18 años.

Sin embargo, partiendo de la base que los menores de 14 años tienen un grado de madurez más bajo, la Corte Constitucional, manifestó una postura diferente en la Sentencia C-355 de 2006, pues en el caso de “niñas menores de 14 años, se debe contar previamente al procedimiento médico, con el consentimiento ampliamente informado y cualificado de la niña, con la autorización de su representante legal y/o de la autoridad competente (consentimiento sustituto) que determine el legislador.” Es decir en esta última hipótesis, además de requerirse el consentimiento de la niña, es necesaria la autorización escrita de su representante legal, requisito que se reitera, no es necesario en el caso de los menores adultos. No obstante, posteriormente la misma corporación en sentencia T-388 de 2009, se pronunció al respecto, diciendo:

Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras: (...) Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.

Es decir, la misma Corte Constitucional esclarece que el requisito del consentimiento del representante legal no puede considerarse como absoluto, y en dado caso de que la menor quisiera practicarse el aborto y sus padres no lo autorizarán, de igual forma el procedimiento podría realizarse.



## **2.5 NATURALEZA DEL ABORTO EN COLOMBIA. ¿DERECHO O CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL?**

Es de conocimiento general que el tema de la interrupción voluntaria del embarazo es una cuestión ampliamente debatida a nivel nacional e internacional, y precisamente en nuestro país se han desarrollado importantes debates alrededor de este aspecto. Hoy por hoy, después de la sentencia C – 355 de 2006 que se expuso anteriormente, surgen nuevas inquietudes que a su vez suscitan importantes debates académicos. Vale la pena en este punto del trabajo investigativo, plantear la discusión sobre la naturaleza del aborto en nuestro país, teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 2006.

Una primera postura le da el tratamiento de “DERECHO” a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo, así por ejemplo en el prólogo del libro *El derecho al aborto: segunda parte, la despenalización parcial* del Doctor Carlos Mario Molina Betancur (2010) se plantea lo siguiente:

Las personas que defienden el “derecho a decidir” consideran la maternidad como una decisión voluntaria, el aborto posibilita la libertad reproductiva ante un embarazo no deseado, sin inmiscuirse en las razones que llevan a esta decisión. La defensa del derecho a decidir supone un profundo cambio en los derechos reproductivos, si la responsabilidad sobre la crianza de las hijas e hijos es de los progenitores también la decisión de interrumpir o no un embarazo debería dejarse a la libertad de conciencia de la persona. (p. 21).

Por otro lado, siguiendo esta misma postura, las autoras del libro, *Un derecho para las mujeres: La despenalización parcial del aborto en Colombia*, Cecilia Berraza Morelle y Claudia Gómez López, manifiestan lo siguiente:

Las tres causales despenalizadas son resultado, por una parte, de la ponderación entre el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer

embarazada y, por otra, de desarrollos jurisprudenciales que confluyen en la materialización del deber estatal de respetar y garantizar a la mujer su derecho fundamental a tomar decisiones libres e informadas sobre su propio cuerpo como medio necesario para alcanzar su emancipación y para mitigar los actos de discriminación, reivindicando así su condición de sujeto(a) moral y autónomo(a). (Gómez, 2009, p. 34).

Por medio de los anteriores planteamientos se vislumbra la postura del aborto como un derecho, en la medida en que ponen de manifiesto que en la situación actual del aborto en Colombia se faculta a la mujer a proceder con la interrupción del embarazo cuando se presente alguna de las tres causales establecidas por la corte Constitucional. Ahora bien, *contrario sensu* existe una segunda postura que aborda la situación jurídica actual del aborto de una forma diferente, teniendo en cuenta que la interrupción del embarazo en Colombia continúa siendo un delito, y existen tres causales en las que se exonera de responsabilidad penal a la mujer<sup>31</sup>. Esta tesis la plantea el Doctor Martín Uribe Arbeláez de la siguiente manera:

La Sentencia de la Corte Constitucional, C-355 del 10 de Mayo de 2006, despenalizó el aborto en ciertos casos específicos. Despenalizar quiere decir ausencia de sanción o represión penal. No es legalización porque el aborto continúa siendo un delito en Colombia, sólo que en determinadas hipótesis extremas la conducta es atípica, esto es, que no existe trasgresión o vulneración del Código Penal. (Uribe, 2007, p. 1).

Después de haber planteado someramente las dos posturas queda en manos del lector asumir una u otra, ya sea como derecho o como causal de exoneración de responsabilidad penal, teniendo en cuenta el marco jurídico del aborto que se ha desarrollado a profundidad en este trabajo investigativo, y la doctrina nacional e internacional que se ha traído a colación. Sin embargo asumiendo una postura como investigadoras, y para efectos de la presente tesis, nos centraremos en la hipótesis primera, es decir, el aborto como un verdadero derecho en cabeza de la mujer.

### **3. RESPONSABILIDAD POR ERRORES EN DIAGNÓSTICOS PRENATALES EN CASOS DE MALFORMACIÓN.**

#### **3.1 CONTRATO MÉDICO**

Ahora bien, después de haber analizado en su conjunto el tratamiento que se le ha dado al aborto en Colombia, es menester del presente análisis investigativo estudiar todo lo relacionado con el vínculo jurídico que surge al momento de realizarse un examen prenatal, que para efectos del caso que nos ocupa, se trata de un “Contrato Médico”<sup>32</sup>; por lo tanto, la responsabilidad derivada de un errado examen prenatal será la responsabilidad civil contractual, entendiéndose por ésta, según Martínez Calcerrada, (1999) como: “la que se deriva del incumplimiento de un contrato por parte del médico, que vincula al paciente, y presupone, por tanto, que aquel acudió al médico como cliente particular, o bien como miembro de una organización de naturaleza pública o privada” (p. 294). Así las cosas, es menester aclarar que normalmente el examen prenatal se da en virtud de un acuerdo de voluntades, el cual surge entre una mujer embarazada y un profesional en la salud, motivo por el cual se originan ciertos derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes, que serán objeto de estudio en el presente capítulo.

Este acápite, por consiguiente, se encargará de analizar *grosso modo* todo lo concerniente al contrato médico, su naturaleza, el acto médico, sus respectivas características, la clase de obligaciones que origina, y los deberes que se encuentran en cabeza del profesional de la salud; todo enmarcado, claro está, en el diagnóstico prenatal, tema medular de la presente tesis investigativa.

### 3.1.1 ACTO MÉDICO

Para efectos de desarrollar el principal objetivo de este trabajo investigativo es necesario explicar el concepto, características y tipología del acto médico dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Importantes Doctrinantes como Guzmán, Franco, Saavedra se han referido al acto médico en los siguientes términos:

(...) en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. (Saavedra, 2006, p. 89)

La anterior definición muestra que en el acto médico existe una relación en la cual una persona acude a otra porque tiene una alteración en su salud, y aquella, a su vez, está en capacidad de sanarlo, orientarlo o mejorarlo (Bernate, 2010).

Según el libro *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica* del Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2010), el acto médico tiene cuatro características, que a continuación se explicarán.

La primera de ellas se refiere al acto médico como un conjunto de acciones que si bien conservan cada una su individualidad, se encuentran de alguna manera unidas, esto significa que se ejecutan y articulan como un todo hasta llegar al diagnóstico. Por otro lado, dicho acto debe ser ejecutado por un profesional de la salud, y debe hacerlo en el marco del ejercicio de su profesión. En tercer lugar, se encuentra la profesionalidad, es decir, solamente a los profesionales les es lícito ejercer un acto médico, y en razón de ello debe regirse siempre por cánones profesionales, por lo tanto el acto médico debe estar sujeto a las reglas de la denominada *lexartis*. La última característica coincide con el objetivo principal del acto médico que es precisamente la preservación de la vida e integridad del paciente (Jaramillo, 2010).

Después de haber abordado la definición y características, pasamos a mencionar someramente la tipología del acto médico. Así pues, según la Ley 23 de 1981 la relación médico-paciente se origina en varios eventos: por decisión de ambas partes, por acción unilateral del médico, por solitud de terceros o por compromiso. Ahora bien, es importante decir que se pueden diferenciar varias fases del acto médico, y hay distintas posturas con respecto al número de fases existentes<sup>33</sup>.

En esta investigación se pasan a mencionar tres fases; tesis que acoge el Doctor Francisco Bernate Ochoa en su obra, *La imputación objetiva y la responsabilidad médica*: diagnóstico, tratamiento y post tratamiento. La primera de ellas se encuentra a su vez dividida en dos etapas, una constituye la fase previa en la que el profesional de la salud examina al paciente y tiene su primer acercamiento a la situación actual del usuario, para lo cual es necesario practicar todos los exámenes y pruebas suficientes que permitan concluir cual sería la terapia más adecuada para el paciente. Existe una segunda etapa dentro del diagnóstico que hace referencia al análisis de todas las pruebas recaudadas, y es el momento en el cual el médico emite un juicio sobre la situación de la persona.

La segunda etapa del acto médico consiste en el tratamiento, en el cual se realiza la intervención directa en el cuerpo del paciente por parte del médico.

Por último, se encuentra la fase del post-tratamiento, la cual, se presenta después de haber intervenido al paciente, y es necesario que el médico mantenga una asistencia y seguimiento de la salud de aquel (Bernate, 2010).

Ahora bien, después de abordar los rasgos más importantes del acto médico es menester realizar una aproximación de este concepto al objetivo principal de esta investigación. Es así como se puede afirmar que el diagnóstico prenatal constituye un acto médico en la medida en que se trata del primer acercamiento que tiene la mujer

con el profesional de la salud, momento en el cual el médico analiza la situación de la mujer y practica todos los exámenes pertinentes para posteriormente iniciar la fase del tratamiento.

Así las cosas, es importante definir el concepto de diagnóstico prenatal, para lo cual vale la pena traer a colación lo expuesto por la autora Margarita Garriga Gorina, en su artículo *Negligencia en el diagnóstico prenatal*, donde se señala:

La expresión “diagnóstico prenatal” designa las acciones dirigidas a descubrir durante el embarazo un defecto congénito, entendiéndose éste como “toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer, externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple”. (Garriga Gorina, 2003, p.4).

En el caso que nos ocupa, aquel es el preciso momento en el cual el profesional de la salud realiza un juicio con base en los exámenes obtenidos sobre la salud de la madre y del *nasciturus*, información que le va a permitir continuar con la siguiente etapa del acto médico, es decir, el tratamiento.

### **3.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS**

Antes de exponer al contrato de prestación de servicios médicos como un contrato de contenido variable, es pertinente esbozar el manejo doctrinal que ha tenido esta figura a lo largo de la historia. Así pues, a continuación, se entrará a dar una sucinta explicación de las teorías más importantes que existen sobre este tema, con las respectivas críticas que han sido señaladas por la doctrina.

La primera postura que se debe abordar, data del mismo derecho Romano, se conocía entonces el contrato médico como un contrato de **mandato**, dice el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2008) en su libro de Responsabilidad Civil Médica al respecto: “(...) dichas profesiones liberales, en las que se entronizaba la medicina, entre varias,

por numerosos siglos se gobernaron por los cánones del mandato, un contrato gratuito, de remarcado reconocimiento y figuración social (...)” (p.103). Sin embargo, esta postura es una de las más debatidas y criticadas por la doctrina, motivo por el cual entró en desuso.<sup>34</sup>

Por la misma línea surge la segunda de las hipótesis sobre la tipología del contrato médico: **arrendamiento de servicios**. Dice el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2008) al respecto:

Es así como el galeno, a través de este tipo contractual, objeto de sistemática regulación normativa (negocio típico), presta un determinado servicio médico-clínico, previamente solicitado por aquél, de suerte que en opinión de los defensores de esta postura convergen todos y cada uno de los elementos, así como los rasgos tipificadores y emblemáticos de un arrendamiento -o locación- de servicios(...). (Jaramillo, 2008, p.108)

La crítica de la doctrina a ésta teoría estriba en que siendo un contrato laboral debe obedecer a sus principios básicos, entre los cuales cabe resaltar la subordinación. Es claro en este caso, que el profesional médico no actúa subordinado del paciente, sino por el contrario trabaja al juicio de su propio conocimiento.

Por otro lado, se encuentra la teoría que enmarca la naturaleza jurídica de un contrato médico en un **contrato de obra**, conocido por la legislación colombiana como arrendamiento de obra, respectivamente consagrado en los artículos 1053 y siguientes de nuestro Código Civil. Ahora bien, para entender el tema en su conjunto, es pertinente citar el Código Civil Francés en su artículo 1710, el cual define a cabalidad el tema que nos ocupa, éste reza: “El contrato de arrendamiento de obra es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer cualquier cosa para otro, mediante un precio convenido entre ellas”. Sin embargo, la crítica que antecede a este concepto, radica en que esta tipología contractual está diseñada para objetos inanimados y no puede asimilarse un procedimiento médico en el cual está en riesgo

la vida de las personas, con la confección de una silla o una mesa.

Así las cosas, surge la posición doctrinal de dotarle al contrato médico la prerrogativa de un **contrato de trabajo**. No sobra decir, que a grandes rasgos esta teoría doctrinal carece del mismo elemento esencial que ya se había planteado con antelación en el arrendamiento de servicios, a saber la subordinación. Dice el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22: “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.” Teniendo en cuenta los motivos ya expuestos en el presente acápite no es posible afirmar que la relación médico-paciente tiene la característica esencial que rige el contrato laboral, es decir la subordinación.

La última de las teorías que consideramos pertinente esbozar en el presente capítulo, denomina al contrato médico, como un **Contrato de contenido variable, multiforme o proteiforme**, el cual para el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, es la posición más acertada en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato médico. Bajo ésta tesis no se otorga un denominación que se adecúe a un contrato en específico, pues cataloga Jaramillo (2008) que hacerlo sería: “imposible-a *fuera* que riesgoso- ...” (p. 129). Así pues, es fundamental mencionar el planteamiento del profesor Fernández Costalesen, quien en su libro *El contrato de Servicios Médicos* señala:

No se puede reducir a un solo tipo de contrato la actividad del médico si consideramos que la forma de ejercicio de la profesión y la gran variedad que existe de especialidades médicas hacen imposible encuadrar el contrato que se constituye de forma genérica en nuestro ordenamiento para darle un carácter único aplicable a todos los casos, pues partiría de una excesiva generalidad y, en consecuencia, perdería fuerza, desdibujándose su naturaleza jurídica al aplicarse a casos concretos. (Fernández, 1998, p. 67)



En síntesis, para esta teoría encuadrar en un solo tipo de contrato un negocio jurídico tan complejo como el médico resulta equívoco, debe entonces analizarse cada caso en particular, estudiar sus condiciones y posteriormente señalar cuál es su naturaleza jurídica. Es importante, hacer un último comentario, consistente en que ésta teoría es acogida por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en los últimos tiempos<sup>35</sup> aunque hoy en día la naturaleza legalmente consagrada es la de un arrendamiento inmaterial de servicios, tema que se estudiará en detalle a continuación.

