

**Martha C. Hunter Hernández\***

Juzgado 027 Civil Municipal de Cali (Cali, Colombia)

ticahunter@hotmail.com

**Zully Vega Cerón\*\***

Juzgado 003 Civil del Circuito de Cali (Cali, Colombia)

limagive@hotmail.com

## **Wrongful Birth: ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano?\*\*\***

*Wrongful birth: A recoverable damage in the Colombian legal system?*

*Wrongful Birth: ¿un dano compensable no sistema jurídico colombiano?*

**Artículo de investigación:** recibido 04/09/2018 y aprobado 24/10/2018

\* Abogada de la Universidad de Ibagué y especialista en derecho civil de la misma universidad, especialista en daño resarcible de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho procesal y magister en derecho de la Universidad Icesi. Vinculada a la Rama Judicial desde junio de 2005, auxiliar de magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Juez Promiscuo Municipal de Guamo, Juez Civil Municipal y Juez Civil del Circuito de Ibagué, y actualmente Juez Civil Municipal de Cali en propiedad. Su línea de investigación jurisprudencial en el curso de formación judicial inicial promoción 2009 en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, hace parte de la publicación 'Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia área civil y comercial' de 2011 disponible en [http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/pdfs/lineas\\_civil.pdf](http://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/pdfs/lineas_civil.pdf). Correo electrónico: ticahunter@hotmail.com. Orcid.org/0000-0001-9720-2298

\*\* Abogada de la Universidad de Santiago de Cali, especialista en derecho comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana en convenio con la Universidad San Buenaventura, especialista en derecho constitucional de la Universidad Libre de Colombia, especialista en derecho procesal y

magister en derecho de la Universidad Icesi. Vinculada a la Rama Judicial desde 1999, secretaria en propiedad de Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali, auxiliar de magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cali, Juez Civil Municipal de Yumbo y Cali, y actualmente Juez Civil del Circuito de Cali. Correo electrónico: limagive@hotmail.com. Orcid.org/0000-0003-3662-6964

\*\*\* Este artículo es producto del trabajo de investigación del mismo nombre elaborado por las autoras para optar por el título de magister en derecho de la Universidad Icesi 2016-2017. El trabajo de investigación se gestó con la selección del tema en marzo de 2017 y fue desarrollado entre julio de 2018 y septiembre de 2018 aproximadamente.

## Resumen

El presente artículo pretende resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿en casos de nacimientos con enfermedades congénitas que involucran una discapacidad física o mental, inadvertidas oportunamente debido a un error de diagnóstico prenatal, es posible pregonar que respecto de los padres se configura un daño susceptible de reparación en el ordenamiento jurídico colombiano? Para dar respuesta a la cuestión, se hace una revisión de la acción denominada wrongful birth en el derecho comparado y su autonomía frente a otras wrongful actions relacionadas con el ejercicio de la libertad reproductiva y la paternidad responsable (wrongful life, wrongful conception y wrongful adoption), con base en lo cual se emprende el análisis de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil en nuestro país en los supuestos de wrongful birth, para concluir su viabilidad en Colombia y presentar un esquema de cómo podría ser la reparación de perjuicios.

**Palabras claves:** Wrongful birth; Daño resarcible; Error de diagnóstico prenatal; Interrupción voluntaria del embarazo; Derecho de los pacientes a la información; Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

## Abstract

This article seeks to answer the following research question: would it be possible to claim that in the events of the births of babies suffering from a congenital disease that involves a physical or a mental disability which went promptly unnoticed due to a prenatal diagnosis error, the parents should be awarded any kind compensation for damages provided under the Colombian legal system? In order to answer the question, the legal claim referred as wrongful birth is reviewed under the comparative law and its autonomy against other wrongful actions related to the exercise of the reproductive freedom and the responsible parenthood liberties (wrongful life, wrongful conception and wrongful adoption), based upon which, the analysis of each one of the elements of civil liability in our country is undertaken in the events of wrongful birth, to conclude its viability in Colombia and introduce a possible damage compensation scheme for this subject.

**Keywords:** Wrongful birth; Compensable damage; Prenatal diagnosis error; Voluntary interruption of pregnancy; Right of patients to information; Patrimonial and extra-patrimonial damages.

## Resumo

O presente artigo pretende resolver a seguinte questão de pesquisa: em casos de nascimentos com doenças congênicas que envolvem uma deficiência física ou

mental, despercebida debido a um erro de diagnóstico pré-natal, é possível afirmar que em relação aos pais um dano suscetível é configurado de reparação no sistema legal colombiano? Para responder à questão, faz-se uma revisão da ação wrongful birth em direito comparado e sua autonomia em relação a outras wrongful actions relacionadas ao exercício da liberdade reprodutiva e paternidade responsável (wrongful life, wrongful conception y wrongful adoption), com base em que a análise de cada um dos elementos de responsabilidade civil em nosso país é realizada nos casos de wrongful birth, para concluir a sua viabilidade na Colômbia e apresentar um esquema de como a compensação de danos poderia ser.

