

**VIABILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DE LAS  
ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA**

**María José Olivares Duque – Juan Pablo Arrázola Villalba**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA**

**Facultad De Derecho**

**Medellín, Antioquia**

**2020.**



**VIABILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DE LAS  
ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA**

**POR**

**MARIA JOSE OLIVARES DUQUE – JUAN PABLO ARRÁZOLA VILLALBA.**

**Asesor**

**Luis Felipe Vivares Porras**

**(Abogado)**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA**

**Facultad De Derecho**

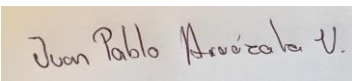
**Medellín, Antioquia**

**2020.**

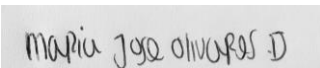
## Declaración de originalidad

**Fecha: 11 de noviembre de 2020**

Yo, Juan Pablo Arrázola Villalba y Maria Jose Olivares Duque, en mi calidad de autor del artículo titulado VIABILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO DERIVADO DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH EN COLOMBIA, presentado como requisito de grado en la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado para optar a un título, ya en igual forma o con variaciones, en esta u otra universidad. Asimismo, declaro que he reconocido el crédito debido a las ideas citadas y que no he incurrido en plagio en elaboración del trabajo de grado.



Juan Pablo Arrázola Villalba.



Maria Jose Olivares Duque

## Resumen

El desarrollo de la ciencia médica se ha traducido o ha llevado a que se presenten distintas pretensiones en materia de reparación de daños, ya que con el pasar del tiempo son más las herramientas tecnológicas con las que se cuentan para realizar un determinado procedimiento médico. Entre las distintas pretensiones en materia de daños encontramos aquellas que van asociadas a la vida como principal presupuesto.

El presente trabajo tiene como principal objetivo analizar la viabilidad y el alcance de las acciones del wrongful birth en Colombia; a la luz de la sentencia C-355/06 que despenaliza el aborto parcialmente y a su vez, examinar si se configuran a cabalidad los elementos de la responsabilidad civil para poder instaurar una acción legal en la jurisdicción colombiana bajo los supuestos que trata el wrongful birth, en la cual se determinará la responsabilidad tanto del profesional de la salud, como la responsabilidad de la entidad prestadora de salud para cada caso particularmente.

**Palabras claves:** wrongful birth, responsabilidad civil, despenalización parcial del aborto, vida.

## **Tabla de contenido**

<b>1. Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>2. CAPITULO I.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1. ORIGEN.....</b>	<b>9</b>
<b>2.2. CONCEPTO.....</b>	<b>10</b>
<b>2.3. ALCANCE.....</b>	<b>11</b>
<b>2.4. PRESUPUESTOS. ....</b>	<b>12</b>
<b>2.5. REQUISITOS.....</b>	<b>13</b>
<b>3. CAPITULO II .....</b>	<b>14</b>
<b>3.1. REQUISITOS: .....</b>	<b>16</b>
<b>3.2. LEGITIMACIÓN: .....</b>	<b>21</b>
<b>4. Conclusión .....</b>	<b>23</b>
<b>5. Bibliografía .....</b>	<b>25</b>

## 1. Introducción

Las reclamaciones por “WRONGFUL BIRTH” son aquellas en donde se alega un daño derivado del nacimiento de un hijo gravemente enfermo, situación que se origina a raíz de la información errada o la omisión de la misma por parte del médico tratante al no advertir la condición del feto, privando así de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo a los progenitores. Estas reclamaciones han tenido desarrollo doctrinal y jurisprudencial en diferentes países como: España, Alemania, EE. UU y Australia. Sin embargo, no en todos estos son llamadas a prosperar dichas reclamaciones, pues se estima que reducir el valor de la vida de una persona a los costos que origina y considerarla como un daño, rebaja el valor de la primera frente a la segunda y lesiona su dignidad.

En países como España y EE.UU, se han reconocido dichas pretensiones bajo diferentes orientaciones. Sin embargo, todas bajo el marco de la responsabilidad civil, a saber: en España se trata evitar que el daño se centre en el hecho del nacimiento y se busca identificarlo con otros intereses o derechos de los progenitores que se han visto lesionados por el comportamiento del profesional médico (como son la privación de la libertad de procreación y de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo junto con dolor que experimentan los progenitores por el hecho de contemplar a su hijo enfermo), para poder establecer el nexo causal se debe producir un doble enlace causal: (i.) Comportamiento del profesional sanitario con el falso negativo, (ii.) El falso negativo con el daño reclamado, hay que afirmar que la privación o el defecto en la información que reciben los progenitores a través del falso negativo, impide la libre autodeterminación de su conducta, lo que provoca el daño que supone tal privación. Por otro lado, en Estados Unidos los temas relacionados al wrongful birth cada vez son mas desarrollados y se han visto casos donde sí se han reconocido dichas pretensiones, en donde a la hora de fallar condenan a la indemnización bajo los presupuestos de la responsabilidad civil por parte del médico o la entidad prestadora de salud, basados en la configuración de tres elementos conceptuales: (i.) La conducta que

