

**LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH:
DESARROLLO Y ALCANCE EN EL DERECHO COMPARADO
E IMPLICACIONES DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2009**

**LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH:
DESARROLLO Y ALCANCE EN EL DERECHO COMPARADO
E IMPLICACIONES DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA**



**VIVIANA CUBIDES ACOSTA
JULIANA DIAZ DEL CASTILLO ROMAN**

**Tesis de Grado para optar al título de
Abogado**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
BOGOTA, D.C.
2009**

**LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH:
DESARROLLO Y ALCANCE EN EL DERECHO COMPARADO
E IMPLICACIONES DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA**



**VIVIANA CUBIDES ACOSTA
JULIANA DIAZ DEL CASTILLO ROMAN**

**Tesis de Grado para optar al título de
Abogado**

**GERMAN GAMA CHIROLLA
Director Proyecto de Tesis**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
BOGOTA, D.C.
2009**

NOTA DE ADVERTENCIA:

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de julio de 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará por que no se publique nada en 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”.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. ORIGEN Y CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH “NACIMIENTO ERRÓNEO”	8
1.1 CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO ERRÓNEO)	8
1.2 LA DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH Y LAS DE WRONGFUL CONCEPTION Y WRONGFUL LIFE	10
2. LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO COMPARADO	14
2.1 ALEMANIA	14
2.2 ESPAÑA	16
2.3 ESTADOS UNIDOS	23
2.4 FRANCIA	25
3. LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA	28
3.1 EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS	28
3.1.1 Naturaleza Jurídica	28
3.1.2 Características del contrato de prestación de servicios médicos	29
3.2 DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN PARTICULAR	30
3.2.1 Clases de Responsabilidad	30
3.2.2 El ejercicio de la medicina como actividad peligrosa	30
3.2.3 Las obligaciones del médico	32
3.2.4 La lex artis	32
3.2.5 Elementos de la responsabilidad y su prueba	34
3.2.6 La responsabilidad de los agentes	35
3.2.7 Responsabilidad de las instituciones hospitalarias	37
4. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA BAJO LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH	39
4.1 LA SENTENCIA C-355 DE 2006 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	39
4.2 LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH AL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	44
5. EL PERJUICIO	48
6. ASPECTOS ÉTICOS Y MORALES DE LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH	50
7. CONCLUSIÓN	52
8. BIBLIOGRAFIA	54

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de técnicas que permiten realizar un diagnóstico más exacto acerca de la condición física del feto, ha traído como consecuencia un mayor grado de exigencia en el diagnóstico prenatal, que se traduce en una ampliación al contenido obligacional de los deberes del profesional en la salud y por tanto, en un incremento a las acciones de responsabilidad civil por los diagnósticos prenatales.

La lex artis que rige hoy en día a los médicos ginecobstetras no se contenta con el hecho de que el profesional tratante ordene exámenes de simple rutina, sino que dichos exámenes se han ido ampliando y han incluido entre ellos ciertas pruebas mas complejas pero que permiten la detección y el pronto tratamiento en el desarrollo de un sin fin de enfermedades que pueden resultar gravosas para la criatura en gestación o para la propia madre.

La posibilidad aun reciente en Colombia, de practicar abortos frente a ciertos supuestos fácticos como las malformaciones que sean incompatibles con la vida, imponen al médico un deber de información y diagnóstico acertado cuya omisión, se constituye como fuente de un daño reparable, el cual ha sido reclamado alrededor del mundo a través de la acción de wrongful birth o nacimiento erróneo.

La acción de wrongful birth (nacimiento erróneo), plantea un debate acerca de valorar la negligencia del médico como un daño reparable, en la medida en que de su actuación negligente se impide la realización del aborto y por ende el nacimiento de un niño con malformaciones, nacimiento que en vez de ser motivo de alegrías, lo es de inmensas tristezas además de gastos pecuniarios en ocasiones inmensurables.

Sin embargo, como consecuencia de la precaria legislación existente en Colombia acerca del aborto y su reglamentación, el alcance de la acción puede ser más limitada y el reconocimiento del daño patrimonial y extrapatrimonial se opone al reconocimiento que de dichos conceptos han dado las legislaciones extranjeras, pues en la actualidad solo existe la Sentencia C-355 de 2006 que profirió la Honorable Corte Constitucional despenalizando el aborto en ciertos casos específicos.

Así mismo, a pesar del debate que el tema plantea en un ámbito ético, cuya importancia se enfoca en el alcance que se le dé al concepto de daño; el análisis que se pretende realizar es un análisis de tipo jurídico, cuya base radica en determinar si, dados los elementos de la responsabilidad civil planteada en la legislación y en la jurisprudencia Colombiana, es posible adquirir la reparación del daño a través de demandas judiciales por nacimiento con discapacidad.

Por último nos permitimos anotar que tal y como lo anticipamos en el proyecto de tesis la concepción original del presente trabajo de grado sufrió modificaciones a lo largo de su elaboración, destacándose principalmente el hecho que los aspectos éticos y morales del presente trabajo quedaron circunscritos al elemento del daño (Capítulo II del presente trabajo). Para las demás consideraciones éticas entorno a un tema tan delicado como el de la interrupción del embarazo recomendamos la lectura de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional.

1. ORIGEN Y CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH “NACIMIENTO ERRÓNEO”

1.1 CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO ERRÓNEO)

Desde su origen, el ejercicio médico se caracterizó por ser una profesión marcada por la existencia de un profundo respeto y admiración, que se traducían en una labor prácticamente incuestionable. Sin embargo, la posibilidad cada vez mayor de acceder a dicho conocimiento, así como los imparables avances tecnológicos y científicos al alcance de todos, plantean un escenario de respeto pero marcado por la obligación del médico de ajustarse a la Lex Artis y al deber objetivo de cuidado, en orden a responsabilizarse por los daños causados en ejercicio de su práctica, cada vez más cuestionable.

Así las cosas, la diligencia en la actividad médica se encuentra delimitada por lineamientos de tipo técnico o protocolos establecidos para la realización de los diversos procedimientos. Lo anterior ha dado origen al concepto denominado Lex Artis Ad Hoc que en la práctica implica apreciar la culpa del médico en concreto mirando la técnica de su especialidad aplicada al caso en concreto. Por ejemplo, para el caso específico de la medicina ginecobstétrica, especialidad médica dentro de la cual se encuadra el objeto de nuestra tesis, la evolución tecnológica y científica ha permitido la realización tanto de diagnósticos preconceptivos como prenatales con una mayor exactitud, determinada por lo que los médicos han denominado especificidad y sensibilidad de las pruebas, que permiten determinar la validez de la misma, con miras a obtener resultados diagnósticos reales y no falsos negativos¹.

El fin último de todos estos factores que a la postre determinan una mayor responsabilidad a cargo de los profesionales de la salud, es lograr que la relación médico paciente se desarrolle en un escenario de mayor igualdad, donde se le brinde la mayor información posible a este último y donde todos los procedimientos sean llevados conforme a una especie de “legalidad” que se traduce básicamente en la obligación del médico de sujetarse a los métodos establecidos por la ciencia médica.

Wrongful Birth, traducido como “nacimiento erróneo”, es el nombre con el que se conoce en el derecho comparado a la acción judicial ejercida por los padres contra el médico o la institución hospitalaria, que tiene como origen el nacimiento de un hijo con discapacidad como consecuencia de una negligencia médica.

¹ Entiéndase por falsos negativos aquellos diagnósticos que erróneamente afirman no existir ningún tipo de alteración o malformación genética.

Al respecto la jurisprudencia española ha ampliado su definición en los siguientes términos:

“Nos encontramos con una tipología de daños determinantes de posible responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de la persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia –o no se descubre o no se informa a tiempo- 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.”²

En desarrollo de lo anterior, podemos definir la acción de wrongful birth (nacimiento erróneo) como una acción en cabeza de los padres de un hijo en condiciones de discapacidad como consecuencia de una omisión en la información o una información errónea por parte del médico, que impide que dentro del término legal conferido por la ley, sea detenido el embarazo o se impida la concepción.

Andrea Macía Morillo, en su libro “La Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales” establece cuatro casos en donde se identifican los supuestos de hecho que configuran la procedencia de la acción, a saber: El diagnóstico preconceptivo, el diagnóstico preimplantatorio, el diagnóstico prenatal y el diagnóstico indirecto.

El diagnóstico preconceptivo, hace referencia a “la información que presta el médico a una persona o pareja, antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones de origen genético o hereditario”.³ En este caso, la importancia de la información dada, se dirige a la decisión de los progenitores de concebir o no ante determinadas condiciones.

El diagnóstico preimplantatorio, que también se ubica dentro de los diagnósticos previos a la concepción, consiste en “una técnica diagnóstica para comprobar la salud genética de un embrión vivo, in vitro, antes de decidir, bien su transferencia al útero materno, bien su descarte para un finalidad procreativa, y ello, con el objeto de evitar el nacimiento de niños con enfermedades hereditarias graves”.⁴

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de Septiembre de 2002.

³ ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana: Centro de estudios Ramón Areces, s.a. 1994. p.197

⁴ ABELLAN, Fernando. Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DPG). En: Revista de la escuela de medicina legal. Madrid. (Septiembre de 2006.) p.16. En: <http://www.ucm.es>.

Así, la negligencia radica en omitir dar información acerca de las afectaciones de los embriones a implantar.

El diagnóstico prenatal, a diferencia de los dos anteriores que temporalmente se ubican antes de la concepción tiene lugar estando en curso el embarazo, es entendido como “todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendiéndose por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o multiforme.”⁵

Finalmente, se tiene por diagnóstico indirecto la “privación de información sobre los males que amenazan a la descendencia futura o ya concebida en el contexto de una prestación sanitaria no centrada en la descendencia, sino en uno de los progenitores”.⁶

En la práctica, los anteriores cuatro supuestos fácticos, representan los diferentes escenarios y situaciones que la doctrina foránea ha identificado como situaciones que pueden dar origen a que el nacimiento de un niño, afectado por enfermedades de las cuales no se dio aviso a los padres durante el tiempo en el cual era legalmente posible interrumpirlo, configure en cabeza de sus padres la legitimación para elevar ante los estrados judiciales la acción de wrongful birth en contra de los médicos responsables de los diagnósticos arriba relacionados.

1.2 LA DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH Y LAS DE WRONGFUL CONCEPTION Y WRONGFUL LIFE

Ahora bien, alrededor del concepto de wrongful birth (nacimiento erróneo), existen otras acciones a partir de las cuales se reclama responsabilidad médica como consecuencia de una negligencia en la práctica de la profesión. Estas acciones son conocidas con los nombres de wrongful conception (concepción errónea) y wrongful life (vida errónea).

La acción de wrongful conception, se entiende como la reclamación de responsabilidad por el nacimiento no deseado de un niño sano. Según lo contenido en Sentencia del Tribunal Supremo de España, del 11 de marzo de 2001, al referirse al respecto, “se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de “wrongful conception” y en ocasiones también con la de “wrongful pregnancy”, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas”.

⁵ CARRERA, José M. Diagnóstico prenatal: un concepto en evolución: Salvat, Barcelona. 1987.

⁶ MACIA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 74

Vistos, tal y como se hizo en su momento con aquellos del wrongful life, los supuestos fácticos bajo los cuales es admitida la reclamación bajo la acción de wrongful conception, encontramos que en términos generales se han clasificado en cuatro eventos, tres de los cuales mantienen una clara independencia frente a las acciones de wrongful birth y otro que en su origen guarda relación con la acción de wrongful birth (nacimiento erróneo), a saber:

Como primer evento, se tiene aquel que implica procedimientos de intervención de esterilización, en virtud de los cuales se puede presentar “la práctica negligente de la operación de esterilización y la omisión de la información al paciente sobre los riesgos de fracaso de la intervención o sobre el tratamiento o cuidado posterior a la intervención tendientes a garantizar el resultado perseguido”.⁷

Bajo este escenario, no informar acerca de un procedimiento de esterilización mal practicado o la omisión en la información adecuada acerca del cuidado que debe seguirse tras el procedimiento de esterilización que conlleven al fracaso del mismo y como resultado se conciba un hijo admitirán reclamación de responsabilidad a través de la acción de wrongful conception (concepción errónea).