**Palavras-chave:** Wrongful birth; Dano compensável; Erro de diagnóstico pré-natal; Interrupção voluntária da gravidez; Direito dos pacientes à informação; Danos patrimonial e extra-patrimonial.

Los avances de la industria, la ciencia y la tecnología han marcado desde siempre la evolución de la responsabilidad civil, provocando la aparición de nuevos reclamos indemnizatorios. Particularmente, los adelantos en las ciencias de la salud han conducido a un sensible incremento de los casos de responsabilidad médica, pues se exige de los médicos resultados satisfactorios con mayor frecuencia.

En el campo de la gineco-obstetricia, una reciente modalidad de reclamación indemnizatoria, relacionada con los errores de diagnóstico que preceden a los nacimientos de discapacitados por enfermedades congénitas, ha suscitado, además de fuertes debates ético-morales, un interés jurídico en estudiar si en tales casos puede emerger una obligación resarcitoria, todo ello sin que, por lo general, exista una regulación legal que aborde de manera expresa el tema. ¿Quiénes serían los sujetos de la acción por activa y pasiva? ¿Cuál sería el daño susceptible de ser indemnizado? ¿Cómo construir la relación de causalidad entre la conducta médica omisiva y el daño reclamado? ¿Cuáles serían los fundamentos jurídicos para reconocer el daño y la respectiva indemnización? Estas son, entre otras, las cuestiones que se agitan en la academia a nivel mundial en lo que se conoce como las wrongful actions.

Colombia no puede ser ajena a este debate, pues la potestad de interrumpir el embarazo ha sido considerada las más de las veces como un presupuesto de estas acciones, y a partir de la sentencia C-355 de 2006 empezó a pertenecer a los países que, al menos parcialmente, despenalizaron el aborto, entre otras causales, por malformaciones graves del feto. A partir de ese momento, en sede de tutela la Corte Constitucional colombiana ha reconocido indemnizaciones a quienes se les cercenó el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, con lo que irrumpieron los primeros casos de resarcimiento relacionados con la privación del derecho al aborto legal. En todo caso, hay planteamientos doctrinarios sobre wrongful birth, acción específica respecto de la cual recae el objeto del presente artículo, en el sentido de replantear la necesidad del aborto legal como prerequisite indispensable en este tipo de acciones, lo que hace más interesante el estudio del tema incluso en territorios donde el aborto constituye delito. Adicionalmente, en Colombia se gestaron esfuerzos para la implementación de la ley de tamizaje neonatal con el propósito de detectar en forma temprana enfermedades congénitas, y aunque la iniciativa fracasó y el proyecto de ley no logró pasar de sanción presidencial, puede augurarse la apertura de nuevos campos indemnizatorios en relación al tema.

Investigar sobre esta incipiente modalidad de reclamación de perjuicios, en orden a dilucidar si la denominada wrongful birth –es decir, la acción indemnizatoria promovida por los padres ante el nacimiento de sus hijos discapacitados– podría tener prosperidad en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, es el propósito del presente trabajo. En otras palabras, se intenta responder al problema de investigación consistente en establecer la posibilidad de indemnización a los padres por el nacimiento de niños con problemas congénitos, cuando existió error de diagnóstico que impidió a los mismos tomar la decisión de una interrupción voluntaria del embarazo o, por lo menos, conocer con anticipación la situación que afectaría a su descendencia y prepararse económica y moralmente para ello.

Para cumplir con este propósito, la investigación se desarrollará a través de dos ejes temáticos. En el primer eje se plantearán las nociones generales de la acción wrongful birth, comenzando por una breve remembranza de la problemática que ha rodeado desde la antigüedad los nacimientos con discapacidad, siguiendo por la descripción de los primeros reclamos indemnizatorios por wrongful birth y la revisión de las respuestas legales y jurisprudenciales existentes en diversos países. De esta manera, será posible identificar los supuestos de la acción wrongful birth, su autonomía frente a acciones similares como wrongful conception, wrongful life, wrongful adoption, y comprender su evolución en el marco del derecho comparado. En el segundo eje se estudiará la posible aplicación de la acción wrongful birth en el ordenamiento jurídico colombiano, analizando individualmente los requisitos tradicionales de la responsabilidad civil, a saber, daño, culpa y nexo causal. Todo esto para proponer que sí se configura un daño resarcible y abordar las posibles formas de indemnización de perjuicios, que incluya modalidades no necesariamente pecuniarias.

El trabajo pues, a efectos de lograr sus expectativas, estará conformado por los siguientes ítems: en principio se abordarán los antecedentes, concepto, autonomía y aplicación de la acción wrongful birth en derecho comparado; en un segundo momento, con base en la sentencia de despenalización del aborto y en las tutelas contentivas de indemnizaciones por la privación del derecho a interrumpir el embarazo, se analizarán los elementos que integran la responsabilidad en Colombia en los casos de wrongful birth, la noción de daño, el problema de la culpa en los errores de diagnóstico, el nexo causal y las formas de reparación posibles, para culminar con unas consideraciones finales a manera de conclusión.