Entendiendo entonces las diferentes corrientes doctrinales que existen sobre la naturaleza jurídica del contrato médico, es importante centrarnos en el tratamiento que le ha otorgado la legislación Colombiana a esta figura en la actualidad. Así pues, nuestro Código Civil en su capítulo IX, Artículos 2063 y siguientes establece genéricamente todo lo relacionado con esta tipología de contratos, y además en su artículo 2069 dice que el arrendamiento inmaterial de servicios se guiará por la normatividad referente al contrato de mandato, en lo que no fuere contrario a éste. Así pues, por su parte el Artículo 2144 de nuestro Código Civil reza: “<EXTENSION DEL REGIMEN DEL MANDATO>. Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.” Es decir las actividades que tienen la característica de “*profesiones y carreras que supone largos estudios*”, se enmarcan en esta regulación específica, atribuida así por don Andrés Bello. Sin embargo, teniendo presente todas las críticas doctrinales previamente expuestas con respecto a ésta figura, es importante traer a colación la postura que a nuestro juicio resulta válida, y es expuesta por el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, a saber:

Teniendo en cuenta que el contrato médico en Colombia, gracias a la regulación dispensada por el insigne codificador Americano don Andrés Bello L., bien puede inscribirse en uno de los precitados tipos contractuales –todo de conformidad con lo efectivamente pretendido y querido por las partes-, no resulta difícil comprobar que dicho negocio jurídico, in abstracto, es de contenido variable, proteiforme o multiforme, dado que puede asumir, conforme a las circunstancias del caso, la arquitectura asignada previamente a ellos (...) (Jaramillo, 2008, p. 152).

En síntesis, no todo contrato médico puede encuadrarse *a priori* en una tipología específica de contrato, se deben analizar entonces las circunstancias de cada caso en particular y de esta manera determinar su naturaleza, que ya puede ser: mandato, obra, trabajo, arrendamiento de servicios inmateriales, etc.<sup>36</sup>

Ahora bien, acogiéndonos a la teoría del contrato **de contenido variable, multiforme o proteiforme**, es menester hacer una aproximación breve al tema que nos ocupa, es decir, el diagnóstico prenatal; acto médico al cual ya se hizo referencia, y que en línea de principio, se debe catalogar tal acto dentro de la regla genérica que trae consigo el Código Civil Colombiano, es decir se entenderá en el presente trabajo de investigación que la naturaleza jurídica es un arrendamiento de servicios inmateriales, al tenor de artículo 2063 C.C y siguientes.

### **3.1.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO MÉDICO**

Ahora bien, para efectos de entender el análisis de responsabilidad civil médica que se abordará más adelante, vale la pena mencionar cuáles son las características propias del contrato médico en sentido genérico, haciendo una previa aclaración, y es que no se ahondará *in extenso* en su contenido, pues simplemente se dará un panorama global sobre los elementos que configuran el contrato médico.

Las características del contrato médico en concordancia con lo expuesto por el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, son las siguientes: *Intuitio personae*: Se fundamenta en principio, en la confianza a un determinado médico, sin embargo esta característica presenta varias excepciones, como por ejemplo, cuando el paciente llega al galeno por una urgencia donde no tiene la facultad de escoger al profesional de salud por la necesidad de atención en forma rápida; *Rescindible*: En principio cualquiera de las partes puede abandonar el contrato, con la excepción de que el médico no podrá abandonarlo cuando se ponga en riesgo la vida del paciente; *Consensual*: Es decir para perfeccionarse solo es necesario el acuerdo de las partes; *Tracto sucesivo*: El cumplimiento está diferido en el tiempo; *Bilateral*: las partes se obligan recíprocamente, tema que se estudiará posteriormente en detalle; *Oneroso*: El beneficio también se predica de ambas partes (Jaramillo, 2008).

Sin lugar a dudas en el tema objeto de estudio, es decir la praxis prenatal, todas las anteriores características pueden dilucidarse, motivo por el cual es dable afirmar que la figura por medio de la cual puede explicarse la naturaleza del diagnóstico prenatal, es precisamente el contrato médico.

#### **3.1.4 OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y RESULTADO EN EL CONTRATO MÉDICO.**

Ahora bien, es de suma importancia analizar a la luz de un contrato médico qué tipo de obligaciones surgen de éste vínculo, y para hacerlo es menester definir dos importantes conceptos que atañen al presente acápite. Así pues, se entiende como obligación de medio, según Antonio José Chacón Pinzón (2004): “(...) aquella en virtud de la cual una persona en calidad de contratista se compromete a adelantar todas las acciones posibles tendientes a mantener, recuperar o preservar determinada situación.” Posteriormente, el mismo texto agrega el concepto de obligación de

resultado, y la define como: “(...) es el fin último, es aquella en la cual se compromete a entregar el producto, o resultado determinado.” (p. 126) En síntesis, difieren ambas obligaciones en que la primera no asegura un resultado específico, sin embargo si deben asegurar todos los medios para intentar llegar a un fin último. Por el contrario, en la obligación de resultado no importan los medios implementados, lo que se analiza preponderantemente es el producto.

Así las cosas, es importante traer a colación la posición doctrinal de Alain Orrego Alarcá y Pedro José Corena Mercado (2007), quienes expresan lo siguiente: “Todo acto médico incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.” (pg.76). La mayoría de la doctrina ha apoyado esta tesis, sin embargo es necesario aclarar, que en materia de cirugías estéticas el determinante que lleva a una persona éste procedimiento, NO es propiamente un motivo de salud, sino uno netamente estético, por lo tanto es importante analizar a qué se comprometió el médico antes del procedimiento, pues si éste asegura un determinado resultado físico en el paciente, la obligación se entenderá como aquellas de resultado. Al respecto manifestó la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento del 5 de Marzo de 1940, cuando ya se empezaban a gestar estas importantes discusiones:

“(...) puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación con fines estéticos sino asegura un resultado se tomará como una obligación de medios.”

Ahora bien, es pertinente hacer alusión al examen prenatal y ver que tipología de obligación le corresponde. Para hacerlo debemos hacer referencia a dos circunstancias en concreto que preceden al examen en comento. La primera de ellas, es partir de la base que entiende a la ginecología como rama de la ciencia médica que estudia todo lo relacionado con el embarazo, así pues, comenta el Doctor Chacón (2004), al

respecto: “(...) se efectúa el control prenatal, espera el parto y el nacimiento de un producto. No por esta razón podemos sostener que estamos frente a un resultado, cuyo producto será el nacimiento (...)” (pg.37). Es decir existe un “aleas” normal en el embarazo que hace que sea impertinente tomar este caso en concreto como una obligación de resultado, así las cosas en este punto se puede enmarcar la obligación como aquellas denominadas de medio.

Por otro lado, se debe analizar el examen de diagnóstico prenatal en concreto y examinarlo como una figura aislada, es decir, cuando una madre va a practicarse cualquier tipo de examen tiene la aspiración fundada que le entreguen un examen hecho de forma correcta con todas las características derivadas de la *lex artis*, y que además se adecúe correctamente a la realidad. Lo anterior significa que en este punto de la ginecología si estaríamos en el plano de una obligación de resultado. Así se pronunció el Consejo de Estado en la Sentencia del 15 de Julio de 2000: “(...) es que hay veces que se perfilan como típicas obligaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, en buena medida de la adecuada realización de cada una de las etapas diferenciadas (...)”.

Después del anterior planteamiento sobre el contrato médico, pasamos a realizar un análisis de los deberes del médico en las distintas etapas que se explicaron al momento de abordar el acto médico.

### **3.1.5 DEBERES DEL MÉDICO**

Los deberes del médico surgen del mismo acto médico que se explicó en el anterior acápite, y consisten en obligaciones que se encuentran en cabeza del profesional de la salud. La Doctrina ha clasificado los deberes del médico en primario y, en

secundarios o especiales. El primario, se refiere a la asistencia médica que comprende varios eslabones, a saber: los cuidados médicos, el diagnóstico y el tratamiento, que ya se dieron a conocer en líneas anteriores. En segundo lugar, se encuentran los denominados deberes especiales, que aparecen por la complejidad del acto médico, el cual NO se reduce a un solo deber de asistencia profesional sino que por el contrario se caracteriza por la existencia de varias obligaciones (Jaramillo, 2010). Lo anterior se fundamenta al decir que el acto médico está constituido por varias actividades independientes pero a la vez conectadas entre sí, como se explicó con antelación, así pues, se puede concluir que, los mencionados deberes secundarios son verdaderos deberes de conducta.

El Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2010) en su obra *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, señaló lo siguiente, en relación a tales deberes: “Cada uno de ellos, conforme a las circunstancias, tiene asignada una indiscutida misión tuitiva, a la par que estelar, enderezada a satisfacer el interés-básico-del paciente, hasta donde ello resulte real y racionalmente posible, con sujeción a la *lex artis ad hoc*” (p. 106). La labor de la que nos ocuparemos a continuación, es precisamente explicar cada uno de estos deberes especiales para luego enmarcarlos dentro de los diagnósticos prenatales, objetivo principal de éste trabajo investigativo.

### **3.1.5.1 DEBER DE GUARDAR EL SECRETO MÉDICO**

El Doctor Francisco Bernate Ochoa (2010), al referirse a este importante deber, manifiesta: “Es obligación del profesional de la salud mantener en reserva todo aquello que en desarrollo de su función ha conocido sobre el paciente, su estado de salud, sus antecedentes, etc.” (p.121).

La primera fuente de derecho que establece este deber y por lo tanto es fundamental mencionarla, es la Constitución Política de 1991, cuyo Artículo 74 reza: “El secreto profesional es inviolable”. Ello debe ser así porque la relación médico-paciente se fundamenta en la confianza, en virtud de la cual el paciente le proporciona toda la información al profesional de la salud, quien a su vez puede realizar los exámenes que considere prudentes para recolectar toda la información necesaria hasta llegar a un diagnóstico. Lo anterior significa que el médico tiene en su poder información que está obligado a mantener en reserva y no divulgar. Es menester decir, que al profesional de la salud se le exige el cumplimiento de este deber en desarrollo del principio de buena fe, por lo tanto debe actuar siempre con lealtad y corrección (Jaramillo, 2008).

La segunda fuente de derecho que es necesario traer a colación, es la ley. El artículo 1, numeral 4 de la Ley 23 de 1981 establece lo siguiente: “4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.” Adicionalmente, el artículo 2 de la misma ley dispone: “El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento Médico (...) Guardar y respetar los secretos a mí confiados.” Estas disposiciones son el fundamento legal más importante que permiten afirmar con certeza que el médico tiene un deber de guardar el secreto profesional.

La mencionada ley establece en su artículo 37 que el secreto médico profesional debe entenderse como aquello que no le es ético ni lícito revelar al médico sin justa causa.<sup>37</sup>

Es fundamental decir que el secreto médico no es absoluto, y por lo tanto existen ciertos eventos previstos por la ley y profundizados por la Doctrina, que le permiten al

profesional de la salud revelar la información que ha obtenido en ejercicio de la actividad médica. A continuación se mencionan algunas excepciones, a saber:

La primera de ellas, establecida en la mentada ley, dice: “a). Al enfermo en aquello que estrictamente le concierne y convenga”. Otra excepción se presenta cuando la revelación se realice a los responsables del paciente, en casos de personas menores de edad o mentalmente incapaces, o a los familiares de un enfermo cuando la revelación sea útil para el tratamiento (Artículo 38 Ley 23 /81).<sup>38</sup>

En segundo lugar, cuando la información sea empleada con un exclusivo fin pedagógico, académico o científico<sup>39</sup>. También puede revelarse cuando se convoca a una junta médica. Asimismo, cuando el directamente perjudicado de guardar el secreto profesional sea el propio médico, o cuando el paciente sea quien autorice la revelación (Jaramillo, 2008).

Por último es importante explicar una de las excepciones consagradas en el artículo 33 del decreto 559 de 1991 que establece lo siguiente:

Por razones de carácter sanitario, cuando la persona tenga la condición de infectado asintomático, el médico tratante, en los casos en que considere la existencia de peligro inminente de contagio, podrá informar de su estado de salud al cónyuge, compañero permanente o pareja sexual permanente, para su respectivo estudio diagnóstico, previo consentimiento informado de éstos (...)

Ahora bien, es pertinente explicar dos disposiciones del Código de Procedimiento Civil, específicamente los artículos 213 y 214 (Actualmente, los Artículos 208 y 209 del Código General del Proceso, respectivamente) el primero de ellos establece el deber de testimoniar, en virtud del cual, “toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley”, por su parte, el segundo de ellos, señala las excepciones al deber de testimoniar, pues no están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su



conocimiento por razón de su profesión u oficio, entre las cuales se encuentran los médicos, médicos enfermeros, laboratoristas, “en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional”.

Después de haber abordado este deber, es de gran importancia realizar un acercamiento al tema que nos ocupa en este trabajo investigativo. Así pues, resulta necesario decir que en tratándose de diagnósticos prenatales, el ginecólogo o profesional de la salud que realice el acto médico, tiene el deber de guardar el secreto respecto de la información a la que ha tenido acceso en razón de su profesión, y no puede divulgarla, salvo que se encuentre inmerso en alguna de las excepciones que con anterioridad se explicaron. Si bien este deber es de gran trascendencia, existe otro cuya relevancia es aun mayor para efectos de desarrollar el objetivo principal de esta investigación, se trata del deber de información que a continuación se explicará.

### **3.1.5.2 DEBER DE INFORMACIÓN**

Es sin duda un deber sobresaliente en cabeza del médico, que según el Doctor Francisco Bernate Ochoa consiste en:

(...) suministrar la información al paciente sobre su estado actual de salud, los riesgos en que se encuentra su integridad, las alternativas de tratamiento, los riesgos que las mismas conllevan y, en nuestro criterio, debe informar adicionalmente sobre los riesgos que conllevaría la no aplicación del tratamiento (Bernate, 2010, p. 122).

Compartimos la tesis expuesta, en la medida en que es necesario informar a la persona las consecuencias que tendría la inaplicación del tratamiento, interpretación que surge de analizar este deber con lo que se ha expuesto en líneas antecedentes; es decir, el primero y más importante objetivo del acto médico es la preservación de la vida e integridad del paciente, por lo tanto si un profesional de la salud omite informarle al paciente que la no aplicación de un tratamiento conlleva unos riesgos, en nuestro

parecer, podría afectar directamente la vida o integridad del individuo si éstos se llegasen a concretar.

El autor reseñado manifiesta que la información de los riesgos se circunscribe a aquellos que sean previsibles médicamente en el momento del diagnóstico (aquellos de común ocurrencia y que normalmente se desprenden del tipo de procedimiento que se efectúe). De igual manera señala el autor que todo procedimiento médico lleva consigo algún tipo de riesgo para el paciente, pero el médico debe transmitirle únicamente los que sean inherentes al procedimiento (Bernate, 2010).

Este deber implica la necesidad de informarle al paciente sobre el estado actual de su salud. Con anterioridad se explicó que una de las fases del acto médico era el diagnóstico, razón por la cual una vez el médico haya realizado todos los exámenes pertinentes para llegar a ese diagnóstico, debe proporcionarle esa información de forma clara y precisa al paciente, además debe hacerlo en un lenguaje que la persona pueda entender, sin que sea tan técnico. Adicionalmente, debe informar las diferentes alternativas terapéuticas (Bernate, 2010).

El principal objetivo de esta monografía jurídica es determinar cuál sería la eventual responsabilidad médica por un diagnóstico prenatal donde se omite informarle a la mujer que el *nasciturus* tiene una malformación tal que lo hace inviable; siendo éste el objetivo más importante, ya se dilucidan respuestas al planteamiento general con lo que se ha expuesto en líneas anteriores. Este acápite constituye sin duda alguna uno de los fundamentos de mayor trascendencia para determinar si hay o no, lugar a la responsabilidad médica.