En segundo lugar, se encuentra el uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado. En estos casos puede ocurrir o bien que existan defectos en el método anticonceptivo, en cuyo caso se estaría hablando de responsabilidad del fabricante o cuando un profesional médico aplica mal un anticonceptivo eficaz en eventos tales como “prescribir un método anticonceptivo inadecuado para el paciente, prescribir como método anticonceptivo un medicamento que careciera de tal virtud, o no prescribir método anticonceptivo alguno, bajo la creencia de no ser necesario para impedir el embarazo, por estimarse una situación de esterilidad”.⁸

El tercer supuesto fáctico se da cuando a pesar de realizar una intervención con la finalidad de interrumpir el embarazo el resultado no se produce por negligencia del profesional en la salud encargado de su práctica.

Finalmente, el cuarto evento tiene como causa la no interrupción de un embarazo por no haber sido detectado dentro del término legal establecido para ello.

Si bien, tal y como se anotó anteriormente, se puede llegar a catalogar como un supuesto propio de la acción de wrongful birth, se considera propio de la de wrongful conception en razón al elemento diferenciador consistente en que el niño que nace de dicho embarazo no interrumpido nace sano y sin ningún tipo de enfermedad.

⁷ *Ibíd.*, p. 53.

⁸ *Ibíd.*, p. 54.

De esta manera, los embarazos que lleguen a término como resultado de una interrupción de embarazo fallida, por negligencia del médico o aquellos que no fueron detectados dentro del término legal dado a la mujer para la práctica del aborto, se reclaman a través de la acción de wrongful conception.

Por su parte, la tercera de las acciones en cuestión, esto es la de wrongful life (traducida como vida errónea), ha sido analizada en conjunto con la acción de wrongful birth, por encontrarse similitudes entre ellas comunes. Sin embargo, existe una trascendental diferencia en cuanto a que, si bien ambas descansan sobre la base de una negligencia médica, la legitimación por activa y el alcance que adquiere el concepto de daño entre una y otra son radicalmente diferentes.

En efecto, la acción de wrongful life ha sido definida como “la acción mediante la cual un menor, o adulto en representación del menor, demanda al médico y/o al centro médico de sus progenitores, en la medida que de no haber sido por su diagnóstico negligente y/o la información incompleta o errónea que le fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita. En consecuencia, es una acción instaurada por los padres en nombre del hijo, que busca una reparación por el sufrimiento”.⁹

De esta manera el objeto de esta acción busca que el profesional médico se haga responsable por los sufrimientos que padece el menor como consecuencia de la omisión de la información o de la información errónea que, de haber sido suministrada correctamente, hubiera dado la oportunidad a los padres de interrumpir el embarazo y por tanto no haber nacido bajo dichas condiciones de sufrimiento.

Es por lo anterior, que el análisis lleva al extremo de afirmar que la reclamación descansa sobre la base de la vida misma como daño, pues se considera que la negligencia del médico es la que da lugar al nacimiento y por ende a experimentar el dolor y el sufrimiento derivado de sus malformaciones. En el acápite correspondiente del presente trabajo nos detendremos a estudiar el elemento del daño a la luz de la acción de wrongful birth.

La acción de wrongful life, ha sido fuertemente criticada alrededor del mundo, a tal punto que en algunos países, como se explicará más adelante, la acción ha sido desvirtuada por considerarse fundamentalmente contraria a la moralidad bajo el entendido de que la vida no puede ser valorada como un daño.

⁹ MEDINA, Graciela. Wrongful birth responsabilidad por nacer enfermo una década en la jurisprudencia del tribunal supremo español. En: Revista de responsabilidad civil y seguros. Año X - N° 9. Argentina. (Septiembre de 2008.) p.93. En: <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/Filiacion/wrongful-birth-medina.pdf>.

Expuestas como han quedado las diferencias entre las diversas acciones (wrongful birth, wrongful conception y wrongful life) con miras a identificar de manera clara el objeto de la acción de wrongful life, a continuación proseguiremos con el análisis propuesto centrado en los alcances de esta acción en especial.

2. LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH EN EL DERECHO COMPARADO

El desarrollo tanto teórico y práctico de la acción de wrongful birth, se ha dado en aquellos países, en donde existe legalidad en la práctica del aborto. Por esta razón, aunque en la mayoría de los países del mundo, se encuentra despenalizado y regulado el aborto, expondremos el tratamiento que Alemania, España, Estados Unidos y Francia, le han dado a las acciones de wrongful birth como países pioneros en el tema.

2.1 ALEMANIA

Mediante sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 18 de mayo de 1993 se estableció que el aborto en Alemania no será punible si es realizado dentro de los 12 primeras semanas de gestación, siempre y cuando la mujer asista a lo que se denominó centros de consulta reconocidos por el estado alemán, con el fin de ser animada para llevar a término su embarazo, tal y como lo indica la Constitución.¹⁰

Sin embargo, a pesar de establecer la no punibilidad del aborto bajo los anteriores presupuestos, la sentencia indica de manera categórica que aunque no es punible, la conducta continua siendo antijurídica, lo que en la práctica implica que dichos abortos no pueden ser practicados por instituciones del sistema de seguridad social, salvo cuando se esté en presencia de motivos terapéuticos, eugenésicos o en el caso de que embarazo sea consecuencia de una violación.

Sin lugar a dudas el tema de la no punibilidad pero si antijuridicidad, hizo que el pronunciamiento fuera objeto de críticas, pues presentaba un panorama poco claro y algo contradictorio.

Finalmente en junio de 1995, el Parlamento alemán aprueba una ley sobre el aborto por virtud de la cual queda despenalizado siempre que tuviera lugar durante los tres primeros meses de embarazo, previa asistencia de la mujer al los centros de consulta arriba mencionados.

Así las cosas, y para el tema que nos compete, una de las consecuencias de dicha reglamentación consiste en la posibilidad que se crea en cabeza de los padres de una persona de entablar demandas de responsabilidad médica por causa de la incorrecta información o la omisión de la misma, cuando estando en curso un embarazo, el médico niegue la oportunidad de practicar el aborto dentro del término legal establecido y se haya estado dentro de una de las causales establecidas por la ley

¹⁰ ESER, Albin. Reforma de la Regulación Alemana sobre el Aborto desde una Perspectiva de Derecho Comparado. Sonderdrucke aus der Albert -Ludwigs-Universität Freiburg. 1994.

Ahora bien, para ilustrar el tratamiento que la acción de wrongful birth ha tenido en Alemania es necesario tener en cuenta lo establecido anteriormente acerca de las llamadas acciones de wrongful conception en la medida en que muchos de sus argumentos son los que sirven de base para el posterior reconocimiento de la acción de wrongful birth en Alemania.

En efecto entorno para la acción de wrongful conception, aplicable de igual manera para la de wrongful birth, se plantea un debate de orden ético y moral que descansa sobre la base de identificar al menor como daño. Para dar una solución a lo anterior la doctrina alemana desarrolló lo que llamó teoría de la separación, que si bien sirve de base para el análisis de las acciones de concepción errónea, ha sido igualmente utilizada como sistema de análisis para el reconocimiento de las acciones de nacimiento erróneo.

Por virtud de dicha teoría se puede distinguir, desde un punto de vista teórico, “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 el nacimiento. De hecho se dice que es por estos últimos por los que se solicita indemnización y no por el nacimiento en sí. Así, se afirma que, aunque el propio nacimiento no es una daño en sí, con el concurre o se concreta un daño por las cargas patrimoniales que genera”.¹¹

Por lo anterior se tiene que el nacimiento es el daño, sino que éste se concreta en las cargas de manutención que se generan como consecuencia del mismo. En consecuencia, la teoría solo consolida el reconocimiento de un daño patrimonial, en la medida en que reconoce los gastos en los que los padres han de incurrir como consecuencia del nacimiento, tras haber sido imposible para los padres impedir su nacimiento en consideración a una negligencia del profesional médico.

Lo que se quiere resaltar es el aporte fundamental del tratamiento que la acción de wrongful birth ha tenido en Alemania, cual es la existencia de la teoría de la separación, cuyo análisis lleva a resolver uno de los límites de quizás mayor magnitud que afronta esta acción, es decir el concepto de la vida como daño.

Lo anterior, toda vez que consideramos que para el caso de Colombia uno de los obstáculos que encontraría la implementación de la acción de wrongful birth sería el hecho de considerar la vida como un daño. Pero, con fundamento en la mencionada teoría alemana, se tendrían los argumentos necesarios para poder trazar una línea divisoria entre el nacimiento del menor y los gastos que genera su mantenimiento dada su especial condición, y así poner al margen cualquier elemento de tipo moral para, en su reemplazo, poder apreciar un daño de tipo patrimonial que se produce como consecuencia de la negligencia médica.

¹¹ MACIA MORILLO, Andrea. Op. cit., p. 336.

2.2 ESPAÑA

En lo que tiene que ver con la punibilidad del aborto en España, el artículo 417 bis del Código Penal establece:

“1. 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 concorra algunas de las circunstancias siguientes:

1ª: 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 su dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2ª: 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.

3ª: 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 de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

En consecuencia, la posibilidad de abortar ante la presencia de graves taras físicas o psíquicas, dentro de las veintidós primeras semanas es jurídicamente viable y por tanto implica en la labor médica un especial deber frente al diagnóstico prenatal y su comunicación al paciente.

Sin embargo, España ha querido mantener constante la idea de que la despenalización del aborto es viable en ciertas circunstancias, pero que en estricto sentido no existe como tal un derecho a abortar. Así lo estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 1999 al manifestar que se niega la existencia de dicho derecho como presupuesto jurídico de la demanda que del hecho de la posible despenalización del aborto voluntario no se puede deducir que exista realmente tal “derecho al aborto”.

Uno de los aportes de España en cuanto al desarrollo y alcance de las acciones de wrongful birth, está contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 septiembre 2002, en la cual se aclararon los conceptos de la acción de wrongful birth frente al de la de wrongful life. Reza la providencia:

“Nos encontramos con una tipología de daños determinantes de posible responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de la persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia –o no se descubre o no se informa a tiempo- 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.

Estas hipótesis han dado lugar a las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life, muy numerosas en la jurisprudencia norteamericana y cuyas denominaciones (en inglés) se mantienen en los distintos trabajos y resoluciones judiciales sobre el particular. La distinción entre la acción de wrongful birth y wrongful life consiste en que la primera es entablada por los padres del niño contra el médico, mientras que la segunda quien la entabla es el hijo. En la primera los padres alegan que, al no haberse detectado o no haberseles informado sobre la posibilidad de que la madre concibiese o diese nacimiento a una criatura con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión “informada” sobre si procrear o no, sobre si dar o no lugar al nacimiento. En la segunda, acción de wrongful life, el hijo demandante argumenta que “de no haber sido por” el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad.

Por decirlo de otro modo, en la acción de wrongful birth la culpa del médico consiste en un error “que ha conducido al nacimiento” del hijo de los padres demandantes; y en la acción de wrongful life el error médico que se invoca es el que “ha conducido a la vida” del propio hijo enfermo demandante.”

A la par de lo anterior, la experiencia ibérica permite traer a colación los supuestos fácticos que han permitido a la jurisprudencia española consolidar la figura objeto del presente trabajo, los cuales pueden ser resumidos así mediante la traída a colación de las siguientes providencias:

a. Sentencia 6 de junio de 1993.