## 1. Recuento histórico de las reacciones ante los nacidos con discapacidad

El nacimiento con malformaciones ha generado desde siempre reacciones de rechazo y exclusión social, circunstancia histórica que, quizá, permite comprender el fuerte impacto psicológico que implica para los padres procrear un hijo con limitaciones congénitas. Este recorrido ilustra la situación (Di Nasso, 2010):

En la antigüedad, tribus indígenas de Sudamérica daban muerte a sus miembros con alteraciones físicas, tanto congénitas como adquiridas, al tiempo que en la India dichas personas eran arrojadas al río Ganges. Las leyes Licurgo en Grecia imponían el despeñamiento en el monte Taigeto a las personas nacidas con alguna deformidad física. Sucedió lo mismo en la Roma imperial: desde la roca Tarpeia se lanzaba a los niños inválidos al vacío; en otros casos eran abandonados y se dedicaban a la mendicidad o a la esclavitud.

En el siglo XIV los nacidos con alguna deficiencia eran confinados a grandes encierros y luego exhibidos en espectáculo circense, alentando la percepción social de ser fenómenos castigados por la divinidad. En la edad moderna se da la ruptura con el oscurantismo y empiezan a extenderse los beneficios médicos en materia de ortopedia, pero los discapacitados mentales eran internados en orfanatos o manicomios sin tratamiento específico. Poco a poco, a partir de la revolución industrial, las personas con limitaciones empezaron a considerarse responsabilidad pública, aunque en todo caso persistía la actitud negativa de rechazo social. En la época contemporánea, se tiene que los discapacitados fueron víctimas de los nazis gracias a la ley de esterilización o prevención de la prole con enfermedades hereditarias. Pero ello no solo ocurrió en la Alemania nacional socialista: las personas discapacitadas fueron mundialmente sometidas a programas de esterilización forzada; práctica que solo tuvo fin con la declaración universal de los derechos del hombre.

El aborto, cuya prohibición se había generalizado en el siglo II con los emperadores romanos Septimio Severo y Antonino Caracalla (Casini, 2004, p. 647), comenzó a despenalizarse en el siglo XX, entre otras causas con fines eugenésicos, es decir, para habilitar la interrupción voluntaria del embarazo ante malformaciones, defectos o enfermedades genéticas. De acuerdo con las estadísticas, en los países occidentales, cuando el no nacido tiene una deficiencia congénita, el 90% de los padres opta por el aborto, lo cual obedecería a la mala calidad de vida que espera al discapacitado y al alto costo médico y social que puede ofrecer a los padres un menor con discapacidad (Rodríguez Díaz, 2015, p.

36). En Estados Unidos el 92% de los embarazos en los que se detecta síndrome de Down termina en aborto; a su vez, en España el 95% de las mujeres aborta cuando se detecta durante la gestación la alteración cromosómica propia del síndrome de Down (Arnau Ripollés, 2012, p. 201).

Lo que la historia de la humanidad revela es que quienes nacen con limitaciones físicas o mentales han sido sometidos a la exclusión social y que, actualmente, cuando la ciencia permite acceder a diagnósticos prenatales, los padres están inclinados a optar por el aborto eugenésico para evitar traer a la vida a hijos discapacitados.

## 2. Concepto y origen de la acción wrongful birth

Muchas definiciones de la acción wrongful birth se han propuesto. Queremos referir aquí ciertos conceptos de autores de habla hispana destacados en el tema, de los cuales se desprenden aspectos claves para comprender esta modalidad de reclamación de perjuicios.

Algunos identifican la acción cifrando el daño en el nacimiento mismo, definiéndola como aquella que «es ejercitada por los progenitores del niño nacido enfermo en reclamación de los daños (patrimoniales y morales) relacionados con el hecho del nacimiento» (Pacheco Jiménez, 2011, p. 1). No obstante, dadas las dificultades que implica conectar el daño a indemnizar con la vida misma, en forma mayoritaria se define la wrongful birth involucrando la privación de la posibilidad de abortar, y entonces, la wrongful birth suele definirse 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 éstas ser detectadas en pruebas prenatales (Vicandi Martínez, 2013, p. 41).

○ 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 dar lugar o no al nacimiento (Galán Cortés, 2008: 286).

○ como aquella que se suscita cuando se produce un diagnóstico erróneo y, como consecuencia de ello, la gestante no es informada de enfermedades graves



que se ponen de manifiesto al nacer el niño y que podían haberse diagnosticado anteriormente conforme a la *lex artis ad hoc*. Esto lleva a reclamar, entonces, una indemnización por el comportamiento del profesional sanitario que la priva «de una información fundamental y necesaria para la adopción de decisiones respecto de su embarazo y la posible interrupción del mismo» (Macía Morillo, 2011, pp. 84-85).