se refiere, en estos casos, a la mala información o la omisión de la misma por parte del profesional de la salud, (ii.) El nexo causal que une la conducta con el daño se traduce en la falta negligente de información por parte del profesional de la salud, que tiene como consecuencia la pérdida de la oportunidad decisoria de los progenitores de interrumpir o no voluntariamente el embarazo, (iii.) El daño, se ve desde la perspectiva de los perjuicios y cargas económicas que trae para la familia la manutención de un niño que traiga enfermedades congénitas consigo.

Teniendo claros los parámetros bajo los cuales se han reconocido este tipo de pretensiones en diferentes países, cabe la posibilidad de estudiar el reconocimiento de las mismas en el ordenamiento jurídico colombiano bajo los presupuestos de la responsabilidad civil (i. Conducta, ii. Daño. iii. Nexo causal). Partiendo de que esta institución tiene desarrollo en el contexto en el que el médico tiene a su cargo un diagnóstico prenatal, el cual ubica a la madre en una causal legal para llevar a cabo la interrupción voluntaria de su embarazo. No obstante, el profesional de la salud omite informarlo privando así a la mujer de la posibilidad de decidir abortar. Es indispensable entonces la ocurrencia de un requisitos ineludible para la viabilidad de este tipo de pretensiones como lo es la despenalización del aborto, bien sea de manera total o parcial en el respectivo ordenamiento jurídico en el que se pretenda alegar un nacimiento injusto como lo es el caso del nuestro que con la sentencia C-355 del año 2006 se despenalizó de manera parcial en tres circunstancias específicas, una de ellas en los casos en que existan malformaciones que hagan inviables las vida del feto, causal dentro de la cual cabe la posibilidad de alegar una pretension indemnizatoria por WRONGFUL BIRTH siempre que se configuren los requisitos necesarios de responsabilidad civil.

El estudio de esta posibilidad comporta una novedad para nuestro ordenamiento jurídico, ya que la regulación y normatividad vigente se encuentra rezagada en comparación con el avance de otras disciplinas como la medicina. Particularmente, los adelantos en las ciencias de la salud han conducido a un aumento de los casos de responsabilidad médica, pues se exige de los médicos resultados satisfactorios con mayor frecuencia, haciendo así que en muchas ocasiones nuestra regulación se quede corta para hacerle frente a dichas

eventualidades. Por ende, el hecho de la posible incorporación de esta institución serviría para ampliar el espectro de nuestras normas y así tener una regulación mucho más amplia, rígida y actualizada.

Este artículo, pretende analizar la viabilidad del resarcimiento del daño derivado de las acciones de WRONGFUL BIRTH en Colombia, dando por sentado que se configura el requisito fundamental para ello, que como se dijo en apartados anteriores es la despenalización del aborto, el cual es materializado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la sentencia C-355/ 06, que ratificó dicha despenalización de manera parcial y abriendo así la puerta a la posibilidad de que estas pretensiones sean resarcibles desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Por lo cual, se buscará: En primer lugar, analizar el origen, concepto y alcance de esta institución, junto con sus requisitos para que se configure la misma desde el punto de vista de la jurisprudencia y doctrina, teniendo en cuenta algunos aspectos de derecho comparado. Y en segundo lugar, establecer y ahondar en los presupuestos exigidos en Colombia, en el ámbito de responsabilidad civil para el reconocimiento de este tipo de reclamaciones, para así por último, determinar la viabilidad jurídica del resarcimiento del daño derivado de las acciones del WRONGFUL BIRTH. Haciendo de esta manera que el ordenamiento jurídico colombiano tenga un campo de acción más amplio en términos de responsabilidad médica, que le permita cubrir todas las reclamaciones novedosas que con el pasar del tiempo se van a ir presentando en nuestro país como consecuencia de los avances tecnológicos en materia de medicina, como también los avances en materia jurídica ya que reclamaciones como esta (WRONGFUL BIRTH) se van a ir presentando más a menudo y con una mayor complejidad jurídica.