En el caso particular sobre diagnóstico prenatal, es posible decir que el médico tiene la obligación de informarle a la mujer de forma clara y completa, cuál es el estado actual de su salud y de la salud del que está por nacer, además de los riesgos que

corren tanto la madre como el feto. Es por ello que si el médico encuentra cualquier tipo de malformación en el *nasciturus* debe informársele a la madre, y si se trata de aquellas malformaciones que lo hacen inviable (las cuales se abordaron con anterioridad), la mujer puede válidamente ejercer su facultad de interrumpir el embarazo, *contrario sensu* si el profesional de la salud OMITI esta información, bien porque la conoce y no la proporciona o bien porque no realizó los exámenes pertinentes para llegar a ella, estaríamos frente a una vulneración al deber de información. En el caso que hoy nos ocupa implica el quebrantamiento de la facultad que tiene la mujer de practicarse un aborto en aquel evento.

En este punto, es oportuno exponer el planteamiento de una autora española, Margarita Garriga quien en su artículo *Negligencia en el diagnóstico prenatal* señala:

Por tanto, no se discute sobre la realización de un acto médico, como la intervención del médico sobre el cuerpo de un paciente, sino sobre si éste informó, como era su deber, sobre los recursos disponibles para conocer el estado del feto dadas las características de la mujer. La actuación diligente del médico no podía evitar la enfermedad: el Síndrome de Down es una patología que afecta al feto desde el momento de la concepción, no la causa el médico ni puede curarse y lo único que se puede hacer es detectarla e informar a la madre, que es quien puede decidir sobre una posible interrupción del embarazo (FD 13° de la STC 53/1985) (Garriga 2003, p. 7).

Aquí se vislumbra con claridad la omisión a un deber del médico, quien está obligado a informarle a la mujer que el feto tiene una malformación, y será ella quien de forma autónoma e independiente decida si interrumpe o no su embarazo. En el caso colombiano estaría facultada a hacerlo únicamente si el feto tiene una malformación que lo hace inviable, lo cual se explicó ampliamente en otro acápite de esta investigación.

### **3.1.5.3 DEBER DE OBTENER CONSENTIMIENTO INFORMADO:**

Este deber se encuentra íntimamente ligado con el anterior, pues surge precisamente por el deber de información que radica en cabeza del profesional de la salud, y en palabras del Doctor Fernando Bernate Ochoa consiste en:

El acuerdo de voluntades, en virtud del cual el paciente manifiesta libre y espontáneamente su aceptación al procedimiento, precedido de una información suministrada por parte del profesional de la salud, la cual contiene el estado actual de salud del paciente, el contenido y los riesgos de la intervención, así como los riesgos de la no intervención (...) (Bernate, 2010, p.131).<sup>40</sup>

La disposición legal que consagra este deber es el Artículo 15 de la Ley 23 de 1981 que establece la necesidad de pedir el consentimiento al paciente para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que el médico considere indispensables.

Es de resaltar un pronunciamiento de la Corte Constitucional donde reiteró las características del consentimiento informado, señalando que éste debe ser: libre, informado, autónomo, constante y, cualificado<sup>41</sup> (Sentencia T- 1019 de 2006).

Ahora bien, el deber de información del cual se desprende el consentimiento informado, tiene como destinatario directo al paciente, sin embargo en los casos de incapaces, esta situación varía notablemente. Con respecto a este tema es importante resaltar un señalamiento esbozado por el Doctor Carlos Jaramillo (2008), que dice:

(...) al asentimiento de los menores de edad, pues si bien es cierto se estima que no son capaces y, en tal virtud, pasibles de la información médica, tampoco es menos cierto que existen peculiares circunstancias que suscitan reflexión, en orden a no aplicar con carácter absoluto el axioma según el cual siempre se requiere de la voluntad ajena de los familiares del menor (Jaramillo, 2008, p.232).

Así las cosas, el tema de aborto en menores de edad, y del respectivo consentimiento informado, fue estudiado en detalle previamente en otro capítulo del presente análisis investigativo.

#### **3.1.5.4. OTROS DEBERES MÉDICOS**

Con antelación se expusieron tal vez los dos deberes más importantes que tiene a cargo el profesional de salud, sin embargo existen otros que de igual forma son significativos, pero para efectos de este trabajo se abordarán someramente.

Existe el deber de contar con conocimientos, de poseer habilidad o pericia, y de actualización. Con respecto a este deber, el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2008) se manifiesta en los siguientes términos: “(...) en el campo obligacional, más allá de su pertinencia, el médico está obligado a ser hábil, en razón de que siéndolo será más expedita la oportunidad de conseguir, dependiendo de las circunstancias, el resultado buscado por el paciente.” El mismo autor también señala que éste deber incluye la obligación de actualización constante por parte del médico.

Asimismo, y siguiendo al mismo autor, el médico tiene el deber de continuar el tratamiento prescrito e iniciado con antelación; de igual manera tiene el deber de disponer del material e instrumental adecuados y por último el deber de prescripción farmacéutica –certificación y documentación-, es decir, llevar una historia clínica (Jaramillo, 2008).

Ahora bien, vale la pena aclarar que la Doctrina identifica aún más deberes a cargo del profesional de la salud, pero aquí se expusieron los más relevantes para el desarrollo del objetivo principal de esta investigación.<sup>42</sup>

Si bien el médico tiene a su cargo la ejecución de tan importantes deberes, por tratarse de un contrato médico que se caracteriza por ser oneroso-conmutativo, que como se analizó anteriormente, quiere decir que surgen obligaciones reciprocas para las partes,

ello significa que el paciente tiene de igual forma deberes a su cargo. Según el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2008), éstos son: la obligación de pagar los honorarios médicos, el deber de cooperación oportuna y efectiva a cargo del paciente que a su vez se divide en dos; el deber de cooperación respecto del tratamiento recomendado y el deber de cooperación en torno al suministro de información veraz.<sup>43</sup>

Para efectos de acercar los antedichos deberes al caso de los diagnósticos prenatales, es fundamental decir que la mujer está en la obligación de proporcionarle al médico toda la información referente a sus síntomas, patologías, edad real y en general, información certera que le permita al profesional de la salud emitir un diagnóstico correcto.

## **3.2 FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

### **3.2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

La Carta Política de 1991 propende por la protección y salvaguarda de los derechos de todas las personas dentro de un Estado social de derecho (Artículo 1), y en ese orden de ideas se establecen unas finalidades a cargo del Estado que permiten garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, razón por la cual la misma Constitución en su artículo 366 señala como objetivo fundamental de la actividad Estatal, la solución de necesidades insatisfechas de SALUD y educación, entre otras. Es por ello que dentro de los planes y presupuestos de la nación y las entidades públicas, aquellos importantes aspectos son considerados como gasto público social y tendrán prioridad por mandato constitucional. Adicional a lo anterior la salud es considerada como un derecho, pues así lo establece la Carta Política en su artículo 49: “La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado (...)”. De igual forma

el artículo 48 señala que “la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado (...)”. Si bien este derecho no se encuentra mencionado como un derecho fundamental en la Carta, ya la jurisprudencia Constitucional le ha dado ese carácter en varios pronunciamientos de gran envergadura<sup>44</sup>. En consideración a estas normas y pronunciamientos jurisprudenciales es posible decir que la protección a la salud, como derecho y como servicio, constituye una finalidad a cargo del Estado y por lo tanto debe implementar todas las medidas necesarias para garantizarla.

Ahora bien, es necesario conectar los anteriores fundamentos normativos con dos artículos de gran trascendencia constitucional, el artículo 11 que establece el derecho a la vida como inviolable, y el artículo 1 donde se afirma que el Estado social de Derecho tiene como cimiento el respeto por la dignidad humana. El análisis conjunto de todas estas disposiciones nos lleva a concluir que la ciencia que estudia la salud y que propende por la protección de la vida e integridad de las personas y en alza la dignidad humana, es precisamente la medicina, por lo tanto cualquier vulneración a los derechos antes mencionados vulnera asimismo la Carta Política y por lo tanto la responsabilidad médica encuentra su fundamento primario en la Constitución.

### **3.2.2 ÉTICA MÉDICA DISCIPLINARIA**

El tema que se pasa a abordar es sin lugar a dudas amplísimo y altamente estudiado, pero para efectos de esta investigación analizaremos los grandes rasgos del mismo comoquiera que a lo largo de todo el trabajo investigativo se han venido desarrollando aspectos fundamentales de esta importante temática.

En este punto es pertinente hacer referencia a la definición de bioética para después ahondar en las características que se constituyen en los verdaderos pilares de la ética

médica. Así pues, los autores Españoles Juan Carlos Álvarez y Jorge José Ferrer (2003) citando a Warren Thomas Rich, definen bioética como: “El estudio sistemático de las dimensiones morales -incluyendo la visión moral, las decisiones, las conductas y las políticas- de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, usando una variedad de metodologías éticas en un contexto interdisciplinario” (P. 21).

Esta definición dilucida con claridad que el fundamento de esta ciencia está dado por la moral y por la ética, que siendo conceptos distintos<sup>45</sup>, estudian en todo caso el comportamiento humano para determinar el valor de bondad de tales conductas, siendo la ética más amplia que la moral.

Ahora bien, con la claridad del concepto de bioética, es menester exponer las características de la ética médica; en palabras de los autores Fernando Guzmán M, Eduardo Franco D, y Edgar Saavedra R, (2006) se explicarán los pilares en los cuales se debe fundamentar el ejercicio médico, a saber: la autonomía y la beneficencia. El último de ellos, se refiere a la imposición del deber en cabeza del médico de buscar el bien para el paciente, es decir, buscar siempre prescribir al enfermo el tratamiento que lo beneficie y abstenerse de causarle cualquier daño o perjuicio, es precisamente éste el reflejo del juramento hipocrático<sup>46</sup>. Por su parte, la autonomía significa que al paciente se le debe permitir su autodeterminación y mientras concurren los requisitos de: capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada, es el paciente quien determina si se realiza o no el procedimiento / tratamiento<sup>47</sup>.

Así las cosas, es importante entrar a esbozar algunas disposiciones sobresalientes del marco legal en materia de ética médica. La primera es la ley, de obligatoria mención, a la cual ya se ha hecho referencia en líneas pasadas, se trata de la Ley 23 de 1981, que junto al Decreto 3380 de 1981 constituyen el soporte jurídico más importante en este tema.



El artículo primero, numeral 1, de la mentada ley establece que la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud y propender por la prevención de las enfermedades, y por lo tanto esta profesión tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes, dice la norma. Por su parte el numeral 3, señala que el médico debe procurar siempre salvaguardar los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, “(...) protegiéndola de todo sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.”

Es importante resaltar que el numeral 6 del mencionado artículo asevera que el médico es un auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, que puede actuar como funcionario público o como perito, y en éste caso ejecutará sus funciones buscando la verdad y sólo la verdad. En líneas anteriores se dijo que la bioética tiene su fundamento precisamente en los conceptos de ética y moral, razón por la cual vale la pena traer a colación una disposición establecida en la mencionada ley que dice: “8. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal”.

Posteriormente, la ley que se viene analizando regula el juramento médico y la relación médico-paciente, que ya ha sido objeto de análisis con antelación. Acto seguido, la ley se refiere a las relaciones del médico con sus colegas, señalando en su artículo 29 lo siguiente: “La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento especial de las relaciones entre médicos”.

Ahora bien, el Título III de la ley 23 de 1981 se refiere a los órganos de control y régimen disciplinario señalando como tales a la Federación Médica (la ley la reconoce como institución asesora y consultiva del Gobierno Nacional) y a los tribunales ético-profesionales<sup>48</sup>. Por su parte, el artículo 74 regula el proceso disciplinario ético-profesional de la siguiente manera: puede ser instaurado de oficio por cualquier

miembro del tribunal cuando consideren violadas las disposiciones de la ley en mención, a solicitud de entidad pública o privada, o en general de cualquier persona. Sin embargo la norma sí exige la presentación de una prueba siquiera sumaria de la vulneración.

Posteriormente, el presidente del tribunal nombra a un miembro para que realice la fase de instrucción y presente sus conclusiones en un término no superior a 15 días hábiles. Presentado el informe, el tribunal en pleno conocerá del mismo dentro de los 15 días hábiles siguientes, a partir de lo cual puede tomar una de dos decisiones: determinar que no existe mérito para formular cargos, o efectivamente formularlos. Si se llega a la segunda decisión, será necesario notificarle al médico los actos que se le imputan, para que posteriormente sea escuchado en diligencia de descargos. En sesión distinta el tribunal fallará de fondo sobre los cargos imputados. Es importante decir que la ley que se viene estudiando hace una remisión al Código de Procedimiento Penal en los casos no previstos en ella. Ahora bien, si el tribunal determina que efectivamente se cometió una falta contra las normas de ética médica, podrá imponer las sanciones respectivas de acuerdo a la gravedad y reincidencia en la conducta (Artículo 83 L.23/81), entre ellas se encuentran: amonestación privada, censura, suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses o hasta por cinco años. Con respecto a este tema es pertinente decir que la responsabilidad ético profesional es individual, así lo manifiesta el autor Antonio José Chacón Pinzón (2004) en su obra *Fundamentos de responsabilidad médica*, quien al referirse a esta temática afirma: “La responsabilidad ética es personalísima, es decir, es predicable solamente del profesional que cometió la falta o ejecutó el acto y no de la institución a la cual presta sus servicios”. (p. 117)

## **4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Éste último capítulo se encargará de explicar cada uno de los elementos necesarios para que se configure una responsabilidad civil y por consiguiente se condene a un pago indemnizatorio. Los elementos necesarios para que exista Responsabilidad Civil son: el daño, la culpa y nexo causal. En este punto vale la pena traer a colación un importante pronunciamiento Jurisprudencial del 16 de Septiembre de 2011, de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se manifestó lo siguiente:

(...) es menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva.

### **4.1 DAÑO**

En materia de responsabilidad civil, una conducta culposa solamente toma relevancia cuando se genera un daño, sea patrimonial o extrapatrimonial, clasificación que se abordará más adelante. No ocurre lo mismo en otras áreas del derecho, como el penal, donde hay casos en los cuales no se necesita la configuración de un daño, es el caso de la figura de la tentativa (Artículo 27 Código Penal)<sup>49</sup>. Lo anterior no ocurre desde el análisis del derecho civil, así por ejemplo, en el caso de la responsabilidad civil médica si un profesional de la salud actúa negligentemente y NO ordena la práctica de

unos exámenes de rigor, que bajo la *lexartis* son de obligatoria realización, pero aún así el paciente no sufre ningún tipo de daño o perjuicio, ni en su vida ni en su integridad personal, mal haría el legislador en consagrar una norma que dé lugar a la indemnización del paciente, pues no se concretó ningún daño.

Ahora bien, es pertinente traer a colación la definición de daño, desde la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.<sup>50</sup>

Por un lado, se encuentra el daño en la responsabilidad contractual, que es definido por el Doctor Guillermo Ospina Fernández (2008) en su sobresaliente obra, *Régimen General de las Obligaciones*, en los siguientes términos: “(...) detrimento que experimenta el acreedor por la inexecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa que le es debida” (p. 121). De igual forma, este autor afirma que el incumplimiento del cual se habla en la definición, no puede generar la obligación de reparar perjuicios de forma indefinida, sino que es la propia ley la que impone los límites.

Por otro lado, es importante dilucidar con mayor profundidad el concepto de daño en la responsabilidad civil extracontractual, para lo cual el autor Chileno Enrique Barros Bourie, citando al gran autor Alessandri, nos ilustra de la siguiente manera:

En general, la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”. Esta idea aparece recogida en la doctrina civil francesa, que ha sido muy influyente en nuestro derecho (Bourie, 2010, p. 221).