Una madre consciente del diagnóstico de alto nivel de riesgo de embarazo, tanto para ella como para el feto, acude al Hospital Clínico Universitario de Valencia, en el que se le prescribe por el médico encargado la realización de determinadas pruebas médicas, entre las cuales estaba la “amniocentesis” basada en la extracción de líquido amniótico para identificar si el feto padecía de síndrome de Down, también conocido como mongolismo. La prueba en cuestión fracasó, esto es no dio ningún resultado, conociéndose dicha eventualidad por parte del personal médico sin que se le notificara a la paciente a pesar del interés que la madre demostró en conocer el resultado, acudiendo al médico encargado que reemplazaba al médico que se la practicó.

Para cuando la madre conoció el fracaso de las pruebas, ya no se podía a interrumpir voluntariamente su embarazo, por haber transcurrido el plazo legal para ello. A la postre la gestante dio a luz a un hijo con síndrome de Down, lo que la motivó a reclamar tanto a la institución hospitalaria como a los dos médicos intervinientes la reparación del daño sufrido por el nacimiento del bebe, toda vez que éste se hubiera podido evitar, y ella además no estaba obligada a soportarlo, dada su disposición a interrumpir el embarazo dentro de la oportunidad legal establecida para ello.

La sentencia que empleó el término wrongful life, siendo en realidad un supuesto de wrongful birth, reconoció a la mujer, una indemnización como consecuencia del incumplimiento del médico en la obligación de informarle, acerca del fracaso de las pruebas de diagnóstico prenatal.

Textualmente la sentencia establece que:

“Desde luego aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de wrongful life, el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido; ahora bien, el daño derivado del referido dato no es patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada.”

Lo anterior, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico colombiano, se anticipa que no alcanzaría a configurar una causal a la luz de los parámetros señalados por nuestra Corte Constitucional, toda vez que analizado el alcance que la misma dio para poder realizar un aborto bajo la causal de

malformaciones, éstas están estrechamente ligadas a aquellas que son de tal gravedad que implica que el feto sea inviable. En el siguiente capítulo se abordará a profundidad esta problemática.

b. Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de Febrero de 1999.

Una señora cuyo embarazo fue calificado de bajo riesgo dio a luz a una niña que presentó múltiples anomalías al nacer: le faltaban las extremidades superior e inferior izquierdas, tenía dedos fusionados e imperforación anal. Sus padres habían vivido cerca de una central nuclear y el padre trabajaba en la planta que la Empresa Nacional del Uranio, S.A. (ENUSA).

Dichas circunstancias no fueron puestas en conocimiento por los padres a la ginecóloga que había seguido el embarazo. La gestante, así mismo, había sido sometida a las pruebas habituales para los embarazos no problemáticos en dos hospitales diferentes. Al final, los padres reclamaron a la ginecóloga, al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y al Ministerio de Sanidad una indemnización por los daños derivados de la imposibilidad de abortar y del nacimiento de la niña en aquellas condiciones.

Al fallar el caso el Tribunal Supremo estableció que “no todo daño es indemnizable por grave que sea, si antes no se prueba que trae causa directa en la intervención médica”. Lo anterior toda vez que en este caso se comprobó que la médica ginecóloga se había ajustado a todos los procedimientos y protocolos médicos, y que a pesar de haber realizado todos los exámenes y encontrarse estos normales, la malformación congénita grave no pudo ser detectada.

Se resalta de la anterior providencia la aplicación práctica del concepto de *lex artis* en las actividades profesionales toda vez que se puede apreciar que no siempre que se esté en presencia de una malformación no informada se presenta el resarcimiento del daño; en efecto, debe analizarse el ejercicio ajustado a los protocolos médicos, llámese *lex artis*, para poder determinar si en el caso hubo o no una negligencia. Este punto es de especial importancia en la medida en que, siendo las obligaciones de los médicos, por regla general, obligaciones de medio le es posible al profesional en la salud demostrar diligencia para excusarse de la responsabilidad.

En consecuencia, el hecho de que el médico haya realizado diligentemente la prestación de su servicio de acuerdo a la *lex artis*, no podrá encontrarse responsable por la ausencia de diagnóstico acertado. Además, es importante tener en cuenta otros factores de especial relevancia como lo son por ejemplo, la posibilidad de que la malformación pueda ser detectada dentro del plazo legal de interrupción o que el paciente incumpla con su obligación de suministrar al médico la información suficiente, para que éste pueda decidir el tratamiento adecuado a las circunstancias. Así mismo, debe ser una

anormalidad capaz de ser detectada en el caso en concreto¹², pues no debe dejarse de lado que la culpa del médico se analiza en concreto, no en abstracto y sobre el caso en concreto (lex artis ad hoc).

c. Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de Diciembre de 2003.

Una madre, dio a luz a un niño con unas graves malformaciones congénitas que los médicos especialistas no habían detectado a pesar de haberle practicado cuatro ecografías durante el embarazo. La primera, a las veinte semanas y tres días de la gestación, aportó indicios para sospechar que faltaba en el feto una de las dos arterias, origen de las malformaciones. Por ello, se aconsejó efectuar una nueva ecografía dos o tres semanas después.

Esa segunda ecografía fue practicada por otro médico quien, según quedó reflejado en el informe correspondiente, no detectó anomalía alguna en las arterias ni malformaciones en las extremidades. No obstante, la gestante todavía se sometió a dos ecografías más.

La tercera ecografía, tuvo lugar entre la treinta y dos y treinta y tres semanas de gestación, es decir, cuando ya había transcurrido el plazo de veintidós semanas que exige la ley para interrumpir legalmente el embarazo por causa de las “graves taras físicas o psíquicas del feto”, para usar los mismos términos citados al inicio del presente literal.

En el informe que acompañaba esa ecografía se indicaba que era probable que existiera una arteria umbilical única, lo que, sin embargo, no dio lugar a que se llevara a cabo ningún examen anatómico del feto. La cuarta ecografía, finalmente, se practicó el día anterior al parto.

En el informe correspondiente se indicaba que los datos anatómicos relativos a la cabeza, tórax y abdomen eran normales y, sin hacer mención de los relativos a las extremidades, se reiteraba simplemente la probable existencia de una arteria umbilical única.

Al día siguiente se produjo el nacimiento de un niño que presentaba graves malformaciones físicas, entre las que se encontraban la ausencia de riñón

¹² “La audiencia de Baleares en el año 2001 rechazó una demanda instaurada contra los médicos por no haber detectado el síndrome de Down porque la paciente presentaba un cuadro de placenta previa que hace imposible la determinación de la anomalía porque se produce una confusión entre las células del feto y las de la madre.”

MEDINA, Graciela. Wrongful birth responsabilidad por nacer enfermo una década en la jurisprudencia del tribunal supremo español. En: Revista de responsabilidad civil y seguros. Año X - Nº 9. Argentina. (Septiembre de 2008.) p. 93. En: <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/Filiacion/wrongful-birth-medina.pdf>.

izquierdo y de extremidad inferior izquierda. Los progenitores, en nombre propio y como representantes legales de su hijo, interpusieron una demanda de responsabilidad civil contra el ginecólogo, los tres especialistas ecógrafos, y contra el Hospital Universitario Materno Infantil Valle de Hebrón, el Institut Català de la Salut y la Compañía de Seguros Winterthur, en la que reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios causados.

El fallo en comento estableció que “resultó inasumible que se visualizaran dos arterias cuando solo había una o que había normalidad de las extremidades cuando faltaba totalmente la inferior izquierda”.¹³

Con base en lo anterior los magistrados procedieron a realizar una distribución de responsabilidades, sobre la base de aquellas que se consideraron determinantes para privar a la mujer de interrumpir el embarazo dentro del plazo legal.

Esta sentencia, tiene un aporte especial de análisis en la medida en que implica la responsabilidad no solo del médico tratante, sino en general la responsabilidad de los ecógrafos, así como, plantea la existencia de distribución de responsabilidades.

De otro lado es de resaltar que tal y como se dio en Alemania, España tampoco fue reticente al debate respecto a la posibilidad de que en estos casos el daño fuera equiparado al nacimiento de un ser humano.

Al respecto, luego de grandes debates en torno al concepto de daño, la profesora Andrea Macía Morillo en su libro “La Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales sostiene que dos deben ser los presupuestos a tener en cuenta para determinar dicho concepto, a saber:

En primer lugar, “la teoría de la privación del libre ejercicio de la libertad de procreación o de la decisión sobre la facultad de abortar” y, en segundo lugar, “la identificación de un daño patrimonial (teoría de la separación) y un daño moral concebido como la falta de preparación psicológica de los progenitores para el nacimiento del niño”¹⁴

¹³ Ibid.. p. 93.

¹⁴ “Se alega que los progenitores sufren un daño moral por la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del niño que creían 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 estado de salud de su progeñie 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”

MACIA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz del 17 septiembre 2002, sostuvo:

“En primer lugar, parece absolutamente correcta la tesis de que la vida, esto es, el nacimiento de una criatura, nunca puede ser considerada como un daño. El daño no es el nacimiento del hijo. Aparte de que puede repugnar a la natural consideración de las cosas el que la vida de un ser pueda ser calificada así, el nacimiento de la criatura no es consecuencia de la actuación del médico, sino de la naturaleza, de la providencia o, por utilizar una palabra aséptica, de la fatalidad. El feto adolecía de la enfermedad antes y al margen de la actuación de los profesionales médicos, es decir, la criatura habría nacido con las malformaciones en todo caso.

Arrancando de esta premisa, caben, no obstante, otros dos enfoques. **Uno** de ellos consiste en considerar que el **daño** (puesto que, por definición, el niño ha nacido) es el constituido por **dos factores**: primero, el quebranto moral sufrido por los padres al experimentar día a día la congoja de la contemplación de un ser doliente, aquejado de limitaciones irreversibles y cuyo futuro se ve como un panorama de abandono e indefensión; y segundo, la lesión económica consistente en tener que arbitrar medios de crianza, atención médica, educación y mantenimiento que una criatura sana no requeriría. **El segundo enfoque** es el de entender que el **resultado dañoso** que determina el deber de indemnizar consiste en la circunstancia de que la madre, por la actuación negligente del médico, no pudo hacer uso del aborto como medio para atajar la innegable contrariedad de un hijo que se sabe que va a ser siempre enfermo.

En definitiva, en la actualidad, parece unánime entender que argumentos como el de la santidad de la vida, o el de la compensación de las cargas de un hijo incapaz con la grandeza de la paternidad, no son bastantes para negar la existencia de algún daño (no la vida, ni siquiera la vida enferma) y, por ese motivo, rechazar la existencia de un daño en sentido legal y toda solicitud de indemnización en dinero. Por el contrario, parece convincente, y ya casi unánime y ampliamente extendido, el pensamiento de los autores que más tempranamente se manifestaron a favor de la admisibilidad de estas acciones (aunque con reservas sobre su alcance), cuando afirman que no se puede negar que ha existido un daño de consecuencias legales si un profesional de la salud ha dejado de comunicar a los padres información que podía haber conducido a evitar el nacimiento del niño”. (Subrayado fuera/hace parte del texto original).

2.3 ESTADOS UNIDOS

Desde 1973 la Corte Suprema reconoció el derecho a abortar en cabeza de las mujeres. Así mismo, fue es la primera nación en enfrentar este tipo de demandas relacionadas directamente con la vida, demandas que dieron pie a los dos fallos de los cuales se puede extraer el estado de la cuestión en dicho país. Previo a ello es de anotar que para 1967, en el estado de New Jersey se planteó el primer caso de wrongful birth y wrongful life en el caso conocido como Gleitman v. Cosgrove en donde nace un niño con malformaciones como consecuencia del contagio de rubeola que sufre la madre estando embarazada, a quien se le informó que dicha situación no generaría consecuencias en el feto. A pesar que la Corte desestimó la demanda por considerar de especial dificultad medir el daño, esta sentencia es importante traerla a colación toda vez que abrió posibilidades reales frente al reconocimiento de dichas acciones.