## **2. CAPITULO I**

### **2.1. ORIGEN.**

Como origen de esta institución, encontramos que el primer caso hito del WRONGFUL BIRTH se encuentra en los archivos de la jurisprudencia de Estados Unidos, en el caso: Gleitman vs Crosgrove de la corte de Nueva Jersey en 1967. Caso en el cual, una mujer se contagió de rubeola el segundo mes de gestación y como consecuencia de esto, dio a luz a un niño con graves problemas de salud sin contar con información previa por parte del profesional de la salud. En este caso no se indemnizó a la madre en cuanto el tribunal competente determinó que el daño era abstracto e incuantificable por tratarse de la vida de una persona. También encontramos otro caso que sirve como antecedente fundamental en la estructuración del WRONGFUL BIRTH como institución jurídica, el cual fue el caso Dumer vs St. Michael's Hospital, dicho caso ocurrido en Wisconsin, es similar al primero, ya que la madre contrajo rubeola también durante la etapa de gestación, situación que no fue informada por el profesional de salud que atendía a la madre, y que si en su momento se hubiese informado, hubiese facultado legalmente a la madre para decidir interrumpir voluntariamente su embarazo. Si bien se está ante el mismo supuesto del primer caso traído a colación, la diferencia está en que en el caso allegado al tribunal de Wisconsin si se condenó a indemnizar los tratamientos necesarios para la minusvalía ocasionada. Por su parte, se encuentran también casos del WRONGFUL BIRTH en el ordenamiento jurídico español en el año 1997 en donde el tribunal supremo decide acoger una demanda de una madre, la cual había dado a luz a un niño con síndrome de Down, aludiendo en su demanda que la notificación que se le hizo por parte del profesional de la salud había sido tardía por lo que se le había privado de decidir si interrumpir voluntariamente o no el embarazo. En

consecuencia, el tribunal supremo español dictaminó que el médico del caso era responsable por negligencia médica y se le condenó a pagar las indemnizaciones correspondientes, como también se condenó a la entidad prestadora de salud solidariamente por ser esta la encargada de vigilar y velar por los procedimientos realizados dentro de la misma.

Dicho lo anterior, es viable afirmar que la evolución de esta institución junto con el incremento de casos es cada vez mayor, esto se debe a que la medicina se encuentra cada vez más ligada a la evolución de la ciencia, más específicamente en términos tecnológicos en el desarrollo de herramientas que permiten y que faciliten la detección de deformaciones y anomalías durante el periodo de gestación de la madre, abriendo aún más una ventana de posibilidades para la reclamación de acciones derivadas de este concepto.

## **2.2. CONCEPTO.**

El concepto del WRONGFUL BIRTH es un concepto que no ha sido definido por el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, si lo han hecho distintos ordenamientos a lo largo del globo, como también ha sido definido por distintos autores del mundo jurídico. El WRONGFUL BIRTH ha tenido un gran desarrollo jurisprudencial a lo largo de los años y esto se evidencia en la medida en que con el trasegar del tiempo son más los países que acogen dicho concepto dentro de sus ordenamientos jurídicos.

El WRONGFUL BIRTH, es una institución jurídica que se centra en las reclamaciones que pueden hacer los progenitores en casos particulares, en contra del profesional de la salud, en razón de la ausencia de información durante la etapa de gestación de la madre, del estado de salud del feto, pues el mismo padece enfermedades congénitas o malformaciones físicas. Dichas patologías no fueron transmitidas a los padres por la omisión del médico a la hora de cumplir con su deber de información. Esto dejando en claro que la enfermedad del feto es causada desde su concepción y no haya sido causada por la manipulación y/o procedimiento del profesional de la salud.

Como se dijo, este concepto jurídico es relativamente nuevo en cuanto a su procedencia y sus antecedentes, pocos autores han ahondado en el mismo. No obstante, a nivel doctrinal existen algunas definiciones que han sido acogidas en distintos ordenamientos jurídicos en donde reconocen dicha institución. En primer lugar, se ha definido esta institución jurídica como:

Una acción judicial que ejercitan los padres de un menor contra un centro sanitario o profesional médico en concreto, por haberse visto imposibilitados para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, con motivo de taras físicas o psíquicas del feto; pudiendo estas ser detectadas en pruebas prenatales (Vicandi Martínez, 2013, p. 41).

Por su parte, también define este concepto el doctor Julio Cesar Galán Cortez quien es un importante jurista del derecho médico español, como:

la acción promovida por los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho, para alegar que al no haberse detectado o no haberseles informado en un momento oportuno sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, sobre si da lugar o no al nacimiento (Galán cortés, 2008: 286).