Ahora bien, es fundamental para efectos de comprender de forma íntegra el concepto de daño, explicar algunas clasificaciones doctrinales de ese importante elemento de la

responsabilidad, para lo cual seguimos el planteamiento del Doctor Guillermo Ospina Fernández (2008), quien trae una clasificación de los perjuicios, entre ellos:

a) Perjuicios materiales y morales: los primeros se refieren al detrimento que sufre el patrimonio del acreedor, es decir, se habla netamente de un conjunto de valores económicos, mientras que los perjuicios morales son aquellos que experimenta el acreedor en su propia persona, en sus afectos o en su esfera moral. El mencionado autor explica una tesis que tuvo gran acogida durante mucho tiempo y se constituyó en tradición doctrinaria por un periodo importante, la cual aducía que en la responsabilidad contractual se negaba la indemnización de perjuicios morales porque no se dilucidaba la forma cómo el incumplimiento de una obligación pudiese generar afectaciones en la esfera espiritual de una persona. No obstante, la doctrina modificó tal planteamiento para decir que sí existe la posibilidad de encontrar este tipo de perjuicios como consecuencia del incumplimiento obligacional (Ospina, 2008).

Es importante decir que la anterior es una clasificación Doctrinal, teniendo en cuenta que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia clasifica los daños en: patrimoniales y extrapatrimoniales, tal como lo expresa en Sentencia del 13 de Mayo de 2008 (M.P César Julio Valencia Copete).

Es éste el momento oportuno para recordar que la responsabilidad médica, en línea de principio, es contractual; tal como se plasmó en líneas anteriores, por lo tanto el incumplimiento de un deber del médico puede sin lugar a dudas generar perjuicios morales para el paciente y su familia.

B) Perjuicios directos e indirectos: en palabras del Doctor Guillermo Ospina Fernández consisten en:

Si este daño es una consecuencia inmediata y explicable por la sola falta de ejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de lo debido, se estructura un perjuicio directo; pero si el daño se vincula al incumplimiento de modo mediato hasta ser incierto que aquel sea

consecuencia necesaria de este o que lo sea de otras causas distintas, el perjuicio es indirecto (Ospina, 2008, p. 124).

C) Perjuicios previsibles e imprevisibles: en este punto es necesario plantear la hipótesis referente a la posibilidad que tenía el deudor de prever o no el daño que sufriría el acreedor como consecuencia del incumplimiento, para determinar si hay lugar o no a la indemnización. Según el artículo 1616 del Código Civil, “Sino se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron prever al tiempo del contrato (...)”.

D) Perjuicios ciertos y eventuales: para que el acreedor pueda reclamar una indemnización, el deudor debió haberle irrogado un daño que se haya ocasionado de forma efectiva, no meramente probable. Sin embargo, existen perjuicios futuros cuya falta de actualidad no les quita la potencialidad de ocurrencia y por lo tanto mientras se demuestre que efectivamente se van a ocasionar con un alto grado de probabilidad, deben ser considerados como ciertos.

Pasamos a continuación a esbozar el tema del daño desde la responsabilidad civil médica, para lo cual es necesario plantear el panorama a partir de las palabras de la propia Corte Suprema de Justicia, que en la Sentencia del 17 de Noviembre de 2011 (M.P. William Namén Vargas) señaló:

(...) Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor.

Es así evidente que ante la ocurrencia de un daño cuya causa es el actuar negligente del profesional de la salud, éste se encuentra en la obligación de repararlo.

Por su parte la Doctrina también es sobresaliente y amplia cuando de responsabilidad médica se trata, pero daremos apenas un pincelazo sobre los planteamientos referentes al daño en este tipo de responsabilidad profesional. Es así como los autores Fernando Guzmán Mora y Eduardo Franco Delgadillo (2004) en su obra *Derecho Médico Colombiano* exponen una idea que es ciertamente el reflejo de la realidad, al decir que: “Todos los procedimientos médicos invasivos o quirúrgicos implican un riesgo permanente en cualquier enfermo. Por lo tanto, la cirugía tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida y/o rehabilitar al enfermo” (p. 684). Postulado aquel que los autores unen armónicamente con el deber legal del médico de no exponer a su paciente a riesgos injustificados.

Lo anterior significa que en el acto médico siempre se van a correr unos riesgos, que como se habló con antelación, deben comunicarse al paciente mientras sean inherentes al procedimiento, sin embargo cuando la conducta del médico se sale de tales lineamientos y como consecuencia de esto, se genera un daño, no cabe duda que está obligado a indemnizarlo. Los autores Fernando Guzmán y Eduardo Franco previamente citados manifiestan que los requisitos que convierten al daño en indemnizable son:

- A. La lesión debe recaer sobre un interés propio, es decir, en la titularidad del interés que se afecta.
- B. el daño ha de ser cierto, es decir, demostrable actualmente.
- C. El perjuicio debe subsistir, o sea que no debe haber sido reparado previamente por el deudor (P. 685).

Después de analizar el daño desde la responsabilidad civil en general, pasando por la responsabilidad médica, es fundamental realizar un acercamiento de este elemento, al caso particular de las acciones “wrongful birth” que son objeto de la presente investigación.

Una de las autoras que ha inspirado esta investigación y cuyas obras son de obligatorio estudio en este tema, es la Doctora Andrea Macía Morillo, quien al

referirse al daño en las acciones “wrongful birth” trae a colación una importante Teoría desarrollada por la Doctrina y Jurisprudencia alemanas, se trata de la Teoría de la Separación o *Trennungslehre*, la cual explica en los siguientes términos:

El enunciado de esta argumentación parte de que, desde el punto de vista teórico, se puede distinguir entre la vida –o el nacimiento del niño-, y los gastos que genera su mantenimiento (*Unterhaltsaufwand, Lebensbedarf*), como deber que pesa sobre los padres desde el momento en que se produce tal nacimiento. De hecho se dice que es por estos últimos por los que se solicita indemnización y no por el nacimiento en sí. (...) (Macía, 2005, p. 336).

De igual forma, la Doctora Andrea Macía Morillo, nos ilustra en la materia cuando dice que el daño en estos casos es por un lado, de carácter patrimonial, y por el otro, de carácter moral:

(...) los progenitores sufren un daño moral por la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del niño que creía sano; esto es por no haber podido prepararse psicológica o económicamente frente al nacimiento de un niño discapacitado. Se dice que cuando los progenitores se enteran del verdadero sado de salud de su progenie futura experimentan una serie de sentimientos de sorpresa, frustración, rechazo y malestar-incrementados por la conciencia de que el conocimiento de esta información en un momento anterior podría haberles permitido optar por no concebir o por interrumpir el embarazo (...) (Macía, 2005, pág. 377).

Es de gran trascendencia manifestar que después de haber analizado variados textos y obras sobresalientes sobre estas acciones, uno de los corolarios a los que se puede llegar, es que sin duda se trata de un tema ampliamente debatido, comoquiera que no es fácil proponer un daño como el que se postula en las acciones “wrongful birth”. Muchos autores han visto que el daño en este particular evento, es la vida misma, y siendo ella un derecho de tan altísima protección por el ordenamiento jurídico, ¿cómo resulta posible entenderla en sí misma como un perjuicio? De igual manera estos



planteamientos tocan de forma punzante con aspectos éticos, que requieren un delicado manejo. Así por ejemplo, la Doctora Andrea Macía Morillo (2007) plantea el problema:

(...) Cuando se plantea este elemento en las acciones aquí estudiadas, se descubre cómo, junto al problema jurídico de la indeterminación del daño, se encuentran las objeciones éticas presentes en este tipo de reclamaciones. Por ello, es éste el requisito de la responsabilidad en que más se ha de tratar de afinar una distinción entre lo jurídico y lo puramente ético o moral (...) (Macía, 2005, pág. 329).

Después de lo anteriormente expuesto es necesario decir que algunos autores han identificado el daño sufrido en estos eventos como un típico caso de pérdida de la oportunidad, no obstante otra parte de la Doctrina ha manifestado que en las acciones “wrongful birth” no puede hablarse de este tipo de daño. De esta manera, la autora Andrea Macía Morillo (2005) refleja su postura afirmando lo siguiente:

(...) Por otro lado, lo que es más relevante, se critica la propia idea de oportunidad, presupuesto de esta teoría. En concreto, niega MARTÍN CASALS que en los casos de *wrongfulbirth* exista una verdadera oportunidad respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio. De hecho, la evitación o no de los gastos que se califican de oportunidad perdida no habría dependido del azar, sino, en última instancia, de lo que la madre habría decidido, de haber podido hacerlo (...) (Macía, 2005, p. 367).

Por supuesto existe la teoría contraria que manifiesta la verdadera existencia de una pérdida de oportunidad en las acciones de “wrongful birth”. Así por ejemplo, el autor Español Álvaro Luna Yerga citando una sentencia del Tribunal Supremo Español manifiesta:

La STS, 1ª, 18.12.2003 (A. 9302) podría suponer un avance en la recepción de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, precisamente en los supuestos de *wrongfulbirth*. (...) En la Sentencia, ponencia

del Magistrado Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, se tienen en cuenta para fijar la indemnización «la repercusión del hecho en sus vidas [de los actores] dada la entidad del evento producido, además del daño moral» y, se indica expresamente, las «expectativas de que se han visto privados los actores» (FD. 3º), que cabe entender vienen referidas a la pérdida de la oportunidad de interrumpir el embarazo (Yerga, 2005, p. 14).

Ahora bien, es importante aclarar que el tema de la pérdida de la oportunidad ha sido ampliamente debatido<sup>51</sup>. Es decir, parte de la doctrina sostiene que el juicio debe hacerse en el daño y otra parte que debe hacerse en el nexo causal. Así las cosas, la analizaremos desde la perspectiva que se planteará en el capítulo referente al nexo causal, teniendo ya presente el debate existente frente a este tema.

Así las cosas, en relación al daño, es fundamental, para efectos de interponer una acción en el campo de la responsabilidad civil médica, que el actor pruebe la existencia del mismo, y le incumbe únicamente a él determinar cuáles fueron los perjuicios causados, de qué clases, y en qué cuantía. Con respecto a la prueba dice el Doctor Wilson Ruíz Orejuela (2006) en su obra *Responsabilidad médica estatal* lo siguiente: “Así concebida la responsabilidad médica estatal, se le aplica la teoría de la falla presunta donde el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio.” Lo anterior quiere decir que independientemente de la existencia de una presunción de culpa, el actor siempre debe probar la existencia de un daño con el conjunto de características y requisitos que con anterioridad se expusieron, para que éste sea indemnizable.

Ahora bien, para concluir este capítulo, es importante acercar los planteamientos esbozados, al ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual es de resaltar uno de los argumentos de mayor trascendencia que aduce la Corte Constitucional en la sentencia que se analizó anteriormente, en la cual señala que imponerle a la madre la carga de

llevar a término un embarazo de un feto que es inviable, resulta a todas luces desproporcionado y excesivo.

Es justamente en este punto donde se puede dilucidar el daño, porque obligar a la madre a continuar con un embarazo bajo esas circunstancias, implica someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes, además de atentar contra su dignidad humana, pues la madre tiene que soportar la carga del embarazo para después ver morir a su hijo.

Durante el periodo de gestación se producirían concretamente dos tipos de daño: por un lado un daño patrimonial, en la medida en que los progenitores deben asumir todos los gastos médicos que conlleva el embarazo, situación que se adecúa a la definición que trae consigo el Código Civil de daño emergente: “Artículo 1614: Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. La adecuación es válida porque hay que recordar que el profesional de la salud está incumpliendo el deber de información que tiene a cargo. En adición a esto, podría eventualmente configurarse un daño constitutivo de lucro cesante, pues es posible que la madre no pueda ejercer las labores ordinarias que le reportan ingresos como consecuencia de su estado de embarazo, no obstante esta situación habría que verificarla en cada caso concreto. Por otro lado se configuraría un daño moral, toda vez que la madre sufriría una grave afectación en su esfera espiritual al tener que afrontar la muerte de su hijo, situación que pudo haberse evitado si el médico oportunamente hubiese proporcionado la información referente a las malformaciones del feto.

## 4.2 LA CULPA Y EL ERROR MÉDICO

Ahora bien, teniendo presente todos los elementos propios del contrato médico, las correlativas obligaciones que surgen del mismo, y existiendo claridad respecto del elemento “daño”; es trascendente para la presente monografía jurídica hacer referencia a los errores médicos que le son imputables al profesional de la salud en virtud de la culpa como elemento de la responsabilidad civil. Es decir en el plano de la medicina, la culpa se reduce a un error médico con determinadas especificaciones que se entrarán a explicar a continuación.

Es importante entonces definir qué se entiende por error médico; así los Doctores Júlio César Meirelles y Genival Veloso de França (2005) traen una aproximación, a nuestro juicio, acertada de este concepto: “es el daño provocado en el paciente por la acción o inacción del médico, en el ejercicio de la profesión, y sin la intención de cometerlo.” (pg. 2) Posteriormente los mismos autores agregan: “Error médico es la conducta profesional inadecuada que supone una inobservancia técnica capaz de producir un daño a la vida o la salud de otros, caracterizada por impericia, imprudencia o negligencia.” (pg. 3) Así pues, es importante manifestar que por ser la medicina una ciencia en la cual los bienes protegidos jurídicamente son la vida y la integridad personal, los errores son castigados, desde la responsabilidad disciplinaria, con más severidad que en cualquier otro tipo de ocupación, el motivo de serlo es que los médicos deben trabajar con el mayor profesionalismo posible, todo en virtud de proteger esos derechos constitucionales fundamentales, los cuales se ponen en riesgo con cualquier intervención de esta índole.

Siendo la temática de este acápite tan importante en materia de protección estatal, resulta relevante traer a colación las normatividad colombiana que se ocupa del tema. Se trata del Decreto 1011 de 2006 “*por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, cuyo Artículo 3, numeral 3, que trae consigo las características

propias del sistema de salud en su numeral tercero, reza: “Seguridad. Es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías, basadas en evidencia científicamente probada que propenden minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias”. Lo anterior implica que los profesionales de la salud deben adoptar las medidas de mayor diligencia que propendan siempre por disminuir los riesgos que todo procedimiento médico conlleva, y ello significa que el galeno debe actuar siguiendo los más estrictos cánones profesionales.

Siendo el pilar fundamental de esta investigación, el desarrollo de las acciones de “wrongful birth”, es trascendental efectuar una aproximación de este importante elemento de la responsabilidad al caso de los diagnósticos prenatales, para lo cual se traerá a colación el planteamiento expuesto por la Doctora Andrea Macía Morillo, quien describe la temática con amplitud:

(...) la responsabilidad de los profesionales por *wrongful birth* y *wrongful life* sólo concurre en aquellos casos en que la falta de información a los progenitores haya sido debida a una conducta culpable o negligente que tenga por efecto la privación de información a los progenitores sobre la existencia de males o riesgos detectables. (...) Esto implica que es necesario distinguir entre diagnóstico erróneo (como diagnóstico que no se corresponde con la situación real) y negligencia. La ciencia médica tiene sus límites, por lo que es posible que se emita un diagnóstico que no se corresponda con la situación real del paciente, o que no se pueda alcanzar diagnóstico alguno y que, al mismo tiempo, la conducta del profesional sanitario sea diligente. (Macía, 2005, p. 216)

El anterior postulado discrepa del planteamiento inicialmente expuesto en relación al error médico y su posible equiparación con el concepto de negligencia, por lo tanto, conforme al postulado que se acaba de reseñar, es posible decir que para dar por cumplido el requisito de la culpa como elemento de la responsabilidad, no basta la ocurrencia de un error médico sino que debe mediar una conducta negligente por parte del galeno.