Los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos que se destacan son los siguientes:

a. Caso Duplan v. Harper

Los supuestos fácticos tienen como origen el caso de una mujer perteneciente a la Fuerza Aérea Norteamericana presentaba un alto riesgo de contagio de citomegalovirus (CMV), razón por la cual solicitó una prueba que determinara si era o no inmune al CMV. El médico tratante examinó a la paciente y le realizó el test de CMV, el cual demostró que padecía de una incipiente infección de CVM, infección que implicaba un alto riesgo de que el bebé naciera con malformaciones. El médico le dio instrucciones a la enfermera para que notificara a la madre del resultado del test de CVM. La enfermera se contactó con paciente y le comunicó que los resultados habían dado "positivo". Como la paciente no tenía certeza acerca de si "positivo" significaba que era inmune al CVM o que estaba infectada, se puso nuevamente en contacto con la enfermera para que ésta esclareciera su incertidumbre. La enfermera incorrectamente le explicó que "positivo" significaba que era inmune. Basada en esta información equivocada, la paciente decidió continuar con su embarazo¹⁵.

El caso se resolvió condenando a indemnizar los daños ocasionados, padecimientos emocionales sufridos y gastos extraordinarios que demandarían los cuidados especiales del bebe.

¹⁵ MEDINA, Graciela. Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy: Análisis de la jurisprudencia norteamericana, reseña de la jurisprudencia norteamericana. En: Revista: Responsabilidad civil y seguros. Ed. La ley. Octubre de 2001. En: <http://www.gracielamedina.com>

Un tema fundamental lo constituye el reconocimiento de daños patrimoniales y extrapatrimoniales contenido en la sentencia toda vez que por un lado reconoce los padecimientos emocionales sufridos por la madre como consecuencia del nacimiento de su hijo bajo estas condiciones y, por el otro, accede a la tasación de un daño patrimonial reconociendo los gastos extraordinarios que implicaran los cuidados especiales del menor.

b. Caso Bader v. Johnson.

Para el año de 1991 la señora Johnson, tras haber tenido dos hijos uno de los cuales nació con hidrocefalia, retrasos mentales y motores severos que a la postre lo condujeron a la muerte tan solo cuatro meses después de su nacimiento, quedó de nuevo en estado de embarazo.

Consciente de dicha situación acudió donde el Dr. Bader con el fin de realizar una amniocentesis la cual no reveló ningún tipo de anormalidad. El Dr. Bader, realizó un ultrasonido cuyo resultado determinó que el menor presentaba una cavidad cerebral extremadamente grande y una forma de cabeza inusual. Ante dicha situación solicitó a su equipo que realizaran una cita con la señora Johnson con el fin de efectuar nuevas pruebas, hecho que nunca se realizó.

A las treinta y tres semanas de gestación se le practicó un ultrasonido que comprobó la hidrocefalia de la cual padecía el feto. El 4 de septiembre de 1991 nació el bebe que moriría meses más tarde.

El Tribunal de Apelaciones luego de realizar un extenso análisis determinó que la indemnización comprendía: “los costos extraordinarios en que debieron incurrir para tratar el defecto de nacimiento; cualquier costo médico en que debieron incurrir durante la vida del niño como consecuencia de su enfermedad; gastos de internación ocasionados por la negligencia médica; el dolor físico sufrido por la madre; el daño mental y el sufrimiento espiritual padecido por los padres.”¹⁶

Lo anterior bajo el fundamento de en el deber del médico de informar a los pacientes las condiciones médicas, así mismo estimó que el daño provocado tuvo como origen la imposibilidad de dar por terminado el embarazo y la privación de los padres de poder tomar la decisión, razones por las cuales el tribunal confirmó en todas sus partes la decisión.

Del anterior fallo se desprende que en los Estados Unidos existe un reconocimiento de perjuicios no solo de tipo patrimonial sino también extrapatrimonial. De la misma manera, se supera el concepto del nacimiento del

¹⁶ MEDINA, Graciela. Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy: Análisis de la jurisprudencia norteamericana, reseña de la jurisprudencia norteamericana. En: Revista: Responsabilidad civil y seguros. Ed. La ley. Octubre de 2001. En: <http://www.gracielamedina.com>

bebe como daño, y se traduce en la privación e imposibilidad de la mujer de poder tomar la decisión de abortar.

2.4 FRANCIA

Francia, en el año de 1975 sancionó el Código de Salud Pública, el cual en el art. 2213 estableció la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo.

Así, se admite la interrupción voluntaria del embarazo bajo dos supuestos:

“1) Con anterioridad a la décima semana de gestación, por decisión de la madre o ambos padres, si se invocan circunstancias particulares, las que serán evaluadas a través de una consulta médica y social;

2) Pasadas las primeras diez semanas¹⁷, si existen motivos terapéuticos, siempre que dos médicos determinen que la continuación del embarazo pone el peligro la salud de la mujer o que existe una fuerte probabilidad de que el niño nazca con una grave afección que hasta ese momento se conoce incurable.”¹⁸

Francia, es sin lugar a dudas el país que a la fecha hizo frente al tema jurisprudencial y que además reguló a través de una ley, el alcance no solo de la acción de wrongful life, la cual es rechazada, sino también la acción de wrongful birth.

Es famoso en la doctrina civil el llamado “caso PERRUCHE”, el que clarifica todos los elementos que conllevan al reconocimiento de una indemnización ante la presencia de casos de wrongful life y wrongful birth, especialmente los de aquellos.

De conformidad con los hechos de la demanda, la Sra. Perruche decide asistir al médico porque sospechaba estar embarazada y creía estar contagiada de rubéola. El primer análisis dio negativo, el segundo dio positivo y el tercero dio nuevamente negativo y la prueba de embarazo positiva.

En 1983 nació Nicolás con serios problemas de visión, de audición, cardíacos y neurológicos, ante lo cual la señora Perruche y su esposo deciden interponer una demanda en nombre propio y en nombre de su hijo Nicolás

¹⁷ La ley 200-588, dictada el 14/Jul/2001, amplía dicho plazo de diez a doce semanas de gestación.

¹⁸ MEDINA, Graciela, FAMÁ María Victoria y REVSIN, Moira. Tutela jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños. Revista de derecho de daños. 2002. En: [Http://www.gracielamedina.com/archivos/ResJuris/pdf/000026.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/ResJuris/pdf/000026.pdf)

Tal y como lo comenta Graciela Medina en su obra acá citada, la cadena de fallos se puede resumir de la siguiente manera:

“El Tribunal de Primera Instancia de Evry, condenó solidariamente a ambos (laboratorio y médico) demandados como responsables por los daños ocasionados.

El 17 de Diciembre de 1993 la Corte de Apelación de París confirmó la sentencia en lo relativo al daño moral de la madre, pero revocó la fijación del daño material a favor del niño.

El 26 de Marzo de 1996, la Sala Primera Civil de la Corte de Casación resolvió que existía relación de causalidad suficiente entre el hecho antijurídico y el daño provocado al niño, por lo que casó la sentencia y la reenvió a la Corte de Apelaciones de Orleans.

El 5 de febrero de 1999 la Corte de reenvío entendió que dicha relación de causalidad no existía, no haciendo lugar a la demanda.

La sentencia fue recurrida por los padres y llevada a la Corte de Casación Francesa que, con fecha del 17 de noviembre de 2000, resolvió, en pleno, que como las faltas cometidas por el médico y el laboratorio ante la obligación contraída obstaron que la madre pudiera ejercer su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo y evitar el nacimiento de un niño con discapacidad, este último está legitimado para demandar la reparación del daño resultante de dicha discapacidad.”¹⁹

En síntesis, este último fallo trajo consigo el reconocimiento de perjuicios no solo a favor de los padres, sino a favor del menor discapacitado, lo que a la postre derivó en un antecedente jurisprudencial que sirvió de base a varios fallos posteriores en donde la responsabilidad estaba determinada por el supuesto de que el aborto hubiera sido posible, de haber sido detectada a tiempo la anomalía.²⁰

Derivado de dicho auge, la respuesta de la sociedad al tema fue eminente y el 1 de enero de 2001 se inició una huelga, en donde participaron ginecólogos, técnicos de radiodiagnóstico, así como asociaciones de familiares de discapacitados²¹. Como consecuencia de ello, el Parlamento Francés a través de la ley 2002-303 de 4 de marzo reguló el tema, estableciendo el rechazo de las

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ MACIA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p.

²¹ *Ibidem*.

demandas de wrongful life y aceptando las acciones de wrongful birth, siempre que la indemnización este dirigida a reparar los daños que sufren personalmente los padres.

El desarrollo jurisprudencial que se presentó en Francia, demuestra como una materia como ésta no regulada puede traer consigo dificultades de orden legal y social por cuanto es un tema sensible que puede ser resultado bajo las concepciones morales del juez que conozca del caso. Creemos que en Colombia, es necesario regular sustancialmente el tema del aborto, por cuanto la sentencia de la H. Corte Constitucional no otorga las herramientas necesarias para que el ejercicio del aborto se considere enmarcado en un escenario de legalidad.

3. LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA

Vistos como han quedado en el capítulo anterior el origen, desarrollo y alcances de la acción de wrongful birth en el derecho comparado, en el presente capítulo tiene como objeto encuadrar dicha acción al interior del ordenamiento jurídico colombiano en aras de determinar la posibilidad de su implementación al interior del mismo.

Con miras a lo anterior, la metodología que hemos decidido emplear tiene como punto de partida el análisis de la responsabilidad médica desde el punto de vista del derecho privado para, una vez identificados los elementos esenciales de esta, compaginarla con la jurisprudencia que respecto a la posibilidad de interrumpir el embarazo ha proferido nuestra Corte Constitucional y así, en conjunto, construir las conclusiones que permitan afirmar si en Colombia tiene cabida o no la acción de wrongful birth.

En consecuencia, a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se abordará el tema de la responsabilidad civil derivada de la práctica médica, iniciando con el análisis del contrato de prestación de servicios médicos en lo que tiene que ver con su naturaleza y sus características.

3.1 EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

3.1.1 Naturaleza Jurídica. Si algo caracteriza a la jurisprudencia que respecto a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios médicos ha proferido la Corte Suprema de Justicia es el hecho de que esta no ha sido uniforme al dar una respuesta. Concretamente dicho Tribunal ha tenido una posición variable posiblemente determinada por las particularidades de cada uno de los casos que ha examinado.

En un principio el contrato de prestación de servicios médicos fue para la Corte Suprema un contrato de arrendamiento de servicios (sentencia 30 de octubre de 1915, G.J. 1282 y 1283, pág. 204). Luego en sentencia de 29 de marzo de 1923 (G.J.T. XXX, pág. 52), sin asimilarlo al **mandato**, consideró que ese era su régimen, en tanto estimó que las normas de este le eran aplicables, posición que reiteró en sentencia del 29 de octubre de 1930 (G.J.T. XXXVIII, pág. 243), pero que posteriormente modificó por el contrato de obra o de locación de obra.

Hasta este punto podríamos hablar de una primera etapa de la jurisprudencia al respecto que se caracteriza por el hecho de que la calificación jurídica del contrato se encuentra claramente ligada a los contratos típicos del Código Civil. De aquí que, sea claro advertir que la segunda fase se diferenciará de la anterior en el

momento en que el Alto Tribunal empieza a considerar el contrato en cuestión como un contrato atípico o sui generis, como lo plasmó en la sentencia de 26 de noviembre de 1986 en la cual, sin hacer calificación o clasificación alguna, simplemente se limitó a predicar que a dicho contrato le eran aplicables “las normas de título XII del libro cuarto del código civil, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual...”.