Basados en esto, se puede tener una idea más clara del concepto de dicha institución y la trascendencia que tiene dentro del derecho médico, como también la importancia que tiene consagrar en un ordenamiento jurídico supuestos como estos siguiendo el ejemplo de países no solo europeos, sino también latino americanos y marcar así una pauta de modernización en el ordenamiento jurídico que lo consagre.

### **2.3. ALCANCE.**

Este punto es clave, debido a la importancia que trae este concepto para la seguridad jurídica de las personas dentro del ordenamiento que lo acoja, más específicamente para los progenitores (Pues está en tela de juicio), debido a que existe precariedad en la regulación de la institución en razón de su novedad y los grandes avances que comporta aplicarla. Sin

embargo, supuestos de los que trata el WRONGFUL BIRTH se ven cada día más regular alrededor de todo el mundo y dicha institución ha tenido un crecimiento exponencial especialmente en Latinoamérica.

Es por esto que es importante tener claro el alcance del mismo, ya que el WRONGFUL BIRTH como se ha dicho anteriormente, es una acción que está solo en cabeza de los progenitores para reclamar no solo por el hecho de que no se les informó el estado del feto durante la etapa de gestación, sino también, en la misma medida, las implicaciones que comporta traer un hijo que padezca dichas patologías. Por un lado se encuentran las implicaciones económicas, como los tratamientos médicos de cada caso concreto, la medicación que se les debe suministrar, entre otros y por otro lado, se encuentran las consecuencias emocionales que pueden sufrir los padres e incluso el hijo, a causa de la omisión de información del profesional de la salud.

Otro punto relevante en materia del alcance de esta institución jurídica, lo encontramos en el marco de la responsabilidad, ya que con el acogimiento de las acciones derivadas del wrongful birth como institución jurídica se podría configurar una responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual, dependiendo de cada caso donde el llamado a responder y reparar dichos daños sería de manera principal el profesional de la salud y eventualmente, podría configurarse responsabilidad por parte del centro de salud a cargo del médico tratante.

#### **2.4. PRESUPUESTOS.**

Como se ha explicado anteriormente, el WRONGFUL BIRTH es una figura que busca ayudar a los padres que por consecuencia del actuar del profesional de la salud, se privaron de la posibilidad de ejercer la interrupción voluntaria del embarazo. Basados en lo anterior, es necesario que las acciones reclamatorias las lleven a cabo los padres del niño. Así mismo, se encuentra como presupuesto que las taras tanto psíquicas como físicas que padezca el niño pudieran haber sido detectadas de acuerdo con el estado de la ciencia médica en términos de las herramientas tecnológicas que permitan hacer los controles prenatales de manera más

detallada y específica, claro está que deben haber sido antes del plazo que trae la ley para llevar a cabo el procedimiento del aborto. Un punto muy importante, es que en el ordenamiento que se pretenda acoger esta institución jurídica esté despenalizado, bien sea de manera total o parcial el aborto, ya que de no ser así se estaría cometiendo un ilícito y esta figura no tendría cabida dentro del ordenamiento en cuestión. Así mismo, es necesario determinar si se configura o no la responsabilidad civil bajo la cual está llamado a responder el profesional de la salud; En otras palabras, específicamente se debe entrar a revisar si en el caso concreto en el que se aludan este tipo de acciones reparatorias, se encuentran los elementos que configuren la responsabilidad civil como tal, pues de lo contrario, no habría lugar a las acciones reparatorias de las que se hacen mención dentro de esta figura jurídica; Es pertinente aclarar que la responsabilidad que recaerá en cabeza del profesional de la salud será a título de negligencia médica, en cuanto no informó oportuna y detalladamente los exámenes prenatales o en cuanto omitió la información de los mismos y para poder determinar si fue o no una negligencia médica, hay que remitirnos a la *lex artis*, que será la que determinará si el actuar del médico fue acorde o no dentro de la circunstancia particular materia de estudio.

## **2.5. REQUISITOS.**

- I. Como primera medida, esta acción requiere que haya una omisión en donde sí se practicaron las pruebas debidamente y hubo un buen diagnóstico, pero no se le comunicó a los padres el mismo, o bien que el profesional de la salud si informó, pero de manera errónea al interpretar o leer mal el diagnóstico que arrojaron las pruebas realizadas.
- II. Que las taras físicas o psíquicas que trae consigo el feto sean posibles de determinar en base a el desarrollo de la ciencia media actual.
- III. Es clave también como se ha explicado anteriormente, que se necesita que el ordenamiento jurídico donde se presentes los casos del *wrongful birth*, permita practicar el aborto ya sea de manera parcial o total.
- IV. Que haya sido intencionada la concepción del niño en cuestión.