Ahora bien, es fundamental explicar qué se debe entender por negligencia en el caso de la ciencia médica, para lo cual nos ilustramos con las palabras de la antes citada, Doctora Andrea Macía Morillo, quien afirma:

(...) doctrina y jurisprudencia han tendido a especializar este parámetro de conducta respecto del criterio general, estableciéndolo conforme a la *lex artis*; esto es: un conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión (...) (Macía, 2005, p. 220-221).

Lo anteriormente expuesto permite concluir que en relación al elemento culpa dentro de la responsabilidad médica, es necesario comparar la conducta del médico con la del “buen profesional”.

#### **4.2.1 CARGA DE LA PRUEBA**

Es entonces de vital importancia saber en el campo médico qué parte tiene la carga de acreditar la debida diligencia y cuidado dentro de cada caso en particular, es decir quién tiene que demostrar la culpa del profesional de la salud.

Ahora bien, se debe empezar citando la regla general, que viene desde el mismo derecho romano, se dice entonces “*onus probando incumbitactori*” lo que significa, el que alega la culpa es el que debe probarla. Este principio se consolida en una importante norma de nuestro ordenamiento jurídico: El Artículo 1757 del Código Civil Colombiano, el cual expresa: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

Luego de mencionar la regla general en materia probatoria, es fundamental hacer un breve repaso por los pronunciamientos hito en la jurisprudencia administrativa en materia de carga de la prueba en lo que a la responsabilidad médica respecta. Es menester empezar manifestando que en este caso particular existe un aligeramiento de la carga de la prueba, pues resulta sumamente difícil para un paciente demostrar que

un médico actuó negligentemente, pues en general se le puede catalogar como desconocedor en esa ciencia.

El Concejo de Estado en Sentencia de Julio 30 de 1992, cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Daniel Suarez Hernández, señaló: “(...) con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible las comprobaciones respectivas (...)”. Posteriormente la misma corporación, agrega: “(...) por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa”.

Teniendo presente la dificultad probatoria esbozada, es menester del presente trabajo de investigación, mostrar las posturas se han desarrollado en las altas cortes a la hora de pronunciarse respecto a este tema. En primer lugar existe la aplicación de la tesis de la falla presunta, la cual sostuvo el Concejo de Estado en varias de sus providencias. Se debe resaltar, el fallo del 24 de Octubre de 1990, que reza:

Si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, que debe suministrar el deudor (la parte demandada), no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de la demostración sobre ésta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino lo de que hubo falta de diligencia y cuidado.

En el mismo sentido se refirió la misma corporación el 13 de Julio de 1995, expresando en su parte motiva:

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente), y tal resultado no se obtuvo a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que, no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedó dicho, cumplió adecuadamente con su obligación, pues como también lo ha sostenido la sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario

extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada(...)

En estos fallos las altas cortes venían efectuando una presunción de culpa a favor del paciente, y por tanto el médico era quien debía acreditar su diligencia para lograr exonerarse de responsabilidad. No obstante, con posterioridad, el Consejo de Estado dando aplicación a la Teoría de la Carga Dinámica de la prueba, la cual establece que debe probar el hecho quien esté en mejores condiciones de hacerlo, señaló que había circunstancias en las cuales el paciente estaría en mejores condiciones de probar. Así pues, el alto tribunal en una Sentencia del 7 de Diciembre de 2004, manifestó:

Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Es dable llegar a la conclusión que el Consejo de Estado hizo un cambio en su línea jurisprudencial, y asumió una postura diferente en esta materia, sin embargo el 14 de Diciembre de 2004, reiteró la aplicación de la presunción de culpa que con antelación se explicó.

Ahora bien, es de suma importancia, traer a colación el nuevo Código General del Proceso cuyo Artículo 167 señala:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener



en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...)

Lo anterior significa que el legislador quiso otorgarle consagración normativa a una tesis que venía siendo decantada por la Jurisprudencia, es decir, la Carga Dinámica de la prueba, que tiene entre otros importantes fundamentos, el principio de solidaridad establecido dentro de la Carta Política de 1991, en su artículo 1.

Así las cosas, para efecto del presente trabajo de investigación, y basados en la legislación colombiana vigente y aplicable es menester concluir que para efectos de demostrar la culpa como elemento de la responsabilidad, deberá probarla quien esté en mejores condiciones de hacerlo.

#### **4.2.2 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD**

Para efectos de desarrollar este tema, es necesario y fundamental diferenciar si se trata de una obligación de medios o de resultado. Con anterioridad ya se esbozaron las distintas posturas sobre esta materia. En tratándose de la responsabilidad médica, vale la pena explicar cuál es el tratamiento que la doctrina le ha dado a los eximentes de responsabilidad; es así como el Doctor Wilson Ruiz (2004) señala lo siguiente: “Por su parte se puede decir que si la actividad médica fue considerada como una obligación de medio, el médico se exonerará de toda culpa probando que actuó con toda la diligencia y cuidado que estaba a su alcance.” En este caso, es importante recordar que si se acoge la postura de la obligación de medio, ello supone que el médico se obliga a prestar una asistencia de la forma más diligente pero no garantiza un resultado, como se abordó en líneas anteriores. Si por el contrario se toma la obligación del médico como una obligación de resultado, únicamente se podrá

exonerar de responsabilidad probando la mediación de fuerza mayor o caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero (Guzmán & Franco, 2004).

Sobre la fuerza mayor Guzmán y Franco se manifiestan diciendo:

Luego de diversos estudios y análisis de diferentes tratadistas, algunos aceptan que entre el caso fortuito y la fuerza mayor existe una diferencia consistente en que el tema de la fuerza mayor nos ubica en el campo de la irresistibilidad del hecho generador del daño y, cuando de caso fortuito se trata, el asunto mira hacia la imprevisibilidad del mismo (Guzman & Franco, 2004, p. 730).

No obstante vale la pena aclarar que según el Artículo 64 del Código Civil, éstos dos fenómenos se tratan como sinónimos: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos (...)”

En este punto es importante resaltar un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, del 27 de Febrero de 2009, fallo en cual clarifica los elementos que deben contener los factores de imprevisibilidad e irresistibilidad, que deben suscitarse para que se configure el eximente de responsabilidad:

(...) sin perjuicio de algunas matizaciones o combinaciones efectuadas por la Corte en el pasado (Sentencia del 26 de enero de 1.982, entre otras), tres criterios sustantivos han sido esbozados por ella, en orden a establecer cuando un hecho, in concreto, puede considerarse imprevisible, en la medida en que es indispensable, como lo ha recordado la Corte una y otra vez, examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual, a fin de obviar todo tipo de generalización: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo”.

Se ocupó luego de la irresistibilidad (...) este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda -o pudo- evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación)”.

Por otra parte, encontramos como causal de exoneración el hecho de la víctima, que según los mentados autores Guzmán y Franco (2004) consiste en: “Aquí se estudian los casos en los cuales interviene el propio ofendido para lograr el resultado dañoso, ya sea causando el daño en su totalidad o agravando su situación” (p. 733). Aunado a lo anterior, es necesario mencionar el artículo 2357 del Código Civil, el cual establece que “la apreciación del daño estará sometida a reducción si el que lo sufrió se expuso a él imprudentemente”; norma que refleja con claridad el tratamiento que le da el legislador a la reparación del daño cuando la víctima ha mediado en su producción.

Por último, cabe explicar brevemente en qué consiste el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, que en palabras del Doctor Wilson Ruiz (2004) significa

La doctrina es unánime en considerar que el hecho de un tercero exonera totalmente al demandado, cuando pueda tenersele como causa exclusiva del daño, poco importa que sea culposos o no, lo que sí es necesario advertir es que debe ser imprevisible e irresistible, o sea, reasumir las características de la causa extraña. (Ruiz, 2004).

### **4.3 NEXO DE CAUSALIDAD:**

El tercero de los elementos que debemos poner de manifiesto en el presente acápite consiste en el nexo de causalidad. Se entrará a estudiar el tema en detalle, pero antes se debe exponer que en las acciones de “*wrongful birth*”, varios doctrinantes y decena de jurisprudencia internacional se han encargado de criticar la cuestión en su integridad, así las cosas ahondaremos en esa problemática más adelante.

Lo primero que debemos hacer, es entrar a definir el concepto Nexos Causales, el Doctor Héctor Patiño, reconocido profesor de la Universidad Externado de Colombia, en el texto Responsabilidad Extracontractual y causales de exoneración”, lo define a cabalidad, expresa:

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder

atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Sino es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad. (Patiño, 2008, p. 372)

Es decir, es un simple juicio objetivo en el cual se analizará la causa y el efecto.

Ahora bien entendiendo el concepto, es importante hacer una breve alusión a las teorías que han guiado este principio básico de la responsabilidad civil, sin embargo no ahondaremos mucho en el tema, pues nos centraremos en la teoría acogida actualmente por la legislación colombiana. Así las cosas, las teorías que explican cuál de las causas es la capaz de producir un resultado se sintetizan en: teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*<sup>52</sup>; teoría de la causa eficiente<sup>53</sup>; teoría de la causa próxima<sup>54</sup>; y la teoría de la causa adecuada.

Ésta última ha sido la teoría acogida por la Corte Suprema de Justicia en nuestro país, así lo manifestó el alto tribunal en la Sentencia del 26 de Septiembre de 2002, momento en cual señaló:

(...) debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que sólo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos *per se* para producirlos, y se detecte aquél o aquéllos que tienen esa aptitud. (...) Sin embargo, cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada (...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga.

En síntesis, es causa adecuada la idónea para producir determinado resultado, según el

curso normal y ordinario de las circunstancias, con la precisión hecha en asuntos técnicos.

Entendiendo el concepto de Nexo Causal, y la teoría de la causalidad adecuada; es entonces de vital importancia adentrarnos a dar un panorama global del debate existente en cuanto a la aplicación de este elemento de la responsabilidad civil en las acciones de “*wrongful birth*”. El presente análisis tendrá su campo de estudio en dos críticas importantes que a continuación se dilucidarán.

La primera de las críticas, que puede verse como la más compleja pero sin lugar a dudas la más fácil de superar, es bien expuesta por Galán Cortes en su libro *Responsabilidad Civil Médica. En: la responsabilidad civil del profesional* éste plantea que:

(...) es innegable que tales malformaciones existen y que, con seguridad, de ellas deriva el perjuicio del niño, pero su existencia no se debe al comportamiento del profesional que no las detectó o no las puso de relieve frente a los progenitores; falla, pues, aquí la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del profesional sanitario. (Galán, 2007 p. 258-259).

Es decir, este doctrinante sostiene que la enfermedad con que nace el menor en nada tiene que ver con la mala praxis que se realiza a la madre, la enfermedad surge *per se* y con independencia del diagnóstico, motivo por el cual el nexo causal se rompe y en esta hipótesis no sería atribuible responsabilidad. Sin embargo Andrea Macía Morillo (2007), aborda la problemática de otra manera, que como investigadoras acogeremos. Empieza esta doctrinante diciendo: “(...) se trata de separar el hecho de la vida del daño e identificar el daño en un evento distinto al de la vida enferma del hijo nacido.” (p. 22) Posteriormente al aterrizar más el tema, señala: “(...) el enlace causal se establece en dos tiempos sucesivos: uno que une el comportamiento del profesional y el error en el diagnóstico pre conceptual o prenatal, y otro que liga éste con la

privación de la libertad de los progenitores o de la facultad del gestante.” (p.23) Es decir, como ya se explicó con antelación, la vida no es el daño, el daño es la pérdida de la oportunidad de abortar, motivo por el cual el nexo causal si se configura.

La segunda de las problemáticas es un poco más compleja, ya habiendo entendido que estamos en el plano de una pérdida de la oportunidad, nos debemos centrar en esta tipología de daño. Como ya se explicó en el capítulo concerniente al daño, en Colombia para que exista una responsabilidad civil y por consiguiente una indemnización es necesario un grado casi de certeza absoluta. El problema como bien lo expone De Ángel Yaguez (2010) en su libro *La Responsabilidad Civil y la persona del siglo XXI* consiste en:

(...) esa decisión de la madre es una hipótesis, no una certeza, por lo que la relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado (nacimiento de un niño enfermo por no haberse podido acudir al aborto) se halla mediatizada por una supuesta decisión de la madre (De Ángel, 2010, p. 500).

Es decir como bien lo expone el autor, nos encontramos en el plano de “cursos causales no verificables”<sup>55</sup>, en donde existe es una mera sospecha de que la mujer fuera abortar más no una certeza. Ahora bien, Galán Cortez da la mejor respuesta para esta crítica doctrinal, este expresa en su libro *Responsabilidad Civil Médica*:

(...) el curso causal, aun cuando no sea verificable en su integridad, es que la madre que efectúe tales técnicas las haga, no por curiosidad, sino para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo si hubiere lugar a ello. La circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye per se un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto. Por este motivo, debería al menos producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado. (Galán, 2007, p. 258 y 259).

Así las cosas, se debe concluir que para efectos del presente texto centraremos

nuestros estudios en los postulados doctrinales que configuran el nexo causal como último elemento de la responsabilidad civil en materia de “wrongful birth”, configurándose de esta forma una típica responsabilidad civil.

En materia de nexo causal, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Concejo de Estado le han dado un tratamiento especial a esta materia. No debe dejarse de lado que el nexo causal a diferencia de la culpa, NO admite ningún tipo de presunción, y siempre debe probarse. A modo ilustrativo se encuentra la Sentencia del 2 de Mayo de 2002 del Concejo de Estado, esta reza:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho(s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.

Es decir, no existe duda alguna que en materia del nexo causal el que debe entrar a demostrarlo es el actor, y que la prueba de la misma debe llevar al juez a un grado objetivo de certeza.

Ahora bien, la jurisprudencia ha morigerado un poco este tema. El Concejo de Estado en Sentencia del 3 de mayo de 1999, se pronunció al respecto:

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad

queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad”<sup>56</sup>

En síntesis, aun cuando la carga de la prueba en materia médica siga en cabeza del accionante respecto al nexo causal, su grado de certeza se ve reducido a una “probabilidad”, esto tiene sustento por el alto grado de cientificidad en el tema objeto de estudio.

En el caso particular sobre diagnóstico prenatal, es posible decir que el médico tiene la obligación de informarle a la mujer de forma clara y completa, cuál es el estado actual de su salud y de la salud del que está por nacer, además de los riesgos que corren tanto la madre como el feto. Es por ello que si el médico encuentra cualquier tipo de malformación en el *nasciturus* debe informársele a la madre, y si se trata de aquellas malformaciones graves que lo hacen inviable (las cuales se abordaron con anterioridad), la mujer puede válidamente ejercer su facultad de interrumpir el embarazo, *contrario sensu* si el profesional de la salud OMITE esta información, bien porque la conoce y no la proporciona o bien porque no realizó los exámenes pertinentes para llegar a ella, estaríamos frente a una vulneración al deber de información. En el caso que hoy nos ocupa implica el quebrantamiento de la facultad que tiene la mujer de practicarse un aborto en aquel evento.

Ahora bien, en lo atinente al contrato médico, es sin lugar a dudas trascendente para el presente análisis investigativo concluir cuál es la naturaleza jurídica del examen prenatal como acto médico, y las respectivas obligaciones que de él se derivan, para de esta forma poder determinar si existe o no responsabilidad en cabeza del médico que realiza una praxis médica errada.