Para el año de 2001 (sentencia de 30 de enero, M. P. José Fernando Ramírez Gómez), la Corte atribuyó al referido contrato la calificación jurídica de “multiforme” o “proteiforme” o “variable”, según la distinta terminología utilizada por la doctrina, con lo que quiso decir que es un contrato que en abstracto no es dable clasificar, dada la falta de una específica regulación del mismo. De ahí que sea la relación jurídica efectivamente ajustada la que habrá que determinar frente a cual tipo de contrato se está, que bien puede configurarse como uno de los contratos, típicamente establecidos en la ley (de obra, de trabajo, de mandato, etc.), o como un contrato atípico si se quiere o sui generis, como lo entendió la Corte en sentencia de 26 de noviembre de 1986.

Así las cosas, en este punto nos es dable concluir que prevalece el caso concreto puesto a consideración en detrimento de cualquier calificación que de la naturaleza de este contrato se quiera hacer con carácter de criterio general.

3.1.2 Características del contrato de prestación de servicios médicos. Por parte de la doctrina, unánime resulta el identificar el acuerdo entre médico y paciente como un contrato bilateral, en tanto genera obligaciones para ambas partes, así como conmutativo, por cuanto cada parte tiene perfectamente definida su prestación.

Por su parte la jurisprudencia, en lo que tiene que ver con las características que tienen que ver con la forma de su perfeccionamiento y con su contenido económico (C.S.J. Sala de Casación Civil, sentencias del 5 de marzo de 1940 y 26 de noviembre de 1986), ha sostenido que el contrato de prestación de servicios médicos, sea quien sea el sujeto contratante (médico independiente o clínica), es esencialmente consensual, razón por la que su formación puede ser verbal o escrita; de igual manera puede ser oneroso o gratuito, sin que sea necesario que la formación del contrato provenga esencialmente de la voluntad del enfermo, pues es lógicamente viable que en vez de él también puedan contratar los parientes, el empleador, o en fin, quien se interese por el paciente.

Por supuesto que las diferentes particularidades que han quedado señaladas, deberán verificarse a propósito de los **casos concretos**, porque, como quedo visto, en cada evento debe definirse qué tipo de contrato se perfeccionó o cual es su contenido, pues como lo anotó la Corte en la sentencia del 5 de marzo de 1940 y luego lo ratificó en la de 30 de enero de 2001, “...del contenido y las especificidades del contrato efectivamente celebrado, se desprende la responsabilidad del médico hacia el paciente y viceversa”. Es la relación jurídica

particularmente creada, dijo la Corte en la sentencia de 30 enero de 2001, "...la que ofrecerá los elementos para identificar cual fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente".

Vista como ha quedado la génesis de la responsabilidad civil médica procederemos a continuación a la identificación de sus elementos más importantes enfocados en todo momento a dar respuesta al punto central de nuestra tesis.

3.2 DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN PARTICULAR

Al margen de los postulados propios de la responsabilidad civil en general, el presente acápite se centrará en los aspectos de la misma desde el punto de vista de la responsabilidad civil médica. Lo anterior, como se entenderá, en aras de lograr una mayor profundidad y concentración en la exposición.

3.2.1 Clases de Responsabilidad. Como lo comenta la jurisprudencia, inicialmente los tribunales franceses consideraron que la responsabilidad profesional, y especialmente la de los médicos, se encuadraba únicamente en las previsiones de los artículos 1382 a 1386 del código civil francés, equivalentes a las disposiciones que en el código civil colombiano empiezan en el artículo 2341. De modo que la jurisprudencia francesa solo entendía la responsabilidad profesional de los médicos, bajo el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, pues se resistían a asignarle el régimen propio de los contratos en consideración a los contenidos humanísticos y éticos del acto médico.

Empero, posteriormente, influenciados por la doctrina del momento (Mazeaud y Savatier), los tribunales abandonaron su rígida postura y admitieron que la responsabilidad de los profesionales de la medicina podía ser contractual o extracontractual, según el caso. Esta orientación quedó perfectamente clarificada en la jurisprudencia colombiana desde la sentencia de la Corte Suprema del 5 de marzo de 1940 aunque, desde la sentencia de 30 de octubre de 1915, dicho Tribunal ya había examinado la responsabilidad médica bajo el esquema de contrato de prestación de servicios en arrendamiento, aplicándole a este el régimen tanto de mandato como el del arrendamiento de servicios inmateriales.

De lo anterior resulta entonces claro que la responsabilidad civil médica puede ser de tipo contractual o extracontractual dependiendo de la existencia o no de un vínculo jurídico previo entre el agente o médico y el paciente.

3.2.2 El ejercicio de la medicina como actividad peligrosa. La tesis de la actividad médica como actividad peligrosa únicamente ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias, tales como la proferida el 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, págs. 759 y s.s.), donde se afirmó como principio

general que a la responsabilidad extracontractual del médico le era “aplicable el artículo 2356, del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”. En dicha ocasión se decidía el caso de una persona que habiendo sido internada en una clínica, sufrió graves quemaduras en los pies al colocarle unas bolsas de agua caliente, como preparación para hacerle una transfusión de sangre. Antes, en sentencia de 14 de marzo de 1942, se había orientado la decisión por el criterio de la presunción de culpa, al examinar caso de responsabilidad civil extracontractual e invocando el artículo 2356 del código civil, es decir, la norma atinente a las actividades peligrosas, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial. En esta ocasión se dijo:

“El error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos casos que como el presente –el mal de rabia- la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, **de suerte que ha de presumirse que** un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía”.

Esta postura había empezado a desecharse desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, que es cuando se comienza a diseñar la doctrina de la culpa probada, con independencia del tipo de responsabilidad, pues en ella expresamente se descalificó el criterio de la actividad médica como “una empresa de riesgo”, porque una tesis así sería “inadmisible desde el punto de vista legal y científico” y haría “imposible el ejercicio de la profesión”.

Sin embargo, fue la sentencia de 30 de enero de 2001, la que categóricamente se pronunció en contra de la tesis de actividad peligrosa, descartando por consiguiente cualquier posibilidad de aplicación del régimen del artículo 2356 del código civil. Dice al respecto la sentencia:

“Ciertamente el acto médico quirúrgico, muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha asignado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tienen fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no solo por el principio de la solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las ‘implicaciones humanísticas que le son inherentes’, al ejercicio de la medicina,

como especialmente lo consagra el artículo 1º, parágrafo 1º Ley 23 de 1981 (por el cual se dictan disposiciones respecto de ética médica)".

En igual sentido se dirige la jurisprudencia del **Consejo de Estado**, como bien se lee en sentencia de **18 de abril de 1994**, donde expresamente se dijo que "no se avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una actividad riesgosa, y que por lo mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de culpa".

3.2.3 Las obligaciones del médico. En consonancia con lo arriba expuesto, las obligaciones que nacen para el médico dependen de la específica contratación que se haya perfeccionado, esto para el caso de que haya un contrato de por medio, claro está. Con todo, la jurisprudencia pacíficamente ha venido predicando que por regla general la obligación del médico es de medio y no de resultado (C.S.J Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de marzo de 1940). Sin embargo, desde esta misma sentencia se ha admitido la posibilidad del surgimiento de obligaciones de resultado, como puede ser el caso de la intervención con fines estéticos.

En sentencia de 3 de Noviembre de 1977 se especificó que las obligaciones del médico son de medio, pues este no se obliga a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de la profesión, de ordinario, deben ejecutarse para conseguir ese resultado. En igual sentido encontramos las sentencias de 12 de septiembre de 1985 y 26 de noviembre de 1986.

Esta doctrina, expuesta por vía de principio general, ha sido matizada para algunos casos, pues tanto en la sentencia de 5 de marzo de 1940, como en la de 30 de enero de 2001, se advierte la impertinencia de sentar reglas generales y abstractas pues la cuestión de hecho y de derecho puede ser distinta en cada caso particular. Es posible que por fuera del ejemplo de la cirugía estética, la realidad ofrezca otros casos donde el profesional se obliga a obtener un determinado resultado y de no lograrlo incurrir en responsabilidad. Sin embargo, en el caso de la medicina dado el gran número de circunstancias y variables no controlables (anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades no detectadas a pesar del bien estudio previo) y de una serie de sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como obligación de medio y no de resultado.

3.2.4 La lex artis. Como lo hemos venido sosteniendo, y tal y como se puede advertir en las sentencias de 5 de marzo de 1940, y 30 de enero de 2001, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha querido asumir compromisos doctrinales de carácter general, sino que ha estado dirigida por un criterio de examen particular de los casos, por que como lo dice la sentencia de 1940, las

circunstancias de hecho y de derecho pueden variar en cada caso, habida consideración de las aristas que particularmente los identifican.

En esta tónica, la Corte siguiendo de cerca la doctrina y jurisprudencia extranjera, en la sentencia de 30 de enero de 2001, adoptó como uno de los criterios para verificar la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, es decir, como método de evaluación, la llamada *lex artis ad hoc*, que lleva a tener en cuenta, como lo ha explicado el Tribunal Supremo español (sentencia de 11 de marzo de 1991), las especiales características del autor, su especialidad, la complejidad del acto, la trascendencia vital para el paciente, los medios disponibles, el lugar y momento del acto, el estado e intervención del enfermo, en fin, todas las circunstancias que de algún modo inciden en la intervención o acto médico ejecutado.

Investigadas las características de la *lex artis* para el campo de la medicina, encontramos que para la jurisprudencia española, son las siguientes:

“1) Como tal ‘*lex*’ implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta;

2) Objetivo: Valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su inconformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogo;

3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior, a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: El autor o afectado por la ‘*lex*’ es un profesional de la medicina;

4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución);

5) Concreción del acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea este el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; que condiciona la corrección de su ejercicio, en la medida que esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las particularidades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos”.

Como se expuso, la Corte por primera vez acude al patrón de la *lex artis*, en la sentencia de 30 de enero de 2001. Invocación que nuevamente hace en la sentencia de 31 de marzo de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, para indicar que “...las normas que disciplinan, la ética médica, se traducen en componente de su *lex artis*...”. Componente que la doctrina hace extensivo al

consentimiento informado, como en efecto lo predica el profesor Julio Cesar Galán Cortés cuando explica que “el consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de lex artis que se ha incorporado a nuestro derecho positivo en fechas recientes. Constituye, por consiguiente, una exigencia de la lex artis para llevar a efecto la actividad médico quirúrgica curativa”.

3.2.5 Elementos de la responsabilidad y su prueba. En este tipo de responsabilidad, como en los demás, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando, como se dijo en la sentencia de 30 de enero de 2001, por la prueba de contrato si es que la responsabilidad demandada es de corte contractual, puesto que es esta relación jurídica la que hace acreedor al paciente de la prestación del servicio médico, de la atención y del cuidado. Pero además es necesario que el demandante demuestre el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral, cuya reparación pretende, por que como bien se sabe, sin perjuicio no hay responsabilidad.

Ahora, dice la sentencia acabada de referenciar, probado este último elemento – se refiere al perjuicio- “...lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y del daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa”.

De suerte que en la responsabilidad médica entran en juego, como no podía ser de otra manera, los elementos clásicos de toda responsabilidad, es decir, la culpa, el daño y la relación de causalidad entre este y aquella, amén del específico vínculo jurídico tratándose de la responsabilidad contractual.