Ahora, la esencia de esta reclamación indemnizatoria no puede darse por sentada. Las inquietudes sobre el alcance de la acción avanzan procurando abarcar perjuicios que van más allá de la privación de la posibilidad de abortar; es así que, por ejemplo, ya se plantea un daño por el impacto moral y económico que genera sobre los padres el ser sorprendidos con la discapacidad de un hijo que esperaban sano (Romero Coloma, 2010, p. 2568). En esa dirección, se empieza a sugerir que, ante el nacimiento de un niño con discapacidades, el daño, en el caso de los padres, es decir, en el marco de la acción *wrongful birth*: no debe fundarse en la posibilidad de haber abortado, sino simplemente en las lesiones, especialmente psíquicas, que la falta de diagnóstico o tratamiento hubiera permitido que el nacimiento de un menor con alguna deficiencia, se enfrentara con un sostén emocional (Mondaca Miranda et al., 2015, p. 40).

Incluso se esboza un daño patrimonial consecuencia de los gastos médicos extraordinarios.

Nótese pues que la acción *wrongful birth* no se aparea actualmente con la idea de indemnización de perjuicios causados por el hecho de la vida misma, sino que se acopla al resarcimiento del daño que, como consecuencia del error de diagnóstico, se genera para los padres cuando son privados de conocer tempestivamente de las anomalías, malformaciones o enfermedades congénitas del hijo que esperaban que naciera sano; privación que les impide optar por la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo o, por lo menos, de ser informados al respecto antes del nacimiento y prepararse moral y económicamente para hacer frente a esa situación.

El origen de la acción *wrongful birth* se ubica en Estados Unidos. La primera demanda judicial fue *Gleitman vs. Cosgrove*, resuelta desfavorablemente en 1967 por la Corte de Nueva Jersey. La madre contrajo rubeola al segundo mes de gestación, por lo que dio a luz un niño con graves malformaciones, sin haber sido advertida acerca de las consecuencias que tendría la enfermedad sobre el feto. La mujer demandó alegando que había sido privada de la oportunidad

de interrumpir el embarazo; sin embargo, la Corte descartó la indemnización, considerando, principalmente, la imposibilidad de identificar un daño frente a la preciosidad o a la santidad de la vida (Vicandi Martínez, 2013, p. 42).

En la década de los setenta irrumpieron nuevos reclamos indemnizatorios por wrongful birth que sí tuvieron éxito. Se destacan: (i) *Jacobs vs. Theimer* en 1975, en el que la Suprema Corte de Texas admitió la indemnización por wrongful birth basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos, debido a que la madre contrajo rubeola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente (Pacheco Jiménez, 2011, p. 6); y (ii) *Becker vs. Schwartz* de la Corte de Nueva York 1978, en que una mujer dio a luz un hijo con síndrome de Down, sin haber sido advertida del riesgo de tal posibilidad debido a su avanzada edad para ser madre, por lo que logró ser indemnizada por el daño moral sufrido y los gastos del embarazo (Vicandi Martínez, 2013, pp. 42-43).

### **3. Autonomía en relación con otras acciones (wrongful life, wrongful conception, wrongful adoption)**

Relacionadas con el ejercicio de la libertad reproductiva y la paternidad responsable, se han desarrollado, además de la wrongful birth, otras acciones que podrían considerarse afines, por lo que resulta oportuno precisar las diferencias entre ellas. En primer lugar, encontramos la wrongful life, en la que existe un error de diagnóstico prenatal –lo mismo que en la acción wrongful birth–, pero la indemnización es perseguida por el hijo que nace discapacitado. Se define la wrongful life como: la acción mediante la cual un menor, o adulto en representación de éste, demanda al médico o al centro médico de sus progenitores, en la medida que de no haber sido por a) su diagnóstico negligente, o b) 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 (Medina, 2001, p. 430).

La wrongful life ha resultado escasamente próspera y ha suscitado polémica y rechazo social. Por ejemplo, poco tiempo después de que la Corte de Casación francesa accedió a las pretensiones de wrongful life en el famoso caso de Nicolás Perruche –que será detallado más adelante– se estableció legalmente en ese país «la premisa por la cual nadie puede beneficiarse de un perjuicio que tenga origen en su propio nacimiento, es decir, nadie puede ser indemnizado por nacer, independientemente de sus circunstancias» (Vicandi Martínez, 2013, p. 44).

En segundo lugar, aparece la acción wrongful pregnancy o wrongful conception, definida como: la acción mediante la cual ambos o cualquiera de los padres reclaman que debido a la negligencia de su médico al a) recetarles o suministrarles anticonceptivos; b) realizarles una esterilización, o c) practicarles un aborto, concibieron un niño no planeado (Medina, 2001, p. 430).

La wrongful pregnancy o wrongful conception, que hace referencia a la anticoncepción fallida, a diferencia de la wrongful birth, no involucra el nacimiento de un hijo enfermo. La wrongful pregnancy o wrongful conception ha tenido mayor acogida en reconocimiento práctico de las garantías que implica el derecho a la libertad sexual y reproductiva.