Ahora bien, entendiendo todo lo dicho hasta el momento, es trascendente analizar si se configuran los elementos propios de la responsabilidad civil, a saber: daño, nexo causal y culpa, para poder de esta forma llegar a una verdadera respuesta sobre la



hipótesis principal del presente texto. En cuanto al daño, después de haberse analizado *in extenso* este tema, abordando críticas y debates, se podría llegar a concluir que en el marco de las acciones de “*wrongful birth*”, el debate con respecto a la determinación del daño, es álgido, pues una vertiente postula a la vida misma como el daño a indemnizar, y otra vertiente lo rechaza tajantemente. Por otro lado, también existe un debate sobre la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, y sobre el momento en el cual debe analizarse, si debe hacerse en sede del elemento daño, o desde el nexo de causalidad. Por otro lado, con referencia al elemento de la culpa, se analizó lo concerniente a la falta de diligencia, donde se expuso que el contenido de este elemento está dado por la generación de un error médico, que como se puntualizó en su momento, debe entenderse como una conducta profesional inadecuada que supone una inobservancia de los cánones establecidos por la *lexartis*, que se caracteriza por ser una conducta negligente o carente de pericia.

El último elemento que debe concretarse para la existencia de responsabilidad médica es el nexo causal, y se trata precisamente de relación entre el daño y la culpa, entendiendo que aquel se produjo como consecuencia del error negligente efectuado por el profesional de la salud al momento de realizar el examen prenatal. Así las cosas, es posible afirmar que en estos eventos, donde concurren los mencionados elementos, se configuraría la responsabilidad en cabeza del médico.

## CONCLUSIONES

Después de haber efectuado un análisis profundo del desarrollo que han tenido las Acciones de “wrongful birth” en el derecho comparado, se realizó un acercamiento al marco jurídico colombiano, a partir de lo cual surgen las siguientes conclusiones:

- Con respecto al marco jurídico del derecho comparado, se analizaron los ordenamientos jurídicos más sobresalientes en la materia que nos ocupa. Ellos son: España, Francia, y Estados Unidos.

A) España: se puede concluir que en éste país se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de forma libre, pero con observancia de las condiciones establecidas en la ley. El corolario que se deduce respecto del desarrollo jurisprudencial en éste país, es que el Tribunal Supremo Español no cuenta con una línea de fallos coherente y persistente, aún así el valor de los pronunciamientos de éste Tribunal han sido sobresalientes e importantes para el desarrollo y estudio de las acciones de “wrongful life”.

B) Francia: ha sido precursor en permitir la interrupción voluntaria del embarazo, pues para el año 1975 ya se expedía en éste país una ley que abría la posibilidad a la realización de abortos legales. En lo que respecta a la Jurisprudencia Francesa, vale la pena rescatar el caso de “Nicolás Perruche”, el cual marcó la pauta en esta materia, comoquiera que el alto tribunal Francés permitió el desarrollo de las llamadas acciones de “wrongful life”, fallando a favor las pretensiones de la madre.

C) Estados Unidos: el caso más sobresaliente en esta materia es el de *Roe Vs. Wade* en 1973, en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos, determinó que la ley del Estado de Texas que prohibía el aborto era inconstitucional.

Es fundamental señalar que los antecedentes más importantes en materia de acciones de “wrongful birth” tienen lugar en Estados Unidos, por lo tanto vale la pena destacar un caso que se sucede para el año de 1975, *Jacobs Vs. Theimer*, en el cual el alto Tribunal admitió la indemnización por “*wrongful birth*” a favor de la madre demandante.

- En el marco jurídico del aborto en Colombia, se analizó la Sentencia c – 355 de 2006, en la cual la Corte Constitucional después de hacer un análisis detallado de las disposiciones contenidas en tratados internacionales, manifestó que de ellas y del bloque de constitucionalidad “(...) no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación” sino por el contrario, es necesario ponderar la vida en gestación con otros derechos protegidos por la carta y los tratados internacionales, en especial los derechos sexuales y reproductivos de la mujer”. Adicionalmente, la Corte analiza en la sentencia los límites del derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, vida e integridad de las personas. Uno de los argumentos que en definitiva constituye parte integrante de la *ratio decidendi* de la sentencia señala que “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.
- Además de lo anterior, la Corte aborda tres hipótesis de gran importancia en las que considera excesivo llevar a término el embarazo bajo la amenaza de una sanción penal, ellas son: Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual

sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; y por último, la Corte planteó la siguiente hipótesis: cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, la cual se constituye como el fundamento de este trabajo investigativo y cuya conclusión se expone a continuación.

- Después de haber abordado el desarrollo jurisprudencial posterior a la sentencia C -355 de 2006, se realizó un análisis en concreto de la tercera causal que trae consigo la sentencia: “*grave malformación del feto que haga inviable su vida*”, por lo tanto dentro del respectivo acápite se expuso desde la ciencia médica qué puede entenderse por grave malformación del feto, sus implicaciones y sus respectivos límites. Dentro de ese análisis se plantearon las dos posturas existentes respecto del alcance que debe dársele a esta causal, y después de analizarlas a profundidad, éste trabajo investigativo se inclinó por comprender a la vida más allá de la simple existencia, entendiéndola bajo el criterio de vida digna, que la propia Constitución y la misma Corte Constitucional consagran y defienden.
- Se explicaron desde el rigor científico las malformaciones graves en el feto que fueron consideradas más comunes, entre ellas abordaron las siguientes: el Síndrome de Down, Síndrome de Marfan, Síndrome de Potter, entre otras. Vale la pena decir que estas enfermedades pueden presentar síntomas variados, unos más severos que otros, por lo tanto se llegó a la conclusión que al hacer una reflexión desde el punto de vista planteado por la Corte en la Sentencia del 2006, únicamente aplicaría la causal como eximente de

responsabilidad penal, cuando se trate de los síntomas más severos que comprometan seriamente la supervivencia del que está por nacer.

- Con posterioridad se analizó el contrato médico y sus características principales, pasando asimismo por el concepto de acto médico. Es así como se pudo concluir que el diagnóstico prenatal constituye un acto médico en la medida en que se trata del primer acercamiento que tiene la mujer con el profesional de la salud, momento en el cual el médico analiza la situación de la mujer y practica todos los exámenes pertinentes para posteriormente iniciar la fase del tratamiento.
- Dentro de esta investigación se expusieron de forma detallada los diferentes deberes a cargo del médico, que surgen en virtud del contrato médico y cuya importancia resulta sobresaliente en el marco de ésta tesis comoquiera que el desconocimiento de uno de estos deberes, precisamente el deber de información, es el motor necesario para impulsar las acciones de responsabilidad civil de las cuales se ha venido hablando.
- Después de analizar las diferentes teorías expuestas por la doctrina se llegó a la conclusión se trata de un contrato de contenido variable, multiforme o proteiforme, lo que en síntesis significa que cada uno de los Actos Médicos deben ser analizados individualmente para poderles atribuir una naturaleza especial. Sin embargo, es posible catalogar al acto médico, desde el ordenamiento jurídico colombiano, como un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, teniendo en cuenta las disposiciones establecidas en Código Civil Colombiano.
- Es vital dejar claridad sobre un aspecto, y es que la obligación que surge en virtud de este contrato es de medio, en la medida en que no se puede

garantizar que el *nasciturus* sea viable y efectivamente nazca bajo determinadas condiciones de salud, pues si bien el médico debe hacer todo lo que esté a su alcance siguiendo los cánones profesionales de la actualidad, no puede garantizar un determinado resultado.

- Uno de los pilares fundamentales de ésta investigación es lograr identificar si existe o no una responsabilidad civil médica por un error en el diagnóstico prenatal, por lo tanto después de analizar detalladamente los tres supuestos de la responsabilidad civil: daño, nexo causal y culpa, es posible concluir que se configura la responsabilidad del médico cuando incurre en una vulneración del deber de información que tiene a su cargo, y omite poner en conocimiento de la madre la malformación grave del feto que lo hacen inviable. Como consecuencia de lo anterior, la madre es privada de la posibilidad de interrumpir su embarazo, lo cual se constituye en el daño.
- En adición a lo anterior, es posible concluir que durante el periodo de gestación se producirían concretamente dos tipos de daño: por un lado un daño patrimonial, en la medida en que los progenitores deben asumir todos los gastos médicos que conlleva embarazo, situación que se adecúa a la definición que trae consigo el Código Civil de daño emergente: En adición a esto, podría eventualmente configurarse un daño constitutivo de lucro cesante, pues es posible que la madre no pueda ejercer las labores ordinarias que le reportan ingresos como consecuencia de su estado de embarazo. Por otro lado, se configuraría un daño moral, toda vez que la madre sufriría una grave afectación en su esfera espiritual al tener que afrontar la muerte de su hijo, situación que pudo haberse evitado si el médico oportunamente hubiese proporcionado la información referente a las malformaciones del feto.

- Para finalizar, y teniendo presente todo lo expuesto anteriormente, se debe concluir que cuando un médico comete un error involuntario, pero caracterizado por ser una conducta negligente o impericia, en la realización del diagnóstico prenatal, es necesario proceder a indemnizar a la mujer que no pudo tomar la decisión libre y/o suficientemente informada de interrumpir o no su embarazo. Justamente por este motivo, la doctrina y jurisprudencia extranjera han denominado a estas acciones: “*wrongful brith*”, es decir, nacimiento injusto. Por lo anterior, se puede concluir que en un eventual proceso donde se demande la responsabilidad del médico por actuaciones negligentes como las descritas en esta investigación en tratándose de un examen prenatal, eventualmente el Juez determinará que efectivamente se configura la responsabilidad médica, no obstante, es necesario esperar el curso de los acontecimientos hasta que tal situación ocurra para verificar si las decisiones judiciales se inclinan o no, por la aplicación de estas importantes acciones en Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Alberdi, I. (1981). El Destino y la Libertad. Notas sobre la interrupción del embarazo en sociedades occidentales. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. (Nº 21). Recuperado de: [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_021\\_09.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_021_09.pdf)
- Bernate, F (2010). *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Berraza, C. & Gómez, C. (2009). *Un derecho para las mujeres: La despenalización parcial del aborto en Colombia*. Bogotá D.C: Edición Miriam Cortés Benítez.
- Castaño, R. (2001). *Contrato Médico y Consentimiento Informado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Chacon, A.J (2004). *Fundamentos de Responsabilidad Médica*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Espinoza, J. (2002) Derecho de la Responsabilidad Civil. Perú. Gaceta Jurídica.
- Galán, J.C. (2007). *Responsabilidad Civil Médica. En: la responsabilidad civil del profesional*. Madrid. Sejillas Quintana J.A.
- Guzman, F (2004). *Derecho Médico Colombiano*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Jaramillo, C.I (2008). *Responsabilidad Civil Médica*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jaramillo, C.I (2010). *La culpa y la Carga de la Prueba en el Campo de la Responsabilidad Médica*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Julio, F. (1997). *La salud de la población. Hacia una nueva salud pública*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.



- Kvitko, L.A. (2008). *La peritación médico legal en la praxis médica*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones la Rocca.
- Lamm, E. (2008) *Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Leon, A. (2006). *Fundamentos de Seguridad al Paciente para Disminuir Errores Médicos*. Cali, Colombia: Universidad del Valle.
- Lombana, J. (2007). *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Macía, A. (2005) *La Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales*. Valencia, España: Tirand lo Blanch.
- Martínez-Calcerrada, L. (1999). *La Responsabilidad Civil Profesional*. Madrid: Editorial Colex.
- Molina, M. (2010). *Derecho al aborto: segunda parte, la despenalización parcial*. Medellín: Editorial Universidad Medellín.
- Ospina, G. (2008). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá D.C: Editorial Temis.
- Reyes, A (1997). *Diccionario de Derecho Penal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Uribe, M., Cardozo, C.A., Mrad, A., Duarnizo, D., Rodríguez, A., Romero, K., y otros. (2007) *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional: un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*. Bogotá D.C: Editorial Kimpres Ltda.

## ARTÍCULOS

De Miguel, A. (1981). La polémica sobre el aborto en Estados Unidos: lecciones de una experiencia. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. (Nº 21) Recuperado de: [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_021\\_10.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_021_10.pdf)

Delgado, M. (1999). La evolución reciente de la fecundidad y el embarazo en España: la influencia del aborto. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. (Nº 87) Recuperado de: [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_087\\_06.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_087_06.pdf)

Garriga, Margarita. (2003). Negligencia en diagnóstico prenatal. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. Vol. 2 (Nº 155) Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/155\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/155_es.pdf)

González, I. & Miyar, E. (2001). Consideraciones sobre planificación familiar: métodos anticonceptivos. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, volumen 17 (Nº 4). Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S08641252001000400010&script=sci\\_arttext](http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S08641252001000400010&script=sci_arttext)

Guzmán, F., Franco, E., & Saavedra, E. (2006). *Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre. [http://www.peritajedrsuperby.es/drsuperby\\_nexo\\_de\\_causalidad\\_en\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_medica.pdf](http://www.peritajedrsuperby.es/drsuperby_nexo_de_causalidad_en_la_responsabilidad_civil_medica.pdf)

Institutos Nacionales de la Salud. (1997-2012). *Enciclopedia Médica MedlinePlus* (versión electrónica). Washington: Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos. <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/encyclopedia.html>

Macía, A. (2009). Panorama de la Responsabilidad Civil de los profesionales sanitarios por Wrongful birth y Wrongful life. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (Nº12). Recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art05.pdf>

Mairalles, A.C. & Veloso, G. (2005). *Error Médico*. Bioética Clínica. Volumen IV. Recuperado de: <http://www.saip.org.uy/ejprof/errormed.pdf>

- Martínez, M. (2011). La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por Actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. *Scientific Electronic Library*, Vol. 6 (Nº 12), pp. 214-252. Recuperado de: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071833992011000200001&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071833992011000200001&script=sci_arttext)
- Pacheco, M. N. (2011). *Acciones Wrongful Birth y Wrongful Life: una controvertida vía de Responsabilidad Civil Médica*. Cuenca, España: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. *Revista de Derecho Privado*. Volumen 14. Recuperado de: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp14/hectorEduardoPatino.pdf>
- Orrego, A., & Corena, P.J. (2007). *La Responsabilidad De Las Instituciones Hospitalarias Por La Transmisión De Enfermedades Intrahospitalarias*. (Tesis De Pregrado). Universidad de Medellín.
- Plaza, J. (1994). *Relación coste beneficio del diagnóstico ecográfico de las malformaciones fetales*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense, Madrid.
- Rojas, M. F. (S.f). Importancia del derecho comparado en el siglo XXI. *Universidad San Martín de Porres*. Recuperado de: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo\\_de\\_Investigacion\\_Juridica.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf)
- Superbuy, A. I. (2007). El Nexo de Causalidad y su prueba en la Responsabilidad Civil Médica. Recuperado de: [http://www.peritajedrsuperby.es/drsuperby\\_nexo\\_de\\_causalidad\\_en\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_medica.pdf](http://www.peritajedrsuperby.es/drsuperby_nexo_de_causalidad_en_la_responsabilidad_civil_medica.pdf)
- Yalaupari, J.P, Arizmendi, R, Cruz, J.L, Reséndiz, D & Mendoza, J. (2010). Citomegalovirus congénito. Informe de caso. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*. Vol. 15 (Nº 1) Vol. Recuperado de: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=47312360007>

## **JURISPRUDENCIA**

Bellotti V. Baird (Bellotti II). *Supreme Court of United States of America*. (1979, 2 de Julio).

Duplan V. Harper. *Supreme Court of United States of America*. (1999, 11 de Agosto).

Gleitman V. Cosgrove. *Supreme Court of New Jersey*. (1967, 6 de Marzo).

Jacobs V. Theimer. *Supreme Court of Texas*. (1975, 19 de Febrero).

Planned Parenthood of Missouri Central V. Danforth. *Supreme Court of United States of America*. (1976, 1 de Julio).

Roe V. Wade. *Supreme Court of United States of America*. (1973, 22 de Enero).