Con relación a la **prueba** de dichos elementos y el comportamiento de la carga de la misma, descartado el punto de las presunciones derivadas del calificativo de actividad peligrosa que hoy día la jurisprudencia rechaza, digamos que la doctrina de la Corte ha excluido el planteamiento de reglas absolutas, para abogar por definiciones concretas en atención a particularidades de los casos examinados. Sin embargo, en la sentencia de 30 de enero de 2001, luego de identificar los elementos de la responsabilidad, señaló que al demandante le correspondía demostrar el contrato, si esa era la causa e igualmente el daño o perjuicio sufrido. Para lo que concierne a la relación de causalidad, el Alto Tribunal se abstuvo de sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues dijo, habrá casos: “donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales..., pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión”. (Resaltado fuera de texto)

En esta sentencia por primera vez referida al tema médico, hace la Corte mención de la **teoría dinámica de la prueba**, la cual explica y justifica legalmente en el art. 177 del C. de Procedimiento Civil (C. de P. C. Art. 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.) A ella vuelve a referirse en la sentencia de 13 de Diciembre de 2002, a propósito del examen de un caso en que el paciente perdió una pierna como consecuencia de un procedimiento equivocado que impidió detectar gangrenamiento del miembro.

3.2.6 La responsabilidad de los agentes. Este que es otro de los inquietantes temas que plantea la responsabilidad médica, tuvo oportunidad de analizarlo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de Septiembre de 2002 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez), con ocasión de una demanda de responsabilidad dirigida contra la clínica con quien el paciente había celebrado el contrato verbal de prestación de servicios médicos y el médico tratante asignado por la misma institución.

El tema jurídico que el caso proponía se podría plantear a partir de la siguiente cuestión: ¿qué tipo de responsabilidad se le puede plantear al autor material del daño (médico asignado) que funge como agente en el cumplimiento de acciones contractuales adquiridas por otra persona (clínica contratante)?

La respuesta que da la Corte Suprema se encuentra consignada en los siguientes términos:

“Siendo entonces clara la conclusión acerca de la culpa directa del médico recurrente, quien no celebró contrato previo e independiente con el paciente, pero si era el ejecutor material de las prestaciones derivadas del contrato celebrado con la otra codemandada, entre otras cosas no recurrente, dable resulta, para efectos de resolver la propuesta de la impugnación, elucidar en torno al régimen jurídico colombiano, dos aspectos de puro derecho, por cuanto se decide un cargo por vía directa y por consiguiente la conclusiones fácticas antes señaladas no ameritan ningún reproche: primero, si al citado médico bajo las condiciones mencionadas se le puede imputar responsabilidad contractual, y segundo definido lo anterior si se le puede deducir solidaridad con la otra codemandada, tal como lo determino el tribunal en la decisión que es objeto de cuestionamiento.

“Tratándose del primer punto, como ya se observó, la tendencia está dirigida a atribuirle al tercero que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor, responsabilidad contractual por el cumplimiento defectuoso de la misma, justificada en diversas tesis que como se vio van desde <<una responsabilidad

accesoria>>, pasando por el contrato a favor de tercero, hasta llegar a aquella que consulta unidad y la estructura de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación en la condición de agente o auxiliar del primero.

“Pues bien, vistas las circunstancias fácticas que en relación con el caso han quedado verificadas y que en consideración al cargo no ameritan controversia, sin duda alguna que la decisión adoptada por el tribunal al reducir responsabilidad contractual tanto a oftalmos s.a. (contratante y deudor original), como al agente el médico Arciniegas, quien ejecuto materialmente la prestación asumida por la primera, se explica en la estructura de la relación obligacional que entre dichas personas se generó, la cual se caracteriza por la unidad del objeto de la prestación, puesto que hay identidad entre el compromiso adquirido por la clínica (persona jurídica codemandada) y el del médico que con la aquiescencia (en el caso) del acreedor procedió a la ejecución del tratamiento, en su condición de agente o <<sustituto>>, como lo llama el recurrente, de la citada sociedad. **De suerte que si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente se celebro, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional. De ahí que se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual <<indistinta>> para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución.**” (Resaltado fuera de texto).

Por lo que la respuesta es que tanto el agente como la clínica responden ambos frente al paciente a título de responsabilidad contractual no obstante no haber contrato alguno entre éste y el médico que a la postre ejecuta la labor encomendada. Cuáles son los efectos prácticos de esta teoría. La misma Corte Suprema da la respuesta en los siguientes términos:

“Desde luego que esta unidad de tratamiento tiene asidero no solo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vinculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente

es la culpa de la sociedad, en los términos del art. 1738 del código civil, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, por que al fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, lo cual como seguidamente se analizara, incide el campo de la solidaridad.

“Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que esta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 de C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, por que lo hizo el tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual, no controvertida en este cargo, de la otra codemandada. En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos, contratantes, como lo plantea, el impugnantes sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. **Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, por que es la unidad del objeto prestacional y la obligación existente de los codeudores entre sí y de estos con el acreedor, en la forma como quedo averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó,** por que como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad. <<Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño>>. Precisamente, agrega, <<la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, por que deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño>>.”

3.2.7 Responsabilidad de las instituciones hospitalarias. Los centros asistenciales asumen una obligación de seguridad²² en relación con sus pacientes, esa obligación puede surgir porque la ley lo impone, porque expresamente se pacte o porque se derive de la obligación del contrato.

²² Se refiere a la obligación de tener al paciente sano y salvo.

En el último caso se aplican los artículos 1501²³ y 1603²⁴ civiles. En el caso de los centros psiquiátricos la obligación de seguridad está acompañada de una obligación de custodia y vigilancia²⁵ sobre los pacientes. Otro punto interesante, es el que se refiere a los daños que se producen como consecuencia del inadecuado mantenimiento en las condiciones del centro asistencial (higiene, mal uso de medicamentos, etc), en tales casos esas condiciones se deben extremar al máximo.

²³ ART. 1501.—Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

²⁴ ART. 1603.—Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.

²⁵ Consistente en que el paciente no debe causar daños a sí mismo ni a terceros.

4. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA BAJO LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH

El capítulo primero de la presente obra mostró como la virtualidad de la prosperidad de la acción de wrongful birth no depende únicamente de configurar frente a un caso concreto los tres elementos de la responsabilidad civil²⁶ sino que además requiere que el ordenamiento jurídico tenga establecida la posibilidad de interrumpir de manera legal el embarazo en el evento en que se demuestre que su continuidad puede derivar en el nacimiento de un ser humano con malformaciones o enfermedades de tal calibre que haga inviable su vida.

Así las cosas, expuesta como ha quedado la manera como han de configurarse los tres elementos de la responsabilidad civil frente a la actividad médica, nos detendremos en este punto a determinar si al interior del ordenamiento jurídico colombiano existe la posibilidad de interrumpir el embarazo ante la presencia de malformaciones o enfermedades en el feto que hagan inviable su vida.

4.1 LA SENTENCIA C-355 DE 2006 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en sentencia C-355 de 2006 profirió un fallo histórico consistente en la despenalización del aborto para tres eventos específicos a saber:

1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En este orden de ideas y para efectos del presente trabajo el análisis de la sentencia en cuestión estará enfocado sobre la segunda de las causales, correspondiente a la existencia de grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. Lo anterior en razón a que como quedó visto la acción de wrongful birth mira al resarcimiento de los perjuicios sufridos por los padres como consecuencia del nacimiento de un hijo en las condiciones detalladas en dicha causal y que no están presentes en las restantes dos.

²⁶ A saber, daño, culpa y nexo causal.

Siendo este un tema que implica la ponderación de derechos fundamentales, es certero afirmar que quienes defienden la viabilidad jurídica de éste precepto lo hacen bajo el señalamiento de la protección a derechos fundamentales como lo son el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser sometido a tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. En efecto, el alcance dado al libre desarrollo de la personalidad está determinado por el reconocimiento del Estado de la autonomía de las personas. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C- 221 de 1994 estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, obliga a las autoridades públicas a no interferir en el espacio íntimo y reservado de los individuos, por cuanto tomar decisiones por ellos implicaría "arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Ahora bien, con respecto al derecho a no ser sometido a tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 17 de Noviembre de 2005, falló favorablemente el caso de Karen Llantoy, una mujer peruana forzada a llevar a término el embarazo de un feto anencefálico, malformación incompatible con la vida, e incluso a amamantar a su hija durante cuatro días antes de que se produjera su muerte. Frente a lo anterior el Comité en cuestión estableció que la prohibición del acceso legal al aborto legal constituye una violación a los derechos humanos básicos de las mujeres.

Frente al caso colombiano la Corte Constitucional delimitó en la sentencia objeto de análisis, que las malformaciones que admiten un aborto legal en nuestro país son solo aquellas de tal gravedad que implican que el feto sea inviable. Lo anterior, en palabras de la Corte:

“Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, 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. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y

luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana.”

Así las cosas, y bajo los anteriores parámetros, se tiene que en Colombia se encuentra despenalizado el aborto cuando, con la voluntad de la mujer, se produce la interrupción del embarazo en razón a la existencia de una grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

Establecido lo anterior, queda por determinar si dicha causal tiene un ámbito de aplicación temporal en lo que al embarazo se refiere. Analizada la sentencia objeto del presente análisis se pudo determinar que este tema ocupó especial atención de los magistrados la cual se encuentra plasmada a lo largo de la sentencia, pero que, a pesar de ello, no tuvo pronunciamiento expreso por parte de los jueces.

No obstante lo anterior, el Magistrado Dr. Manuel José Cepeda en su aclaración de voto estableció lo siguiente:

En el condicionamiento al artículo 122 no hay referencia alguna a plazos, a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado. Ello obedece a dos razones esenciales. Primero, el respeto al margen de configuración del legislador, quien a partir de consideraciones médicas, de política social o de otra índole puede fijar plazos distintos o no fijar ninguno. Segundo, al contenido mismo de cada una de las tres hipótesis contempladas en el condicionamiento. En efecto, respecto del aborto terapéutico, la necesidad de precaver un peligro para la vida o la salud de la mujer gestante no es claramente sujeta a un plazo general derivado de la Constitución. Lo mismo puede decirse del aborto eugenésico en la definición extrema plasmada en el condicionamiento. Otra sería la situación si la definición del aborto eugenésico fuera más amplia. (...). En cualquier caso, la ausencia de plazos no impide que se practiquen abortos en las tres hipótesis previstas en el condicionamiento. Por el contrario, es sobre el Congreso que ha recaído la carga de pronunciarse al respecto, si lo estima necesario, pero dentro del respeto a la Constitución interpretada para estos efectos en la presente sentencia²⁷. (Resaltado fuera de texto)

²⁷ Sentencia C-355 de 2006, Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ, Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006). LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

En consecuencia, respecto al ámbito temporal de la posibilidad de interrupción del embarazo ante la existencia de graves malformaciones del feto que hagan inviable su vida tenemos que la Corte Constitucional consideró que dicha labor debía estar en cabeza del Congreso, razón suficiente para no establecer ningún término en particular.