Y finalmente, se tiene la acción wrongful adoption. La misma podría definirse como la demanda promovida por los padres adoptivos «no para poner fin a la adopción, sino ser compensados económicamente [por una agencia de adopción] por el daño que han experimentado... por no haber sido informados sobre los antecedentes [de salud] del niño antes de la adopción». Por lo menos seis Estados de EE.UU. «han reconocido responsabilidad por wrongful adoption ante la presencia de fraude y omisión negligente de información, el primero de ellos se remonta a 1986»; asimismo, «otro ordenamiento que ha recibido la figura del wrongful adoption es el del Reino Unido», donde se reconoció por primera vez su prosperidad en diciembre de 2002 (Koitech, 2015, pp. 449, 450 y 452).

#### 4. Aplicaciones en derecho comparado

4.1. En Estados Unidos no solo se encuentra el origen de la acción wrongful birth; allí se ha consolidado por la vía jurisprudencial esta clase de reclamación indemnizatoria y su autonomía frente a figuras afines. Así se desprende de una serie de pronunciamientos judiciales que se sintetizan a continuación:

En 1997 la Corte de Apelaciones de Indiana resolvió la apelación efectuada por el doctor Bader y Northeast Indiana Genetic Counseling Inc. frente a la condena de indemnizar por wrongful birth a Ronald y Connie Johnson, quienes tuvieron un bebé con hidrocefalia y otras malformaciones que lo llevaron a la muerte a los 4 meses de nacido. Una prueba de ultrasonido había detectado una cavidad cerebral más grande de lo normal, por lo que el médico habría ordenado a su equipo coordinar con la gestante la práctica de pruebas adicionales. Sin embargo, por un malentendido, nadie convocó a Connie Johnson, quien recibió la confirmación del diagnóstico de hidrocefalia cuando ya no era posible acudir a la interrupción del embarazo. La Corte de Apelaciones confirmó la decisión

de indemnizar los daños por los costos extraordinarios en que incurrieron para tratar el defecto de nacimiento, cualquier costo médico durante la vida del niño, el dolor físico sufrido por la madre, el daño mental de los padres y la pérdida del débito conyugal (Medina, 2001, pp. 446-448).

En 1999, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos resolvió el caso Duplan vs. Harper. Conocedora del alto riesgo de citomegalovirus CMV asociado a su actividad laboral, la señora Duplan, tan pronto como supo de su estado de embarazo, solicitó a su médico realizar las pruebas pertinentes para determinar si era inmune al contagio, acordando con su pareja acudir al aborto, pues la enfermedad provocaría defectos y malformaciones. El test detectó una infección incipiente de CMV, pero tal información no fue transmitida correctamente a los padres, quienes continuaron el embarazo pensando que se había descartado el riesgo. El bebé, a quien llamaron Zacarías, nació con sordera total, microcefalia, retraso mental e incapacidad motriz. Los padres demandaron en wrongful birth al médico y al Estado, pues la clínica pertenecía a la Fuerza Aérea Norteamericana. El Tribunal de Distrito reconoció la indemnización por padecimientos emocionales sufridos y por los gastos especiales que exigiría el cuidado de Zacarías. La Corte de Apelaciones confirmó lo decidido y estimó correcto compensar a los padres por haberse visto privados de optar entre terminar el embarazo y dar a luz un niño enfermo (Medina, 2001, pp. 444-446).

En el año 2000 se resolvió el caso Simmerer vs. Dabas. Después de tener un segundo hijo, la señora Simmerer decidió someterse a un proceso de esterilización, pese al cual quedó en embarazo y dio a luz un niño con problemas cardíacos congénitos que falleció a los 15 meses. El sentenciador precisó las diferencias entre las acciones wrongful pregnancy y wrongful birth, en el sentido de que la primera persigue el cobro en que se incurre por la concepción de un hijo no buscado, mientras que la segunda reclama el costo de los gastos de crianza y cuidados de un hijo discapacitado luego de haber recibido un diagnóstico equivocado. Por tanto, teniendo en cuenta que los daños alegados no eran consecuencia de una negligencia médica, pues la enfermedad del niño no se podía prever, se negó la pretensión (Medina, 2001, pp. 452-453).

En 2012, en Portland, Oregon se presentó el caso Levy vs. Jenkins, en el que se condenó al pago de los perjuicios materiales causados a los padres de una niña nacida con síndrome de Down, debido a que se incurrió en una actuación médica negligente por fallas en la toma de muestras para el respectivo diagnóstico prenatal. Se reconoció la indemnización relativa a los gastos extraordinarios

relativos a la enfermedad de la menor de acuerdo a su expectativa de vida, sin tener en cuenta dolor o sufrimiento de los padres por su estado (Miranda Acuña, 2017, p. 103).