Sentencia (C- 355). *Corte Constitucional de Colombia*, (2006, 10 de Mayo).

Sentencia (Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01). *Corte Suprema de Justicia*. (2011, 17 de Noviembre).

Sentencia (Expediente 6897). *Consejo de Estado*. (30 de Julio de 1992)

Sentencia (Expediente No. 12548). *Consejo de Estado* (15 de Junio, de 200).

Sentencia (Expediente No. 5507). *Corte Suprema de Justicia*. (2001, 30 de Enero).

Sentencia. *Corte Suprema de Justicia*. (1940, 5 de Marzo).

Sentencia (Nº 251). De la SAP de Cádiz (2002, 17 de Septiembre).

Sentencia (Nº 4.2). *Tribunal Supremo Español*. (1999).

Sentencia (Nº 4610). *Tribunal Supremo Español*. (1997, 6 de Junio).

Sentencia (Nº 5216). *Tribunal Supremo Español*. (2002, 7 de Junio).

Sentencia (Nº 7433). *Tribunal Supremo Español*. (2005, 21 de Diciembre).

Sentencia (Exp. No 9220). Consejo de Estado. (1995, 13 de Julio).

Sentencia (Ref.: 11001-3103-018-1999-00533-01) *Corte Suprema de Justicia*, (2011, 17 de Noviembre).

Sentencia (Ref.: 19001-3103-003-2005-00058-01) *Corte Suprema de Justicia*, (2011, 16 de Septiembre).

Sentencia (Ref.: 73319-3103-002-2001-00013-01) *Corte Suprema de Justicia*, (2009, 27 de Febrero).

Sentencia (SU- 047). *Corte Constitucional de Colombia*, (1999, 29 de Enero).

Sentencia (T- 1019). *Corte Constitucional de Colombia*, (2006, 1 de Diciembre).

Sentencia (T- 209). *Corte Constitucional de Colombia*, (2008, 28 de Febrero).

Sentencia (T- 388). *Corte Constitucional de Colombia*, (2009, 28 de Mayo).

Sentencia (T- 444). *Corte Constitucional de Colombia*, (1999, 10 de Junio).

Sentencia (T- 560). *Corte Constitucional de Colombia*, (2007, 27 de Julio).

Sentencia (T- 988). *Corte Constitucional de Colombia*, (2007, 20 de Noviembre).

Sentencia, *Tribunal de Casación Francés*. (2000, 17 de Noviembre)

Sentencia, *Tribunal Supremo Francés*, (2001, 28 de Noviembre).

## **NORMATIVIDAD**

Abortion Act. Parlamento Británico. (1967, 27 de Abril).

Código Civil Francés. *Comisión de Redactora del proyecto del Código Civil*. (21 de Marzo de 1804).

Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400). *Presidente de la República de Colombia*. (1970, 21 de Septiembre).

Código General del Proceso (Ley 1564). *Congreso de la República de Colombia*. (2012, 12 de Julio).

Código Penal (Ley 599). *Congreso de la República de Colombia*. (2000, 24 de Julio).

Código Penal (Ley 599). *Congreso de la República de Colombia*. (2000, 24 de Julio).

Código Penal. *Asamblea Nacional Francesa*. (1810)

Código Sustantivo del Trabajo. (Decreto-Ley 2363). *Gobierno Nacional*. (5 de Agosto de 1950).

Constitución de 1978, España.

Constitución de Estados Unidos de América. *Convención Constitucional de Philadelphia*. (1787, 17 de Septiembre).

Convención Americana de Derechos Humanos, *Organización de Estados Americanos*, (1969, 22 de Noviembre).

Convención de los Derechos del Niño, *Naciones Unidas*, (1989, 20 de Noviembre).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, *Naciones Unidas*. (1979, 18 de Diciembre).

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Naciones Unidas*. (2006, 13 de Diciembre).

Criminal Law Amendment Act. *Supreme Court of Canada*. (1970, 26 de Junio).

Decreto (1011). *Ministerio de Salud*. (2006, 3 de Abril).

Decreto (Nº 4444). *Ministerio de la Protección Social*, (2006, 13 de Diciembre).

Decreto (Nº 559). *Ministerio de Salud*, (1991, 25 de Febrero).

Ley (303). *Asamblea Nacional Francesa*. (2002, 4 de Marzo).

Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (Ley Orgánica Nº 2). *Boletín Oficial del Estado de España* (2010, 3 de Marzo).

Ley Orgánica, de Reforma del Código Penal (ley Orgánica No. 9), *Congreso de los Diputados de España*. (1985, 5 de Julio).

Ley por la cual se dictan normas en materia de ética médica. *Congreso de la República de Colombia*. (1981, 18 de Febrero).

Ley sobre el aborto y la anticoncepción. (588) *Asamblea Nacional Francesa*. (2001, 4 de Julio).

Ley sobre la interrupción del embarazo. *Asamblea Legislativa del Distrito Federal de Ciudad de México*. (2007, 24 de Abril).

Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo. (7454) *Asamblea Nacional Francesa*. (1982, 10 de Diciembre).

Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo. *Parlement français* (1975, 17 de Enero).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Naciones Unidas*, (1966, 16 de Diciembre).

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Naciones Unidas*, (1966, 16 de Diciembre).

Resolución de Declaración y Plataforma de Acción de Beijing sobre la Mujer, *Conferencia de Naciones Unidas*. (1995, 15 de Septiembre).

Resolución sobre Salud Sexual y Reproductiva y los Derechos Asociados (2128), *Congreso de los Diputados*. (2001, 29 de Septiembre).



---

<sup>1</sup> A continuación se nombrarán algunos de los países en los cuales la interrupción voluntaria del embarazo es legal en todos los casos, pero con algunas limitaciones respecto del momento hasta el cual puede practicarse, lo cual varía dependiendo de las legislaciones de cada país, éstos son: Canadá: Criminal Law Amendment Act. *Supreme Court of Canada*. (1970, 26 de Junio), España: Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (Ley Orgánica N° 2). *Boletín Oficial del Estado de España* (2010, 3 de Marzo), Francia: Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo. *Parlement français* (1975, 17 de Enero), Inglaterra: Abortion Act. *Parlamento Británico* (1967, 27 de Abril), Estados Unidos: Roe Vs. Wade. *Supreme Court of United States of America*. (1973, 22 de Enero), Planned Parenthood of Missouri Central vs. Danforth. *Supreme Court of United States of America*. (1976, 1 de Julio), México: Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo. *Asamblea Legislativa del Distrito Federal de Ciudad de México*. (2007, 24 de Abril)

<sup>2</sup> Los derechos fundamentales, expresamente consagrados en la Constitución de 1978, y que pretende proteger la práctica voluntaria del aborto, son la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, y la intimidad tanto personal como familiar. La constitución Española expresa a través de su normatividad lo siguiente:

1. Art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”
2. Art. 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”
3. Art. 18.1: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

<sup>3</sup> Además de los postulados Constitucionales, España ha ratificado una serie de tratados internacionales, que propenden a una estricta protección por la mujer y sus correlativos derechos fundamentales ya tratados en la Constitución. Entre los más importantes se deben destacar:

1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de España mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, de las Naciones Unidas. Ésta reza en su artículo 12: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los que se refieren a la planificación familiar.”
2. Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que: “los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia.”
3. Así mismo, España siendo país parte de la Unión Europea, ha ratificado mediante el parlamento Europeo la Resolución 2001/2128 sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, “en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo sexual que tiene como base, entre otras consideraciones, la constatación de las

---

enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia.”

4. La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar “el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener [...] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos.”

<sup>4</sup> La ley Orgánica 9 de 1985, establecía: “No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1o: Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2o: Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3o: "Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.”

<sup>5</sup> Según Margarita Delgado (1999) en su texto *La evolución reciente de la fecundidad y el embarazo en España: la influencia del aborto*. Esta autora realiza un análisis detallado de la evolución del aborto después de la expedición de la Ley 9 de 1985, en la cual se despenalizaba el mismo en tres supuestos. Se muestra a través de gráficos como aun después de la despenalización parcial de los abortos, siguen existiendo alarmantes cifras de mujeres que no se encuentran amparadas por las causales exonerativas, y de igual forma se practican el aborto. La mencionada autora atribuye la responsabilidad de los embarazos no deseados a la falta de métodos anticonceptivos, problemática que para ella es difícil de tratar.

Aunado a lo anterior, vale la pena mencionar la Ley Orgánica 2 de 2010 que en su preámbulo dice: “la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado y que, en contra del fin de la norma, eventualmente han podido poner en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes precisamente depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción del embarazo.”

<sup>6</sup> Se habla de un aborto parcialmente reglado, porque la misma ley en su artículo trece (13), establece unos requisitos para que éste se pueda dar, estos requisitos son: “Primero. Que se

---

practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”

Así mismo el artículo catorce (14) de la misma ley establece: “Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información.”

<sup>7</sup> La Ley Orgánica 2 de 2010, establece en su Artículo 13, numerales tercero y cuarto lo siguiente: “Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley.

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”

<sup>8</sup> El artículo 14 en su encabezado reza: “Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada...” Continúa el artículo 15 esbozando la excepción a esta regla genérica: “Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

---

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.”

<sup>9</sup> Alberdi, I. (1981) en su artículo *El Destino y la Libertad. Notas sobre la interrupción del embarazo en sociedades occidentales* manifiesta: “en las mujeres más jóvenes y de las clases más pobres. El punto álgido de la campaña fue el proceso de Bobigny, en el que se acusada a una joven menor de edad de haber abortado. La defensora de este caso fue la abogada Gisele Halimi, una de las mujeres que, junto a Simone de Beauvoir, fundó el movimiento «Chosir» (elegir), creado en pro del control de la mujer sobre su propio cuerpo y con el objetivo inmediato de conseguir la legalización del aborto”(Pg. 137)

<sup>10</sup> Alberdi, I. (1981) en el artículo anteriormente citado señala: “La polémica más fuerte actualmente es sobre la financiación del aborto. Se discute si la interrupción de un embarazo debe ser pagada con dinero del Estado, a través de la Seguridad Social, o si debe ser un gasto particular de la mujer que la lleve a cabo. Se han realizado sondeos de opinión sobre ello y la mayoría de los franceses, el 58 por 100, está a favor de que el aborto legal sea gratuito. Todas las organizaciones pro-vida están en contra, pues se sabe que financiar el aborto con fondos públicos es una forma de facilitarlos, y por lo tanto de expandirlos”.(Pg. 139-140)

<sup>11</sup> Asamblea Nacional de Francia, Ley N ° 2001-588 de 4 de julio de 2001, sobre el aborto y la anticoncepción.

<sup>12</sup>Es importante precisar que el denominado caso “Perruche” es una clara manifestación del reconocimiento de las acciones “wrongful life” en Francia, las cuales no son el objetivo principal de este trabajo investigativo, pues en esta oportunidad el punto central que se busca abordar son las acciones “wrongful birth”, como se ha venido explicando a lo largo de este estudio, no obstante el caso de Nicolas Perruche ha tenido tanta trascendencia jurídica y sociológica en Francia y en el mundo, que es necesario analizarlo así sea someramente.

<sup>13</sup>Pacheco, M. N. (2011) explica este caso en los siguientes términos: “Nicolás Perruche nació en 1983, deficiente profundo, sordo y casi ciego. Su madre había padecido rubéola durante el embarazo y afirmaba su voluntad de abortar si el feto estaba afectado por la infección; pero los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio. Tras el nacimiento, los médicos fueron demandados por los padres del niño, en nombre propio y en el de su hijo, para que se le reconociera el perjuicio (el del niño, aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres; el del Estado, pues la Seguridad Social y el Sistema Educativo se hacen cargo de la salud pública y la escolarización, y deberán soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño; el de la Humanidad, en caso de transmisión de la enfermedad genética) sufrido por éste. La Corte de Casación se pronunció a favor de los demandantes, reconociendo que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías. La decisión del Tribunal de Casación francés provocó dos situaciones: 1) Comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad wrongful life. 2) Abrió de inmediato una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas: los técnicos de diagnóstico

---

prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga en protesta por este tipo de fallos; las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social de los discapacitados.”(P. 13-14)

<sup>14</sup>En la Sentencia del Tribunal Supremo Francés, de Noviembre 28 2001, se realizó un planteamiento importante. Este caso se trataba de un niño llamado Lionel, nacido en Enero de 1995, quien sufría graves trastornos y problemas de salud. Su madre interpuso una demanda en representación del menor porque el médico que la atendió durante su gestación no le informó sobre aquellos trastornos que padecía el feto y la madre no pudo tomar la decisión libre e informada de abortar. El Tribunal Supremo pidió al Tribunal de Apelación de París que vuelva a calcular el monto de la indemnización por el perjuicio sufrido por Lionel, pues las pretensiones de la madre ascendían a 686.000 euros para asumir los gastos futuros del menor, mientras que el tribunal de Apelación de Rennes sólo había fijado 99. 092 para cubrir estos gastos. Este fallo siguió la misma pauta establecida por el famoso caso “Perruche”.

<sup>15</sup> Estados Unidos de América, Constitución, (1787). Enmienda decimocuarta. “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.”

<sup>16</sup>Yalaupari, J.P; Arizmendi, R; Cruz, J.L; Reséndiz, D & Mendoza, J. (2010) definen a este virus como: “Elcitomegalovirus (CMV) pertenece a la familia de los Herpesvirus, es un virus ADN altamente específico de la especie y sólo las cepas humanas provocan enfermedad en los seres humanos. El citomegalovirus puede causar infección primaria, quedarse latente y reactivarse posteriormente. La infección congénita es la causa más común de infección intrauterina y aproximadamente 1% de todos los recién nacidos están infectados congénitamente por citomegalovirus. Aunque la infección congénita muestra un espectro de manifestaciones, suele ser asintomática desde el punto de vista clínico. La infección también es parte del complejo TORCH (toxoplasmosis, rubéola, citomegalovirus, herpes, otros). La mayoría de los recién nacidos infectados son asintomáticos y cuando hay síntomas es probable que sean el resultado de una infección primaria en la madre durante el embarazo, a diferencia de los recién nacidos congénitamente infectados por infección materna recurrente. De ahí la importancia del diagnóstico temprano y oportuno para iniciar tratamiento antiviral y evitar secuelas permanentes como sordera y trastornos cognitivos.” (p.38). Lo anteriormente expuesto nos lleva a concluir que si es posible realizar un tratamiento médico que impida la aparición de problemas de salud y trastornos en el menor, ello cuando la enfermedad es oportunamente diagnosticada.

<sup>17</sup> El argumento que invoca la accionante en relación a la vulneración de este derecho es el siguiente: “El principio de dignidad humana es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para

---

convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella”. Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.

<sup>18</sup> La accionante fundamenta la vulneración de este derecho así: “La vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo y que corren un mayor peligro cuando el aborto es practicado en condiciones clandestinas, generalmente sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene. Esa realidad social es constitucionalmente relevante”. Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.

<sup>19</sup> Con respecto a la vulneración del derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, la demandante adujo: “La más reciente decisión del comité de derechos humanos de naciones unidas, parte del bloque de constitucionalidad, establece que no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho de estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes.” Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.

<sup>20</sup> Señala la Corte en la sentencia que es objeto de estudio que en materia de sanción penal, el bien jurídico que se protege en el delito homicidio es distinto al que se protege en el aborto, y ello es así porque no es lo mismo la protección de la vida que la del derecho a la vida.