### 3. CAPITULO II

#### **Viabilidad jurídica del resarcimiento del daño derivado de las acciones de WRONGFUL BIRTH a la luz de la responsabilidad civil en Colombia y partiendo de la despenalización parcial del aborto acogida en Colombia.**

En Colombia, a partir de la Sentencia C- 355 de 2006 la Corte Constitucional despenaliza el aborto en tres situaciones específicas, siendo procedente ejercer la acción Wrongful Birth, para que reparen los perjuicios materiales e inmateriales causados por la vulneración al derecho de decidir acerca de la interrupción o no del embarazo cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- (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.
- (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual violento o abusivo o de inseminación artificial, o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

De acuerdo con lo planteado en apartados anteriores, en relación con los presupuestos para la configuración de una pretensión indemnizatoria derivada de la institución jurídica WRONGFUL BIRTH, se hace evidente como en el ordenamiento jurídico colombiano se cumple con el presupuesto fundamental para esta, pues se encuentra que la causal número dos es la que da paso a este tipo de acción en los casos en que el profesional de la salud, por negligencia, impericia o imprudencia cometa un error diagnóstico o no realiza el

procedimiento adecuado de manera anterior al nacimiento, sobre el estado de salud del feto, viéndose privada la facultad de decidir acerca de la interrupción voluntaria del embarazo.

No obstante, en relación a la procedencia de esta causal la Corte Constitucional se ha manifestado en cuanto al alcance de la misma, de la siguiente manera:

Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. 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.

Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado. Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuarán conforme a los estándares éticos de su profesión. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Ahora bien, es de resaltar que en este mismo sentido no se estableció por parte de la Corte un tiempo límite para que proceda la interrupción voluntaria del embarazo ante la presencia de esta causal. Esto ubicaría al profesional de la salud en una situación más gravosa, pues su responsabilidad no estará condicionada a un plazo determinado.

Una vez analizada de manera positiva la configuración del presupuesto fundamental para que se den las acciones de este tipo en Colombia, necesariamente se debe analizar el tipo de responsabilidad que comporta esta acción, que en el caso concreto debido a su actor es de naturaleza civil.

La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. Además, es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo, se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto

es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de haber causado un daño a otro, no obstante, no es obligado a repararlo. (Valencia, 2002).

En Colombia, se exige la configuración de tres requisitos ineludibles para así imponer la obligación indemnizatoria que se busca con la responsabilidad civil, los cuales serán objeto de estudio a continuación.

### **3.1. REQUISITOS:**

- I. Conducta:** Es de advertir que este requisito también es llamado por cierto sector de la doctrina como “culpa”. Sin embargo, son elementos diferentes pues la culpa se entiende como un calificativo o característica de la conducta, pues se puede actuar bien de manera culposa o imprudente o bien de manera dolosa. Sin embargo, la regla general es que es la responsabilidad subjetiva o por un actuar imprudente.



Entonces, cuando se habla de conducta como requisito estructural de la responsabilidad civil, se hace alusión al comportamiento mediato o inmediato de un sujeto, que se entiende que es causa de un daño. Pues es evidente que, sin la existencia de una conducta activa u omisiva por parte del agente, no podemos estar frente a un supuesto de responsabilidad civil.

En el caso concreto, la conducta hace alusión al actuar del médico que se fundamenta en la infracción al deber de información y puede manifestarse de diferentes maneras, i) En una equivocación por parte del médico en el diagnóstico; ii) el médico proporciona un diagnóstico adecuado. Sin embargo, no lo hace de manera oportuna; iii) El médico no realiza los actos necesarios para la obtención de un eventual diagnóstico a pesar de la posibilidad de obtenerlo. En conclusión, este requisito se verificará cuando:

El diagnóstico prenatal sobre la malformación congénita está al alcance de la ciencia médica, pero el personal médico-asistencial no lo establece ni lo comunica a los padres oportunamente, debido a un proceder negligente que atenta contra el deber de información –no solo en la faceta de consentimiento informado, sino también en la faceta de información meramente ilustrativa– que sin duda hace parte de la *lex artis ad hoc* en nuestro país. (Hunter & Vega, 2018, P.62)