No obstante lo anterior debemos anotar que en desarrollo de la sentencia C- 355 de 2006 se profirió el 13 de diciembre de 2006 el Decreto 4444 por parte del Ministerio de Protección Social bajo las siguientes consideraciones:

Que la honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto;

Que la honorable Corte Constitucional consideró que, aunque para la inmediata aplicación de la Sentencia C-355 de 2006 no era necesaria una reglamentación, tal circunstancia no impide que el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de la órbita de su competencia, adopte decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud y, si lo considera conveniente, expida normas que fijen políticas públicas que permitan el goce de los derechos protegidos por la Sentencia;

Que es deber del Estado garantizar la provisión de servicios de salud seguros y definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno, en todo el territorio nacional y en todos los grados de complejidad, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en los eventos no constitutivos de delito de aborto, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006;

Que conforme al Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1999) en el que se consideró que “en circunstancias donde el aborto no sea ilegal, los sistemas de salud deben entrenar y equipar a los proveedores de los servicios de salud y tomar otras

medidas para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles...”, la Organización Mundial de la Salud en su rol de asesoría a los Estados Miembros ha venido desarrollando normas y estándares con el objeto de fortalecer la capacidad de los sistemas de salud;

Que corresponde a la órbita de competencia del Gobierno Nacional regular el servicio público esencial de salud y de seguridad social en salud y en tal sentido, se hace necesario adoptar medidas tendientes al respeto, protección y satisfacción de los derechos a la atención en salud de las mujeres, eliminando barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios para su prestación,

Decretó, en su artículo 3º lo siguiente:

Artículo 3º. Normas técnicas. La atención integral de las gestantes que demanden servicios de que trata el presente decreto se hará con sujeción a las normas técnico-administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social. Estas normas serán de obligatorio cumplimiento para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo, para garantizar una atención integral y con calidad, y deberán definir los procedimientos médicos o quirúrgicos que se aplicarán según las semanas de gestación. El Ministerio de la Protección Social deberá expedir esta norma dentro de los treinta (30) días siguientes a la vigencia del presente decreto.

Parágrafo. Hasta tanto el Ministerio de la Protección Social adopte las normas técnicas, los prestadores obligados al cumplimiento del presente decreto tendrán como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).

Al respecto, consultada la existencia de las normas técnico administrativas emanadas por parte del Ministerio de Protección Social no se encontró desarrollo alguno al respecto, razón por la cual los aspectos técnicos del aborto, incluido el ámbito temporal para su aplicación, han de regirse por la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003)²⁸. Es de anotar que para nuestros intereses, y por la naturaleza técnica de la referida guía, en ella no se establece límite temporal para la práctica

²⁸ Dicha guía puede ser consultada en http://who.int/reproductive-health/publications/es/safe_abortion/text_es.pdf.

del aborto. Se encuentran, eso sí, discriminados los métodos más seguros para la práctica de la interrupción en cuestión dependiendo del número de semanas desde la fecha de la última menstruación.

Así las cosas al no existir plazo como límite máximo temporal para llevar a cabo la interrupción del embarazo consagrado ni por la jurisprudencia, ni por la legislación ni por la regulación administrativa en cabeza del Ministerio de la Protección Social, consideramos que cualquier examen respecto de la pertinencia de llevar a cabo la interrupción en un momento dado deberá atender los parámetros técnico-médicos señalados por la Organización Mundial de la Salud. En contraposición, no por el hecho de no existir límite temporal es dable afirmar que en Colombia en cualquier momento es dable la interrupción²⁹. Será un dictamen técnico que en últimas determinará teniendo presente el caso concreto el momento hasta el cual era dable realizar la interrupción del embarazo de manera segura. Lo anterior no obsta para pedir desde estas líneas un esfuerzo legislativo en aras de definir aspectos tan delicados como el presente.

4.2 LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH AL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Establecido como ha quedado que en Colombia existe tanto la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo ante las malformaciones que hagan inviable la vida del feto, como la de predicar responsabilidad médica ante fallas en dicha actividad, el objeto del presente acápite radica en determinar en concreto los elementos de la responsabilidad civil que hay que tener en cuenta al momento de decidir si hay lugar a ejercer de manera exitosa la acción de wrongful birth.

En este orden de ideas, sea lo primero identificar si existe una conducta cuya acción o omisión genere un daño. En efecto, la legislación otorga a la mujer la posibilidad de decidir frente a la existencia de malformaciones que hagan al feto inviable, si se practica un aborto o si lleva a término su embarazo. Razón por la cual, la circunstancia que le permite a la mujer tomar esa decisión es tener conocimiento acerca de la malformación del feto.

Suministrar el diagnóstico de una malformación y su alcance de la misma, es obligación del médico tratante, determinada a su vez por la obligación en cabeza del mismo de ejecutar los actos que según la *lex artis* de su especialidad deben realizarse para conseguir dicho dictamen. En nuestro caso en particular las especialidades de ginecología y obstetricia ya sea individualmente consideradas o en su conjunto (gineco-obstetricia), serían las especialidades que deberían dar un diagnóstico acertado acerca de la condición del nasciturus,...

²⁹ Sin embargo, la *lex artis* ha establecido que la práctica de aborto solo puede realizarse dentro de las primeras 22 semanas. Después de éste plazo, aun a pesar de la existencia de malformaciones el embarazo debe llevarse a término.

Entonces, si se identifica que la conducta sustento de la acción de wrongful life consiste es no dar una información acertada acerca de un diagnóstico prenatal, se establecería que dicho comportamiento debe responder a un juicio de culpabilidad por cuanto obedece a un actuar negligente del médico.

No obstante lo anterior se deja en claro que para realizar este análisis se deberán tener en cuenta todos los elementos que tuvo el médico especialista en consideración al momento de emitir el diagnóstico. Lo que se quiere reafirmar es que bajo ningún supuesto la sola conducta dañosa que genere un perjuicio podrá tenerse como imputable al médico, por cuanto al ser una responsabilidad subjetiva, dicha conducta admite considerar elementos de juicio que determinen que a pesar de la existencia de una daño, la responsabilidad no es imputable al médico por predicarse de éste el adecuado ejercicio de su labor profesional.

Adicional a ese juicio de culpabilidad, debe existir un vínculo causal entre el daño y la culpa que determine la responsabilidad del agente. Al respecto, y tal y como hicimos referencia al inicio del presente capítulo, nos acogemos a la posición sostenida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de enero de 2001 cuando estableció que para efectos de responsabilidad médica la teoría aplicable para efectos de determinar la causa del daño es aquella conocida con el nombre de causalidad adecuada. Para efectos de dar mayor alcance al presente análisis de la responsabilidad civil ponemos de presente algunas situaciones que inciden en su análisis.

- *El estado de la ciencia médica*

El estado de la ciencia médica es un elemento de carácter trascendental para que se pueda emitir un diagnóstico adecuado. Si aun no existe la tecnología o el desarrollo científico suficiente para identificar la malformación o enfermedad en el caso específico, el profesional estará exonerado con el solo hecho de probar que ejecutó todas los actos exigidos por la lex artis y a pesar de ello era imposible la detección de la enfermedad por no existir los desarrollos científicos suficientes para identificarla.

- *Identificación del agente responsable*

Otro tema, que consideramos es de especial importancia es la imputación correcta del agente responsable. Es decir, si el médico actúa diligentemente y ordena los exámenes pertinentes de acuerdo a la historia clínica de la mujer, pero son dichos exámenes los que arrojan un resultado equivocado, es claro que el juicio de culpabilidad atiende a la persona cuya negligencia ha ocasionado el daño correspondiente.

Se debe analizar en primer lugar si es posible que el examen detecte la malformación, por cuanto si no es así, es una cuestión que responde al estado

de la ciencia hecho que ya resolvimos previamente. En segundo lugar debe analizarse si a pesar de ser posible su detección, el resultado del examen es incorrecto como consecuencia de un actuar negligente del laboratorio. Si ello es así, y entre el laboratorio y la institución hospitalaria existe un vínculo jurídico se predicará solidaridad entre las partes; sin embargo en ausencia de dicho vínculo la responsabilidad será en su totalidad del laboratorio

En efecto, a lo anterior el doctrinante Gilberto Martínez Rave ha establecido siguiente:

Si la entidad hospitalaria utiliza los servicios de laboratorios particulares con los cuales tiene algún vínculo jurídico o profesional, la entidad puede ser vinculada solidariamente con el laboratorio, y si se utilizó los servicios de un laboratorio con el cual no tiene ningún vínculo, procesalmente puede llamarlo en garantía para que responda por las sumas que como indemnización se le obligue a pagar.

Igual puede decirse cuando se trata de actividades especializadas, como escenografías, rayos X, ecografías, etc. Cuyos resultados defectuosos pueden originar perjuicios a las personas, ya sea por parte de los que deben manejarlas como por los errores que puedan presentarse en los resultados.³⁰

Ahora bien en aquellos casos en donde la relación médico-paciente no surge como consecuencia del acuerdo convencional entre las partes, sino que responde a un sistema en el cual el paciente contrató el diagnóstico con la institución hospitalaria y que por lo mismo el médico solo desarrolla una labor como agente en el cumplimiento de acciones contractuales adquiridas por la clínica, la jurisprudencia, como anteriormente se estableció, ha resuelto este interrogante afirmando que tanto el médico como la clínica responderán al paciente a título de responsabilidad contractual por existir una unidad de objeto de la obligación prestacional y por tanto se predica entre el médico y la clínica una responsabilidad solidaria.

- *Deber del paciente de suministrar al médico información relevante.*

En ocasiones y tal como lo expresa Martínez Rave³¹ en su obra Responsabilidad Civil Extracontractual Editorial Temis Décima Edición, los perjuicios se presentan o al menos se agravan como consecuencia de que el

³⁰ MARTINEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual, décima edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A. 1998. p. 418.

³¹ MARTINEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual, décima edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A. 1998. p. 414.

paciente no atiende las prescripciones médicas, así como también en los casos en que el mismo omite u oculta información que resulta relevante para poder proferir un diagnóstico acertado.

Finalmente, la conducta del paciente también juega un papel determinante por cuanto, si bien se predica de médico una serie de deberes asociados con la prestación de asistencia médica, el paciente también tiene deberes asociados al suministro de la información de su historia médica. Es decir que, y con fin de ejemplificar, si la madre en su historia médica ha tenido abortos anteriores, hijos con enfermedades genéticas, o conoce de una enfermedad genética en la familia y no lo expresa al médico, dicha información se considera relevante y por ende, si el médico no tiene información para sospechar acerca de un embarazo de riesgo, se considera que su actuar es diligente.

5. EL PERJUICIO

La identificación del daño como la imposibilidad de la mujer de interrumpir su embarazo ante la presencia de malformaciones incompatibles con la vida como consecuencia de una negligencia médica, determina el nacimiento de dos tipos de perjuicios: el perjuicio patrimonial y el perjuicio extrapatrimonial o de carácter moral.

A lo anterior, y para determinar claramente el contenido de los perjuicios patrimoniales, hacemos hincapié en que si en Colombia se llegase a presentar inconveniente en este tema, debe acoger la teoría de la separación de origen alemán con el fin de entender que el reconocimiento del daño está determinado por los gastos que genera el mantenimiento del niño y así lograr distinguir desde el tipo de vista teórico entre la vida o el nacimiento del niño y los gastos que genera su mantenimiento.

a. Perjuicios Patrimoniales:

De conformidad con lo ya anteriormente explicado, los perjuicios patrimoniales están identificados como los gastos en los que debe incurrir una persona como consecuencia del daño causado.

Para empezar el análisis del tema creemos importante aclarar que como en Colombia la despenalización del aborto en los casos de malformaciones debe darse cuando estas son incompatibles con la vida, el reconocimiento del daño patrimonial se ve considerablemente reducido, casi nulo en algunos casos frente al derecho comparado en donde la acción prospera frente a malformaciones y discapacidades donde la criatura logra sobrevivir, incluso por muchos años como por ejemplo en los casos de síndrome de down, caso en el cual, dentro de los perjuicios se reconocen incluso los gastos que de por vida tendrán que sufragar los demandantes como consecuencia de la incapacidad.

Importante resaltar también que en virtud de esta acción no hay reconocimiento de lucro cesante y que la indemnización del daño emergente estará sujeta a los gastos que se puedan probar.

b. Extrapatrimoniales:

A diferencia de los patrimoniales, los perjuicios extrapatrimoniales tienen mayor relevancia en las demandas de wrongful birth y aun más en Colombia, en donde los gastos de tipo patrimonial están delimitados por el concepto de incompatibilidad de la vida como lo explicamos anteriormente en relación con el derecho comparado.