<sup>21</sup> El alto tribunal constitucional señaló sobre este punto en la sentencia C- 355 del 10 de mayo de 2006, la necesidad de proteger derechos fundamentales de las mujeres como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y el derecho a la autodeterminación reproductiva. El fundamento de esta importante protección, aduce la Corte, se encuentra en la Constitución y en varios tratados internacionales como por ejemplo: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>22</sup> El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites se materializan en el respeto que debe tener el legislador en materia penal respecto de la mujer como ser humano plenamente digno, y nunca considerarla como un simple instrumento de reproducción. Por su parte el límite que impone el derecho al libre desarrollo de la personalidad está dado por la prohibición de las medidas proteccionistas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estas medidas son las que un establece un Estado para imponer determinado modelo de excelencia humana bajo la amenaza de una sanción penal. De igual forma la salud, vida e integridad de las personas, constituyen un límite que debe respetar el legislador, y está dado precisamente por la protección a la vida humana, pero ella entendida no solamente como supervivencia biológica sino dentro de las consideraciones de vida digna, entendiendo que la persona no está constituida solamente por aspectos físicos o biológicos sino también espirituales y síquicos. Adicionalmente dijo la Corte es necesario respetar el derecho de planear la propia familia dentro del marco de la autonomía en materia de salud. (Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006.)

---

<sup>23</sup> Expone la Corte en la Sentencia C-355 del 10 de Mayo de 2006 sobre este aspecto: “Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.”

<sup>24</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia SU- 047 del 29 de Enero de 1999 se pronunció de la siguiente manera sobre las diferentes partes que constituyen un pronunciamiento judicial para determinar los aspectos que entran a formar parte del precedente judicial de obligatorio seguimiento: “En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación”.

<sup>25</sup> En la Sentencia SU- 047 de 1999 se señala: “ (...) únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo.”

<sup>26</sup> Establece el decreto 4444 de 2006: “(...) prestadores de servicios de salud deberán garantizar el funcionamiento de los sistemas de referencia y contrarreferencia, de manera que se asegure en forma oportuna la remisión de las gestantes a servicios de mediano y alto grado de complejidad”.

<sup>27</sup> Al momento de fallar este caso, la sala encontró que la joven ya no se encontraba en estado de embarazo y por lo tanto se producía la carencia actual de objeto, no obstante la Corte decidió pronunciarse, advirtiendo a la EPS que en eventos en los cuales se busque la interrupción del embarazo de una mujer discapacitada que no pueda manifestar libre y directamente su consentimiento, y que adicionalmente haya sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo, es necesario evitar a toda costa la imposición de barreras formales para proceder a la práctica del aborto.

<sup>28</sup> Existen pues diferentes tipos de malformaciones, que pueden catalogarse como mayores o menores, según Javier Plaza Arranz (1994), y citando su tesis doctoral sobre el tema que no ocupa, hay que decir: “las anomalías mayores están definidas como aquellas que originan una significativa discapacidad a largo tiempo y/o muerte del individuo, en contra de las anomalías menores” (p. 2). Reiteramos SOLAMENTE las malformaciones mayores dan lugar al aborto.

---

<sup>29</sup>Una enfermedad congénita según la Tesis Doctoral de Javier Plaza Arranz (1994) es: “Una alteración anatómica u estructural presente en el nacimiento incluyendo: malformación, deformación, disrupción y displasia; independientemente de que las malformaciones congénitas sean únicas o múltiples; o bien mayores o menores.” (p. 2)

<sup>30</sup>Al respecto se pronunció el autor Julio Frenk (1997) en su obra *La salud de la población. Hacia una nueva salud pública*, diciendo: “el dinamismo ha caracterizado la salud humana desde el principio. El ritmo del cambio, sin embargo, se ha acelerado exponencialmente durante el último siglo. Las grandes fuerzas de la industrialización, la concentración urbana, el crecimiento demográfico, los desequilibrios ecológicos, la explosión de conocimientos científicos, el invento de nuevas tecnologías, el acceso a las escuelas, los medios de comunicación de masas, la participación democrática y la globalización económica han alterado condiciones y estilos de vida, dando por resultado una transformación radical en los niveles de salud.”

<sup>31</sup> El Doctor Martín Uribe Arbeláez et, al. (2007) en el libro: *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional: un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, manifiesta lo siguiente:

“La sentencia es trascendental porque por primera vez en la historia del país se permite el aborto en eventos especiales, sin que su realización conlleve investigación y sanción penal. No obstante que en el Código Penal de 1936 se preveía el perdón judicial para el aborto honoris causa, efectuado “para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana” y que en el actual Código Penal, Ley 599 de 2000, el juez podría “prescindir de la pena” cuando el aborto se cometiere “en extraordinarias condiciones anormales de motivación”, ambas legislaciones requerían investigación y juicio criminal. Con la Sentencia C-355 los supuestos de hecho despenalizados no son objeto de indagación o juzgamiento alguno, pues quedan por fuera del ordenamiento penal.”

<sup>32</sup> Es importante aclarar en este punto que pueden existir casos inusuales de responsabilidad médica por mala praxis en exámenes prenatales, que podrían enmarcarse eventualmente en el plano de la responsabilidad extracontractual. Con respecto a este punto, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la Sentencia de Noviembre 17 de 2011, M.P William Namén Vargas, en la cual manifiesta: “En lo atañedor a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño”.

<sup>33</sup> Así por ejemplo el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2010) en su obra: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica* manifiesta: “ (...) se han esbozado pues múltiples teorías que identifican distintas etapas en el curso de la actividad del facultativo; para algunos autores, como se esbozó en precedencia dicha actividad puede simplemente dividirse en dos grandes momentos: el del diagnóstico y el del tratamiento; para



---

otros por el contrario, admite tres fases –diagnóstico, tratamiento e intervención quirúrgica-, e incluso cuatro o cinco fases.” (p. 62)

<sup>34</sup> Las críticas a esta teoría estriban resumidamente en: el objeto de los contratos es diferente; en el mandato se deben establecer previamente todas las directrices y pautas para seguir el mismo; en el mandato existe la figura de la representación.

<sup>35</sup> Entre la jurisprudencia más importante que toma esta posición se debe hacer mención a la Sentencia de 30 de Enero de 2001, Numero de Expediente 5506.

<sup>36</sup> Igualmente como investigadoras debemos poner de manifiesto la inconsistencia que la corte suprema de justicia ha manejado con el tema que nos ocupa “Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, como no lo es la postura de la doctrina, que ha visto en este contrato unas veces arrendamiento de servicios, como también lo sostuvo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1915 (G.J. 1282 y 1283, pág. 204), o un contrato al que se le aplican las normas del mandato, como se predicó en sentencias de 29 de marzo de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 52), 7 de diciembre de 1923 (G.J. t. XXX, pág. 238) y 29 de octubre de 1930 (G.J. t. XXXVIII, pág. 243), o una locación de obra, o un contrato atípico, o un contrato “multiforme” o “proteiforme”, o “variable”, es decir, un contrato que en abstracto no se puede clasificar, como ahora lo entiende la Corte, dada la falta de una regulación específica del mismo, porque en concreto, es decir, teniendo en cuenta la relación efectivamente ajustada, bien pudiera configurarse como uno u otro contrato de los típicamente previstos por la ley: arrendamiento de servicios, confección de obra, mandato, de trabajo, etc., o un contrato atípico, o si se quiere “sui generis”, como lo califica otro sector doctrinal, inclusive la Corte cuando en sentencia de 26 de noviembre de 1986, predicó, sin hacer calificación o clasificación alguna, que al contrato médico de prestación de servicios profesionales le eran aplicables “las normas del título XII del libro cuarto del Código Civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...”, pues como lo sostuvo la Corte en la sentencia de 5 de marzo de 1940, no es posible sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, así como la apreciación de la culpa del médico”

<sup>37</sup> De igual forma, la ley antedicha señala que el médico debe velar porque sus auxiliares también guarden el secreto profesional (Artículo 39).

<sup>38</sup> En estos casos no se guarda el secreto porque el médico considera que los familiares deben conocer la información pues su ayuda resultaría importante para apoyar la evolución del paciente.

<sup>39</sup> En este punto vale la pena mencionar lo expuesto por el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo (2008) en su obra *Responsabilidad Civil Médica*, donde especifica: “Con todo, en uno y otro caso (interés científico), la identidad del paciente siempre deberá permanecer oculta (nombre, rostro, etc.), pero su difusión sí puede ocasionarle perjuicios. Así lo impone el buen juicio y el derecho a la intimidad, el que no puede ser quebrantado, so pena de la imposición de las sanciones que correspondan”. (p.260)

---

<sup>40</sup>De igual forma dice el precitado autor: “Una vez el paciente ha comprendido su estado de salud así como los alcances de la intervención que se realizará sobre su humanidad, el mismo debe expresar si está de acuerdo o no con el procedimiento, no pudiendo el médico constreñirlo de manera alguna”(p. 131).

<sup>41</sup> Asimismo, sobre este importante punto la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T – 560 de 2007 de la siguiente manera: “El citado acuerdo es libre e informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio o coacción que límite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan constatar la autenticidad de la manifestación de voluntad. (...) Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico (...)

<sup>42</sup> Así por ejemplo, según el Doctor Francisco Bernate Ochoa (2010), en su obra *La imputación objetiva y responsabilidad penal médica*, manifiesta que dentro de la fase del diagnóstico existen varias obligaciones específicas a cargo del médico, ellas son: realizar el diagnóstico de manera personal, es decir de manera directa al usuario, examinar al paciente no solamente desde lo físico, sino entendiéndolo como unidad en la que para su bienestar confluyen tanto lo físico como lo psicológico, también se encuentra la obligación de realizar todos los exámenes necesarios empleando los avances tecnológicos posibles y empelando el tiempo necesario para formarse adecuadamente una idea de la situación actual del paciente, por último, el mencionado autor, señala como obligación del profesional de la salud, remitir al paciente cuando el caso que recibe no corresponda a su especialidad.

<sup>43</sup>En palabras del Doctor Jaramillo, el deber de cooperación oportuna y efectiva a cargo del paciente, en sus dos vertientes, se refiere a: el primero de ellos:“(...) atañe a la conducta responsable del paciente, quien en sintonía con el tratamiento trazado por el médico, debe ceñirse a él lo más rigurosa y estrictamente posible, habida consideración que su recuperación o mejoría según, según el caso, en gran parte de dependen ello.” (p. 283) El segundo: “El paciente, a su turno, también debe cooperar-o colaborar-estrechamente con su médico, a través del suministro oportuno e información veraz, toda vez que la ilustración acerca de sus reales síntomas de los medicamentos que está consumiendo o consumió; de sus hábitos; de los antecedentes patológicos y hereditarios; de su edad real; de su rechazo o tolerancia a ciertas sustancias, entre otros aspectos más.” (p. 290)

<sup>44</sup> Uno de los pronunciamientos más importantes de la Corte Constitucional en el cual afirma que el derecho a la salud es un derecho fundamental es la Sentencia T- 760 de 2008, donde el alto tribunal manifiesta lo siguiente: “El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el

---

derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia.”

<sup>45</sup>En la obra *Derecho Médico Colombiano elementos básicos, responsabilidad ética médica disciplinaria*, los autores Fernando Guzmán M, Eduardo Franco D, y Edgar Saavedra R, (2006) señalan la diferencia entre ética y moral de la siguiente manera: “(...) moral y ética son diferentes. La primera (moral) estudia el acto humano individual particular en su entorno y circunstancias concretas. La segunda (Ética) es más amplia, pues es ni más ni menos que el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal. Se ha definido además como “la ciencia del comportamiento (...)” (p. 337)

<sup>46</sup> El denominado juramento hipocrático se encuentra establecido en el Capítulo II, Artículo 2 de la Ley 23 de 1981, y reza: “(...) El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento médico: Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad; Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen; Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética; Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia; Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente; Guardar y respetar los secretos a mí confiados; Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; Considerar como hermanos a mis colegas; Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interponga entre mis servicios profesionales y mi paciente; Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas; Solemne y espontáneamente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho”.

<sup>47</sup> Sobre este particular, los autores Fernando Guzmán M, Eduardo Franco D, y Edgar Saavedra R, (2006) manifiestan la necesidad de encontrar un equilibrio entre el principio de beneficencia y el de autonomía, de forma tal que se ponderen. Al referirse sobre este punto señalan: “A partir del origen de la relación médico paciente en algunos casos el paciente no podrá practicar su autonomía, pues la decisión respecto a ésta no ha surgido de una decisión voluntaria, sino de manera espontánea del médico en caso de emergencia o por solicitud de terceros (...)” También existen otros dos eventos en los cuales cede en alguna medida el principio de autonomía ante el de beneficencia: “(...)1. Aquellas condiciones en las que se determina que el paciente no pueda usar su autonomía y 2. La condición en la cual el paciente

---

desea transferir parte de su autonomía al médico porque confía que actuará de la mejor manera.”

<sup>48</sup>El Artículo 64 de la Ley 23 de 1981 establece que el Tribunal Nacional de ética médica está conformado por cinco profesionales de la medicina escogidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos propuestos por: cuatro por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres por representantes de las facultades de medicina legalmente aprobadas.

<sup>49</sup>Artículo 27 Código Penal: “TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo.”

<sup>50</sup> Con respecto a esta temática el autor Enrique Barros Bourie (2006) en su obra *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* se pronuncia sobre este punto así: “En materia extracontractual la obligación reparatoria tiene por antecedente el incumplimiento de un deber general de cuidado que ha causado daño al acreedor (de acuerdo con el estatuto general de responsabilidad por negligencia) o, excepcionalmente, la mera causalidad entre el hecho del deudor y el daño (en la responsabilidad estricta). En uno y otro caso no existe una relación previa entre las partes, de modo que ningún vínculo obligacional antecede a la acción de responsabilidad.” (p. 979).

<sup>51</sup>Es importante mencionar bajo la teoría de la pérdida de la oportunidad se ha debatido si se trata de una doctrina perteneciente al ámbito del daño o de la causa, así por ejemplo se manifiesta el autor Camilo Rodríguez (2011) en una publicación denominada *Pérdida de Oportunidad* en los siguientes términos: “En este sentido, también algunas cortes norteamericanas han considerado la doctrina de la pérdida de oportunidad, no como una teoría relacionada con la causa, sino como una teoría relacionada con el daño; para ellas, la pérdida de una oportunidad debe reconocerse y valorarse como un daño susceptible de ser compensado. El reconocer la doctrina de la pérdida de oportunidad como una teoría relacionada con el daño no es inconsistente ni elimina el elemento de la causa. El demandante todavía debe demostrar que la negligencia del médico le causó una disminución de la probabilidad de obtener un resultado más favorable.”

<sup>52</sup>Sus mayores exponentes son Glaser y Vomburi, la teoría de la equivalencia de las condiciones consiste en: “Es causa de un resultado, cualquier condición que sumada a las existentes, lo produce. Son igualmente importantes todas las condiciones (internas y externas) que concurren en la producción de un resultado, pues sin esta circunstancia aquél no se habría alcanzado; tratándose de la omisión, ésta es causal cuando al ser suprimida mentalmente se elimina el resultado.”

---

<sup>53</sup> Su principal exponente es Kohler, la teoría de la causa eficiente se predica de: “Es causa aquélla condición que posee fuerza decisiva sobre el resultado.”

<sup>54</sup> Su principal exponente es Ortmann, la teoría de la causa próxima reza: “La última de las condiciones positivas de un hecho, es la causa del resultado.”

<sup>55</sup> Los cursos causales no verificables los define ALEJANDRO IVAN SUPERBY JELDRES como: “aquellas hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural.”

<sup>56</sup> Así mismo existen 2 Sentencias del Consejo de Estado que apoyan la anterior postura, a saber: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de octubre de 2003, expediente 14078. Y Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 1o de julio de 2004, expediente 14696.