Ahora, es necesario ocuparse del origen que tiene dicha conducta, pues de ello dependerá el tipo de responsabilidad civil a predicar. La responsabilidad civil ha sido clasificada doctrinariamente en dos clases: En primer lugar, se encuentra la responsabilidad civil contractual y en segundo lugar, la responsabilidad civil extracontractual. El problema jurídico que da fundamento a esta distinción está basado en el origen de la conducta, es decir, depende de que la conducta que ocasiona el daño, que será objeto de indemnización tenga su origen o no en la ejecución de las prestaciones que surgen de un contrato. No obstante, en todo caso, habrá lugar a una obligación de indemnizar perjuicios, en cabeza de quien

ocasionó dicho daño. Entonces, si la conducta que causa el daño se deriva del incumplimiento o inejecución de la obligación surgida de un contrato celebrado entre el sujeto activo de la conducta y el sujeto pasivo de la misma, estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad civil contractual. Por otra parte, si la conducta que causa el daño, no se deriva de la inejecución o incumplimiento de la obligación surgida de un contrato, estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Lo que justifica en este caso, la obligación de indemnizar en cabeza de un sujeto sin estar vinculado con otro mediante un vínculo jurídico determinado es que todas las personas son titulares de deberes jurídicos por lo que correlativamente otras serán titulares de derechos, como posición jurídica de ventaja y desventaja respectivamente y de allí, surge entonces el vínculo jurídico entre las partes.

Dicho lo anterior, se puede evidenciar que, para que se configure la responsabilidad civil debe existir una relación entre dos sujetos, de la cual surge como consecuencia jurídica la obligación indemnizatoria, pues dicha relación se fundamenta en la causación de un daño por parte de uno de los sujetos al otro, en este supuesto a simple vista podríamos afirmar que podría configurarse la responsabilidad que buscan perseguir las acciones interpuestas por WRONGFULBIRTH en el campo de la responsabilidad civil contractual, pues la regla general es que la relación médico paciente está regida por un vínculo contractual, así lo establece la ley 23 del 1981 que regula el ejercicio de la actividad medica en su artículo número 5:

***ARTICULO 5o.*** *La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos;*

- 1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.*
- 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.*
- 3. Por solicitud de terceras personas.*

*4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública. (Ley 23 de 1981, artículo 5).*

Es de anotar que el numeral uno y cuatro hacen referencia a que la relación médico paciente surge de la celebración de un contrato y el numeral dos hace referencia a la situación excepcional en donde la relación médico paciente no surge de un contrato, por lo que habría lugar a responsabilidad civil extracontractual. En el mismo sentido lo hace la Corte Suprema de Justicia.

Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se origina en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del título XII del libro 4º del Código Civil, sobre efectos de la obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro, de que hablan las disposiciones contenidas en el título XXXIV de los mismos libro y obra. (Corte Suprema de Justicia, 2016).

No obstante, deben cumplirse los demás requisitos necesarios en el ordenamiento jurídico colombiano, para la imposición de una obligación indemnizatoria por responsabilidad civil.

- II. **Daño:** En nuestro ordenamiento jurídico, existe una gran indeterminación en el concepto de daño, lo que hace que exista una amplia posibilidad de que un gran número de eventos puedan clasificarse como tal. Este concepto junto con sus características han sido definidos por la doctrina de la siguiente manera:

El daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es

indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.  
(Tamayo, 2007, P.5)

Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 16690 de 2016).

Resulta entonces, que en el ámbito de las acciones de wrongfulbirth, el daño se fundamenta en la lesión al deber de información de los progenitores acerca del diagnóstico del menor. Es de anotar que el daño no se concreta en la vida o nacimiento del menor, pues esto implicaría una lesión a lo menos de la dignidad de este.

De la afectación al deber de información se derivan dos supuestos dañosos en relación con los progenitores: (i) La lesión al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la malformación congénita del feto es letal, en razón a la omisión diagnóstica y (ii) La lesión al derecho a la información en materia reproductiva de ambos progenitores. Estos supuestos, pueden desencadenar diferentes perjuicios fundamentados: Por un lado, en la falta de preparación psicológica de los padres al recibir información errónea durante la etapa de gestación acerca del estado de salud del feto, y por el otro, en la imprevisión económica que puede comportar el sostenimiento diario de un menor en estas condiciones.

- III. **Nexo causal:** Hace alusión a la relación directa que necesariamente debe existir entre la conducta del agente y el daño producido con la misma, esto es debe existir una relación de causa y efecto pues deberá determinarse de forma clara y precisa

que la conducta que genera la responsabilidad es la causa y que el daño ocasionado es el efecto.

En la institución del WRONGFULBIRTH, el nexo causal consiste en establecer la relación directa entre el actuar médico, esto es la ausencia o el error diagnóstico y el daño sufrido por la víctima que se traduce en la afectación al derecho que tiene la madre de ejercer la interrupción voluntaria del embarazo y al derecho de información que ostentan los progenitores.