4.2. En España recién se cumplieron 20 años de wrongful birth en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El primer caso corresponde a la sentencia del 6 de junio de 1997; se trata de una gestante de alto riesgo a quien le prescriben una prueba de amniocentesis, cuyo resultado negligentemente sólo se le dio a conocer cuando ya no era posible la interrupción voluntaria del embarazo. El niño nació con síndrome de Down y la madre formuló la demanda en nombre propio y el Tribunal Supremo condenó al pago de una indemnización por concepto de daños morales y materiales. La decisión fue criticada porque: se enreda en sutilezas jurídicas discutibles sobre cuál es el daño indemnizable (nacimiento del hijo, padecimiento moral de la madre, pérdida de oportunidad de abortar, etc.), tal vez porque parte de la idea de que se está en el supuesto que la jurisprudencia americana califica de wrongful life (mala calidad de vida) cuando en realidad se trata de un wrongful birth ya que el demandante es la madre en nombre propio (Pérez Tenessa, 2001, pp. 53-54).

Luego se dieron los fallos del 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002, en los que se negaron las pretensiones de wrongful birth. En aquel porque los padres no advirtieron a los médicos la exposición a la radioactividad que provocó los defectos congénitos de la hija (ausencia de culpa médica), y en este porque no se probó la intención de abortar de la madre de haber sabido que su hijo venía con síndrome de Down (ausencia de relación de causalidad) (Romero Coloma, 2010, pp. 2588 y 2591).

Posteriormente, en sentencia del 18 de diciembre de 2003, el Tribunal Supremo español estimó que hubo una actuación médico-sanitario negligente en virtud de la cual no se advirtió oportunamente a la madre de las malformaciones congénitas del hijo que esperaba y que finalmente nació sin riñón y sin extremidad inferior izquierda, y se accedió a la indemnización reclamada resaltando el impacto emocional sufrido por los padres y tomando en consideración la expectativa de vida del nacido (Medina, 2008, pp. 96-97). En sentencia del 21 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo español reconoció responsabilidad civil a favor de una mujer de 40 años que se había sometido a diagnóstico prenatal con la intención expresa de abortar si el feto estaba afectado por síndrome de Down. Ella decidió llevar a término su embarazo una vez le informaron que el nasciturus era citogenéticamente normal; no obstante, dio a luz un niño con aquel síndrome.

En esta oportunidad, el Tribunal Supremo admitió que el nacimiento de un niño con síndrome de Down produce un daño resarcible con un doble contenido, es decir, tanto moral, por los sufrimientos que implica recibir y ver crecer un hijo discapacitado, como patrimonial, por el coste de la adaptación de los padres a la atención especial surgida del hecho extraordinario de ser padres de un hijo en esas condiciones (Romero Coloma, 2010, pp. 2595-2596).

Sin embargo, en sentencia del 6 de julio de 2007, el Tribunal español reconoció solamente daño moral, teniendo en cuenta que la prueba del triple screening, cuya existencia los médicos no informaron a la madre, solo detectaba en un 60% los casos de síndrome de Down. Por tanto, el que la gestante no estuviera en situación de riesgo hacía incierto que hubiera exigido someterse a la prueba de amniocentesis (Medina, 2008, pp. 98-99). Poco después, en sentencia del 23 de noviembre de 2007, el Tribunal Español sólo accede a indemnización por el daño moral, pese a que la madre, por su edad, sí se encontraba en circunstancias de riesgo de concebir un hijo con síndrome de Down. En sentencia del 24 de octubre de 2008 se volvió a la línea de indemnizar tanto el daño moral como el daño patrimonial sufrido por los padres con ocasión de la discapacidad del hijo (Elizare Urtasum, 2013, pp. 146). Así se ha mantenido la Sala de lo Civil, sentido en el cual pueden consultarse las sentencias de mayo 31 de 2011 y marzo 14 de 2013 (Miranda Acuña, 2017, p. 89).

El manejo del tema parece más uniforme y claro en lo contencioso administrativo. El propio Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia del 28 de marzo de 2012, resume su posición al respecto:

52 La jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia del 28 de septiembre de 2000, seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de 4 de noviembre de 2008 y la del 16 de junio de 2010, a la que debemos añadir la del 27 de octubre de 2010. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de down... En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales, pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y procede a la indemnización.

4.3. En Francia, el caso Perruche es emblemático. El 17 de abril de 1982 se diagnosticó rubeola a la hija mayor de la familia Perruche. Su madre, que se encontraba embarazada, presentó síntomas de rubeola el 10 de mayo de 1982. Ante los riesgos de que dicha enfermedad afectara al nasciturus, la gestante fue sometida a exámenes para determinar si estaba infectada o no. Un primer estudio dio negativo, mientras que el segundo test dio positivo; no obstante, se le notificó a la paciente que no estaba contagiada y que el feto estaba sano. La madre continuó el embarazo y dio a luz a Nicolas Perruche en 1983, un niño con severos problemas neurológicos y sensoriales que tenían origen en la rubeola no diagnosticada. Ella había dado a conocer su intención de interrumpir el embarazo si se confirmaba el diagnóstico de la enfermedad. Los padres demandaron en su propio nombre a los responsables del diagnóstico erróneo, sus pretensiones fueron admitidas y lograron ser indemnizados (*wrongful birth*). Posteriormente, procurando que Nicolas tuviera garantías de ser atendido toda la vida, los padres promovieron una demanda *wrongful life* en representación del hijo, que fue resuelta favorablemente por la Corte de Casación francesa el 17 de noviembre de 2000, en consideración de que el error de diagnóstico privó a la madre de ejercer su derecho a interrumpir el embarazo a fin de evitar el nacimiento del niño discapacitado, quien podía demandar la reparación del perjuicio de ser un incapaz (Medina, 2001, pp. 453-454 y Vicandi Martínez, 2013, pp. 44).