En efecto, como ya se había dicho el dolor de la madre es mayor cuando conoce a su hijo una vez éste ha nacido, que aquel que sufriría en el caso en que se practicara el aborto. De hecho, si nos remitimos al fallo del comité de derechos humanos de Naciones Unidas, del 17 de Noviembre de 2005, caso de Karen Llantoy contra Perú, la madre tuvo amamantar a su hija durante cuatro días antes de que se produjera su muerte, hecho considerablemente doloroso que de ninguna forma podrá ser cuantificado, pero que constituye, desde nuestro punto de vista el daño moral.

Ciertamente consideramos que la noción del daño moral implica un análisis subjetivo del juez, en efecto, según la Sentencia 6492 de Agosto 17 de 2001 proferida por la Corte Suprema de Justicia “que el daño moral subjetivo, aquél que padece la víctima a consecuencia de una dolor psíquico o físico, debe ser objeto de resarcimiento, o más bien satisfacción, aunque su medición resulte imposible, por lo que algunas veces se ha inclinado por considerar, siguiendo a Ripert y Josserand y no sin razón, que el reconocimiento del daño moral subjetivo implica una sanción o forma de expiar la falta de quien lo infligió (G.J. LXXII, pág. 325, CXLVIII, pág. 251) al paso que en otras oportunidades ha dispuesto, acorde con el carácter indemnizatorio y reparador de la responsabilidad civil en contraposición de la penal, que tal reconocimiento del daño moral debe procurar mitigar ese dolor, a modo de resarcimiento.

Pero sea lo uno o lo otro, lo cierto es que paralelo a la predicada indeterminación de la cuantía del daño moral, se ha dicho en forma reiterada que la fijación de ese quantum es del entero resorte del juez, precisamente por esa indeterminación.”

6. ASPECTOS ÉTICOS Y MORALES DE LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH

Como se explicó en el primer capítulo del presente trabajo, la acción wrongful birth desde su origen trajo consigo el análisis de consideraciones éticas y morales que determinaron la imposibilidad jurídica de su aplicación, por cuanto la principal controversia descansaba sobre la base de una acción cuyo presupuesto fuera la reclamación por el nacimiento o la vida de un niño, así como la afectación que dicha demanda puede generar en el niño enfermo y la lesión a su dignidad como persona por considerarse su existencia como un daño.

El alcance de esa consideración indicaba que la reclamación de los padres respondía a preferir que el nacimiento de su hijo enfermo no se hubiera producido, consideración que ante la mirada ética y moral era inadmisibles. De la misma manera era también inadmisibles desde el punto de jurídico por cuanto interfería de manera directa con el bien jurídico de la vida, protegido celosamente por los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, dichos argumentos contrarios a la demanda respondían a supuestos que no superaban la esfera de lo ético y lo moral y mostraban la ausencia de razonamiento jurídico, por lo que la teoría de la separación, de origen alemán aclaró el escenario a partir de la separación del nacimiento del niño y de los gastos de manutención que su condición especial genera.

Como ya lo habíamos establecido en el capítulo anterior, por virtud de esta teoría se puede distinguir, desde un punto de vista teórico, “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 el nacimiento. De hecho se dice que es por estos últimos por los que se solicita indemnización y no por el nacimiento en sí. Así, se afirma que, aunque el propio nacimiento no es una daño en sí, con el concurre o se concreta un daño por las cargas patrimoniales que genera”.³²

En este sentido, la teoría de la separación admite el reconocimiento de un perjuicio de tipo patrimonial, que establece que son los gastos del mantenimiento y no el nacimiento del niño lo que lo constituye.

No quiere ello decir, que no exista el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales, los cuales como ya se explicó responde al sufrimiento de los padres por conocer que su hijo adolece de una enfermedad creyendo que era sano.

³² MACIA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 336.

El aporte de la teoría alemana ha sido de tal importancia que la profesora española Andrea Macía Morillo afirma que “el acogimiento de esta argumentación no se ha producido solo en relación al enunciado alemán original, sino que –lo que es más importante-, ha sido la idea básica de separar el hecho de la vida del niño del daño reclamado por los progenitores lo que se ha transmitido a nuestra doctrina y a la extranjera. Ésta es la aportación más destacable de la Trennungslehre: junto a su propio valor como argumento para afirmar la indemnización de un daño patrimonial a los progenitores, esta teoría proporciona un instrumento para definir el daño reclamado en las acciones de wrongful birth, alejado de la vida del niño”

Es por lo anterior, que consideramos que al presentarse en Colombia una demanda de responsabilidad civil con fundamento en la acción de wrongful birth el análisis moral y ético respecto de cómo concebir la naturaleza del daño debe tomar como base la aplicación de la teoría de la separación por cuanto deja en claro que en ningún momento se reputa el concepto de vida como sinónimo de daño.

En este orden de ideas el reconocimiento de perjuicios patrimoniales estaría determinado por esta teoría y los perjuicios extrapatrimoniales se sustentarían sobre la base del sufrimiento de los padres por conocer de la enfermedad de su hijo, y la imposibilidad de interrumpir el embarazo sabiendo que morirá poco después de nacer por ser una malformación incompatible con la vida.

7. CONCLUSIÓN

En Colombia aún no se han presentado casos de wrongful birth parte debido a lo reciente de la despenalización del aborto por la causal de grave malformación del feto que le haga inviable la vida. Sin embargo, visto lo hasta aquí expuesto no encontramos ningún impedimento de tipo legal que hiciera imposible la procedencia de esta acción.

En consideración a lo anterior, la acción de wrongful birth podría tener éxito en Colombia; sin embargo el hecho que en la sentencia C- 355 de 2006 se haya delimitado la causal de malformación a una malformación incompatible con la vida, hace que se reduzca la extensión en relación con el alcance que en el derecho comparado ha tenido esta acción.

Ahora bien, se evidencia una carencia de regulación con respecto al tema del aborto, pues al margen de la tantas veces aquí referida sentencia de la Corte Constitucional (cuya alcance no es y no debe ser regulatorio) únicamente se tiene el Decreto 4444 de 2006 proferido por el Ministerio de la Protección Social respecto del cual es posible predicar que se encuentra en deuda por su carácter amplio y general respecto de un asunto que requiere definiciones y especificidades propios de la ciencia médica. Con respecto a la acción de wrongful birth y las malformaciones incompatibles con la vida, en nuestro parecer y en relación con el derecho comparado, existen vacíos que deberían ser regulados formalmente.

En efecto, y como ya se explicó a lo largo del trabajo, el término dentro del cual es posible practicar un aborto no fue objeto de pronunciamiento. En la mayoría de los países citados la despenalización del aborto trató abiertamente el término dentro del cual es legal la práctica del mismo. Como lo explicamos, en Colombia no se encuentra una norma que defina dicho término, sin embargo, técnicamente hablando solo es posible practicar un aborto hasta la semana veintidós.

El segundo vacío y quizás el que consideramos tiene la mayor entidad es el alcance de la noción de malformación incompatible con la vida o de tal gravedad que implican que el feto sea inviable. A pesar de la claridad de la sentencia al determinarlo, esto no deja claro el término dentro del cual se considera que esa vida es inviable. ¿Quiere ello decir, que no viva un instante siquiera? ¿Quiere ello decir que nazca vivo, pero muera a las pocas horas? Es decir, ¿cuánto tiempo después de nacer puede vivir un niño y considerarse malformación incompatible con la vida? Lo que queremos decir es ¿qué ocurre, si se detecta una malformación de la cual se sabe que el menor va a morir, pero no hay una respuesta acerca del tiempo en que va a poder vivir?

Es un tema bastante complejo y que, desde nuestro punto de vista, debe delimitarse ciñéndose a la calidad de vida respecto de la condición médica del paciente. Es claro que hay ciertas discapacidades que no implican la incompatibilidad con la vida, porque orgánicamente podrán vivir, pero ¿viven dignamente? ¿Qué ocurre con esos gastos que de por vida necesitaran por encontrarse postrados en una cama?

¿Qué ocurre si la familia no tiene recursos para su especial cuidado? ¿Qué ocurre si no tiene familia? ¿Todo lo anterior, debe ser asumido por habersele negado a la madre la posibilidad de abortar por una omisión o error en la información y porque dicha discapacidad no lleva a la muerte?

Como consideración final, después de todo el análisis que hemos hecho sobre el tema de nuestra tesis, consideramos que la Corte Constitucional ha sido bastante estricta al limitar la causal de exoneración correspondiente a las malformaciones únicamente a los casos en que éstas son incompatibles con la vida, pues a nuestro modo de ver, existen otro tipo de malformaciones e incluso discapacidades que si bien son compatibles con la vida orgánica no lo son con una vida digna y si el nacimiento se produce como consecuencia de una negligencia médica, los gastos que genere una vida en estas condiciones deberían ser asumido por el responsable que privó a la mujer de detener el embarazo frente a una malformación.

En conclusión son dos nuestras consideraciones, en primer lugar delimitar correctamente el concepto de malformación, haciendo que se incluyan aquellas que no conducen a una vida digna y si ello se lograra, y se niega a la mujer la posibilidad de abortar como consecuencia de una negligencia médica, se haga al responsable, responsable de los gastos que implican la condición especial del que nació.

8. BIBLIOGRAFIA

CARRERA, José M. Diagnóstico prenatal: un concepto en evolución: Salvat, Barcelona. 1987.

ESER, Albin. Reforma de la Regulación Alemana sobre el Aborto desde una Perspectiva de Derecho Comparado. Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. 1994.

MACIA MORILLO, Andrea. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual, décima edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana: Centro de estudios Ramón Areces, S. A.

NORMAS:

Código Civil Colombiano.

Código de Procedimiento Civil Colombiano.

Decreto 4444 del 13 de diciembre de 2006 Ministerio de Protección Social.

JURISPRUDENCIA:

Audiencia Provincial de Cádiz, sentencia del 17 de Septiembre de 2002.

Consejo de Estado, sentencia del 18 de abril de 1994.

Corte Constitucional sentencia C- 221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006, Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araujo Rentería, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de marzo de 1940.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de marzo de 1942.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de octubre de 1959.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de Noviembre de 1977.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 1985.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1986. M. P. Héctor Gómez Uribe.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de enero de 2001, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de Septiembre de 2002 M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de Diciembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de marzo de 2003, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de Agosto de 2001.

Tribunal Supremo de España, Sentencia del 11 de marzo de 2001.

FUENTES TOMADAS DE INTERNET:

Disponible en Internet:

ABELLAN, Fernando. Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DPG). En: Revista de la escuela de medicina legal. Madrid. (Septiembre de 2006.) p.16. En: <http://www.ucm.es>

Disponible en Internet:

MEDINA, Graciela, Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy: Análisis de la jurisprudencia norteamericana, reseña de la jurisprudencia norteamericana. En: Revista: Responsabilidad civil y seguros. Ed. La ley. Octubre de 2001. En: <http://www.gracielamedina.com>

Disponible en Internet:

MEDINA, Graciela. Wrongful birth responsabilidad por nacer enfermo una década en la jurisprudencia del tribunal supremo español. En: Revista de responsabilidad civil y seguros. Año X - N° 9. Argentina. (Septiembre de 2008.) p.93. En: <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/Filiacion/wrongful-birth-medina.pdf>

Disponible en Internet:

MEDINA, Graciela, FAMÁ María Victoria, REVSIN, Moira. Tutela jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños. Revista de derecho de daños. 2002 En: <Http://www.gracielamedina.com/archivos/ResJuris/pdf/000026.pdf>

Disponible en Internet:

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD "Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud" (2003) En:http://who.int/reproductive-health/publications/es/safe_abortion/text_es.pdf.