- 3.2. **LEGITIMACIÓN:** Lo anterior nos lleva a estudiar el tema de la legitimación tanto por activa como por pasiva requerida para instaurar este tipo de pretensiones.

La legitimación por activa está en cabeza o bien únicamente de la madre o bien en cabeza de ambos padres. No obstante, no estará legitimado de la misma manera únicamente el padre debido, a que la facultad de abortar constituye un derecho en cabeza de la madre de carácter personal e intransferible y necesariamente debe existir esta facultad jurídica para contemplar la posibilidad de aplicar la institución del WRONGFULBIRTH.

Por su parte, la legitimación por pasiva puede estar en cabeza o bien de los profesionales de la salud directamente, o bien en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), laboratorios, Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), o de manera residual, en contra de toda persona y/o entidad que haya tenido participación en el hecho dañoso.

La Corte Suprema de Justicia ha explicado mediante sentencia SC-139252016 como se imputa la responsabilidad en cuestiones medicas, cuando intervienen en el acto,

no solo el personal de salud sino también diferentes entidades que hacen parte de la cadena como las IPS y EPS, al respecto ha dicho:

- En cuanto a las empresas prestadoras de salud (EPS), Si se encuentra probado que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil. Por el contrario, si se prueba que el perjuicio no es atribuible a la violación del deber de acción legal de la empresa promotora de salud, que se produjo por fuera del marco funcional o que medie alguna causal de exoneración de responsabilidad, quedará desvirtuado el *juicio de atribución del hecho* a la EPS
- La ley asigna el deber de prestación del servicio a las IPS , convirtiéndolas en las garantes de la atención ofrecida a sus clientes, por lo que habría lugar a responsabilidad de manera solidaria por parte de estas si dentro del proceso se encuentran probados los demás elementos de responsabilidad en su contra; Sin embargo, este juicio quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón o si media causal de exoneración de responsabilidad debidamente probada a su favor.
- Por último, para imputar responsabilidad a los agentes médicos de manera singular que hacen parte de la organización, únicamente se tomará en cuenta aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según el marco valorativo del juez incidieron de manera preponderante en el daño sufrido, y así determinar la responsabilidad individual, la cual será en forma solidaria con la EPS y la IPS si es el caso. Por el contrario, el agente singular se exonerará siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente o si el error cometido o la falla cometida se debe a faltas organizacionales de las entidades o instituciones prestadoras del servicio.

En conclusión, es posible afirmar que: “todos los que integran el sistema están llamados a resistir una demanda de responsabilidad médica, con la posibilidad de exonerarse, en conjunto o en forma individual, «mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado. En consecuencia, la acción por wrongful birth en Colombia puede dirigirse contra el personal médico, la EPS y la IPS a través de la cual se presta el servicio de salud, lo cual no obsta para que en la sentencia se defina si le asiste responsabilidad a uno sólo de ellos o a todos, según lo que resulte del debate probatorio en relación con la culpa del facultativo o con la culpa organizacional y su nexo con el hecho dañoso”. (Hunter & Vega, 2018, P.72).

#### **4. Conclusión**

En terminos conclusivos, las acciones derivadas del wrongful birth, se definen como aquellas promovidas por los padres o progenitores, en donde se pretende alegar un daño derivado del nacimiento de un hijo gravemente enfermo, situación que se origina en la información errada o la omisión de la misma por parte del médico tratante al no advertir la condición del feto, privando así de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo a la madre y yendo en contra del deber de información que tiene el médico frente al paciente, generando con ello un sin número de cargas tanto económicas, como psicológicas a los progenitores. Es evidente entonces que este tipo de acciones van directamente ligadas a que en el ordenamiento jurídico donde pretenda reclamarse esté habilitada la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo como presupuesto fundamental.

Es de advertir que en Colombia, no existe regulación alguna acerca de esta institución, por lo que no ha existido ningún tipo de pronunciamiento en virtud del wrongful birth. Sin embargo, se abre la posibilidad al reconocimiento de este tipo de pretensiones con la despenalización parcial del aborto que se da en virtud de la sentencia C-355 del año 2006, la

cual consagra tres supuestos en los que se puede ejercer dicha interrupción. No obstante, únicamente en uno de ellos encaja la posibilidad de una acción indemnizatoria por wrongful birth, esto es cuando existan malformaciones en el feto incompatibles con la vida de este. Lo anterior, siempre que se configure los elementos necesarios de la responsabilidad civil para imponer así una obligación indemnizatoria a cargo del profesional de la salud.