A este pronunciamiento le siguieron otros en los que eran admitidas las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful life*, lo cual desató una gran polémica. Hubo huelgas del personal médico-sanitario y protestas de asociaciones de familiares discapacitados. Los comités de ética instaban al deber de solidaridad frente a los discapacitados y al respeto a la libertad de decisión de la madre; además, la doctrina sometió a duras críticas la posición de la jurisprudencia. La magnitud de la repercusión del caso Perruche fue tal que en enero de 2002 el parlamento francés expidió la ley 2002-303, que, en concreto, rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de *solidarité nationale*. En cambio, acepta la demanda por lesiones prenatales directas y la de *wrongful birth* en reclamación de daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten (Macía Morillo, 2006, pp. 90-91).

4.4. En Italia el aborto embriopático sólo se permite cuando las malformaciones involucran un peligro grave para la vida o la salud física o psíquica de la madre, circunstancia que ha llevado al rechazo de las demandas por *wrongful birth*

fundamentadas en la libertad de autodeterminación de la mujer (Macía Morillo, 2006, pp. 77-78). En sentencia del 11 de mayo de 2009 la Corte de Casación italiana abordó un caso de daño prenatal causado a una mujer sometida a tratamiento de fertilidad, quien procreó un hijo con malformaciones causadas por un medicamento suministrado en virtud de dicho tratamiento; un riesgo del cual no fue advertida. Si bien los hechos no se refieren a un caso de wrongful birth, pues la causa de las lesiones del feto no estaba relacionada con defectos congénitos o de la concepción, sino con el suministro de un medicamento, la Corte advirtió que la falta de consentimiento informado con respecto a la interrupción voluntaria de la gravidez no puede dar lugar a la indemnización, sea en relación con el concebido, que nace con posterioridad con malformaciones, sea en relación con la madre gestante, todo ello porque no es configurable en el derecho italiano un derecho a no nacer sino sano (Míguez Núñez, 2011, p. 233).

Sin embargo, se conoce la sentencia del tribunal de Perugia del 7 de septiembre de 2008, en la que se reconoció «una indemnización por falta de preparación psicológica de los progenitores que habían recibido una información errónea durante el embarazo sobre el estado de salud del niño que habían concebido» (Macía Morillo, 2006, p. 78).

## 5. Análisis de la wrongful birth en el marco de la responsabilidad colombiana

La revisión del origen de la acción wrongful birth y sus casos de aplicación en derecho comparado permiten comprender que, en forma tradicional, su prosperidad se ha entendido vinculada al supuesto de viabilidad relativo a la privación de la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo, derivada del error de diagnóstico que no advierte a los padres oportunamente sobre los defectos congénitos del bebé que esperan. No obstante, consideramos que esa es una perspectiva restrictiva que no se acompasa con el reconocimiento de la información en materia reproductiva como derecho. Por tanto, en el presente trabajo queremos acoger la tesis más vanguardista, conforme a la cual la wrongful birth abarca también el daño causado al margen de la facultad de abortar, cuando los padres no son advertidos de la enfermedad congénita antes del nacimiento, debido a un proceder médico negligente, concretamente, por la infracción al deber de información que hace parte de la *lex artis*. Con el propósito de identificar si tales supuestos de esta reciente modalidad de reclamación pueden tener acogida en Colombia, donde hasta ahora no existe pronunciamiento de



alguna alta corte al respecto, pasaremos a analizar los elementos propios de la responsabilidad civil nacional, a saber, daño, culpa y nexos causal, anticipando desde ya que la acción wrongful birth tiene las puertas abiertas para ser recibida en nuestro país.

## 5.1. Daño

### 5.1.1. ¿Pérdida de oportunidad o lesión de un interés?

Acudiremos a la distinción entre las nociones de daño y perjuicio, pues resulta útil para los efectos prácticos de este trabajo. Por «daño» se entiende el hecho consistente en la afectación cierta, concreta, determinada o determinable de una situación jurídica protegida; y por perjuicio, la consecuencia del hecho dañoso, de tal manera que, «mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada». La utilidad de esta distinción permite comprender «con claridad una relación entre el daño –como hecho, como lesión– y el perjuicio –consecuencia del daño sobre la víctima–, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño» (Henaó, 1998, p. 77).