En consideración a lo anterior, se puede afirmar que a raíz de la despenalización del aborto que se da en Colombia con la sentencia C-355 del año 2006, si bien se abre la puerta a un sin número de debates acerca de las implicaciones sociales que dicha despenalización conlleva al ser un tema de alta tensión a nivel social, y más aún, en materia de responsabilidad médica, también surge la necesidad de implementar herramientas jurídicas que protejan ese derecho que se otorga a desistir de un embarazo en los casos contemplados por la ley, siendo dicha institución una posible protección o respaldo a este.

Se debe observar también, que con el avance de los tiempos se van presentando cada vez más casos como estos en otros países. Por ende, no se puede obviar que es solo cuestión de tiempo que en nuestro país empiecen a aparecer reclamaciones basadas en esta institución. Así las cosas, con la adopción de la misma se estaría brindando una mayor seguridad jurídica y social a los progenitores; quienes serán los principales beneficiados con la adopción de la institución, pues tendrán la posibilidad legal de “equilibrar las cargas” ante el daño que han sufrido, principalmente en cuanto a las cargas económicas que comporta para ellos, pues el hecho de haber podido decidir voluntariamente acerca de la interrupción del embarazo y no haberlo hecho por ausencia de un diagnóstico por parte del médico tratante a lo sumo, vulnera la autonomía de los progenitores si contar con las demás consecuencias que se derivan de ello.

Cabe resaltar que, con la adopción de esta institución también se dotaría de una mayor seguridad jurídica a nuestro ordenamiento en materia de derecho médico, logrando blindar las leyes en esta materia, ya que si bien las demás ciencias avanzan a pasos agigantados; el derecho debe hacer lo mismo en cuanto a su regulación y no quedarse atrás y aunque en



Colombia no se han presentado reclamaciones derivadas del wrongful birth, se creería que es solo cuestión de tiempo, por lo que se necesita una pronta respuesta de nuestro ordenamiento jurídico frente a este tema .

Es por esto, que se considera que no existe motivo alguno, bien sea jurídico o de otra naturaleza que impidan la viabilidad de este tipo de reclamaciones en Colombia, sin dejar de lado que está teniendo una evolución exponencial en distintos ordenamientos a lo largo del mundo y más específicamente en nuestro continente.

## **5. Bibliografía**

### **Artículos.**

- Hunter, C. Vega, Z. (2018). *Wrongful birth ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano?* Cali, Colombia
- Alexis, M. Cristian, B. (2015). *Panorama comparado del wrongful life , wrongful birth, wrongful conception y su posible aplicación en el derecho chileno.* Antofagasta, Chile
- Raquel, F. (2018). *Las acciones de resposabilidad civil por wrongful birth y wrongful life.* España
- Soria, E. (2016). *La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil.* Madrid, España
- Morante, J. (2017). *La vida como daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano.* Bogotá, Colombia.
- Moreno, E. (2015). *Las acciones wrongful birth en Colombia: una perspectiva hacia el futuro jurídico del país.* Bogotá, Colombia.

- Miranda, J. (2018). *Responsabilidad patrimonial por "wrongful conception", "wrongful birth" y "wrongful life"*. Madrid, España.
- López, J. (2015). *La teoría de la vida, como daño en la responsabilidad médica en Colombia los aportes y vacíos de la corriente principia lista en<sup>[1]</sup> las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría*. Barranquilla, Colombia.
- Cubides, V. Díaz, J. (2010). *la acción de wrongful birth: desarrollo y alcance en el derecho comparado e implicaciones de su aplicación en Colombia*. Bogotá, Colombia.
- Forteza, R. (2016). *Las acciones de responsabilidad civil por wrongful birth y wrongful lif*. Palma, España.
- Sanz, A. (2015). *El conento jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*. Madrid
- Mariño, L.E (1999). *Manual práctico de indemnización de perjuicios*. Bogotá: Editorial Librería del Profesional.

### **Libros.**

- Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. T II*. Bogotá: Editorial Legis S.A.

- Tamayo, J. (1999). *De la responsabilidad civil TOMO I*, Colombia

#### **Normas.**

- Colombia. Congreso de la República. Ley 23. (1981). Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

#### **Sentencias.**

- Corte Constitucional. (2006). Bogotá D.C. Sentencia C-355 de 2006. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Suprema de Justicia. (2016). Bogotá D.C. Sentencia SC 16690 de 2016. Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo
- Corte Suprema de Justicia. (1986). Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Héctor Gómez Uribe.
- Corte Suprema De Justicia. (1995). Bogotá D.C. Sentencia SCJ 04345 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