Con la figura conocida como «la pérdida de una oportunidad», quien sea demandante afirma que por no haber tenido la posibilidad u oportunidad se le causó el perjuicio; es decir, «la pérdida de la oportunidad» se plantea como causa del perjuicio (Henaó, 1998, p. 159). Podría, entonces, acudir a esta figura para explicar el daño en la acción wrongful birth. Sin embargo, debe entenderse por superada tal conexión. Mayoritariamente se acepta que los supuestos de wrongful birth no pueden asimilarse a los casos de pérdida de la oportunidad, por cuanto no se cumple con el requisito de la aleatoriedad del resultado, toda vez que tales situaciones dependen de la sola voluntad de la madre que, en caso de haber tenido la respectiva información, hubiese podido decidir si quería continuar o no con el embarazo (Giraldo, 2011, p. 64).

Del mismo modo, se tiene que la pérdida de la oportunidad se caracteriza por una imposibilidad de diagnóstico o tratamiento, motivado por el azar, de la que derivan importantes consecuencias para la salud del enfermo. Trasladando esta afirmación a la noción de wrongful birth, el escenario se complica porque 'el hecho beneficioso' o 'restablecimiento de la salud', debería equipararse al aborto (Arantzazu Vizcandi, 2013, p. 50).

Así pues, no es necesario ni adecuado acudir a la pérdida de oportunidad para comprender el daño en la modalidad de reclamación indemnizatoria analizada. Lo procedente es entender que en la acción wrongful birth el daño supone la privación a la mujer de la facultad de decisión sobre la interrupción del embarazo... la privación de la información necesaria para poder ejercitar la libertad de procreación o para conformar el supuesto de hecho a partir del cual se concede la facultad del aborto (Macía Morillo, 2006, p. 84).

Ahora, cuando la ley no habilita el aborto por malformaciones fetales o exige que las mismas sean incompatibles con la vida, consideramos, de todas maneras, que la falta de información a los progenitores sobre los defectos o anomalías del nasciturus también constituye daño, pues ello vulnera el derecho a la información en materia reproductiva.

Aplicando estas ideas al marco jurídico colombiano, conforme al cual el aborto eugenésico solamente es legal ante malformaciones congénitas incompatibles con la vida, planteamos que las fallas de información a los padres sobre el estado de salud del nasciturus puede dar lugar a dos clases de daños: (i) La lesión al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la malformación congénita del feto es letal; y (ii) la lesión al derecho a la información en materia reproductiva cuando la malformación congénita del feto no impide el desarrollo vital. Veamos la explicación de este planteamiento en detalle.

### 5.1.2. Daño por lesión al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo

En la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional despenalizó el aborto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en las siguientes circunstancias: (i) aborto terapéutico: «Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico»; (ii) aborto eugenésico: «Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico»; y (iii) aborto ético: «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».

Nótese que el aborto eugenésico no punible solamente es viable cuando las malformaciones del feto sean graves e incompatibles con la vida. Como tales, la ciencia médica ha identificado, por lo menos, las siguientes

enfermedades: síndrome de Potter/agenesia renal, anencefalia/acrania, trisomía 13 o 18, holoprosencefalia, algunos casos de síndrome de corazón izquierdo hipoplásico y pentalogía de Cantrell, enanismo tanatofórico, osteogénesis imperfecta severa, hidrocefalia congénita severa con ausencia o mínimo desarrollo cerebral, iniencefalia, triploidía, hidranencefalia, riñón multiquistico displásico, enfermedad renal poliquística, sirenomelia, acardia, craneorraquisquisis, exencefalia, casos severos de hernia diafragmática, casos severos de mielomeningocele, feto arlequín y síndrome de Meckel-Gruber (Rodríguez Díaz, 2015, p. 37).

Cuando estas malformaciones congénitas fatales no son advertidas a los padres durante el periodo de gestación, se presenta una lesión al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, categoría reconocida por la Corte Constitucional en varias sentencias de tutela, proferidas en desafortunados eventos en los que se ha impedido el aborto a pesar de la configuración de alguna de las causales de no punibilidad.

En Sentencia T-171 de 2007 la Corte Constitucional abordó por primera vez el caso de una mujer que se vio privada de la posibilidad de abortar. Muy a pesar de haberse establecido que el feto padecía de anencefalia y cardiopatías congénitas, malformaciones que hacían inviable su vida, la EPS no procedía con la interrupción voluntaria del embarazo expresamente solicitada por la gestante, quien acudió entonces a la tutela. Sin embargo, antes de emitirse la sentencia la mujer fue desembarazada de emergencia y efectivamente el bebé murió en breve; por tanto, la Corte se limitó a declarar la carencia actual de objeto. Poco a poco, el máximo Tribunal Constitucional asumió un rol activo en la defensa de los intereses en juego, impartiendo órdenes para hacer valer el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo pese a la configuración de un hecho superado. Fue así que, de solamente advertir a las EPS su deber de abstenerse de imponer obstáculos formales para la interrupción del embarazo en los casos despenalizados, la Corte pasó a condenar en abstracto a las entidades de salud a pagar los perjuicios causados al no permitir el aborto en las causales de despenalización previstas en la C-355 de 2006. Las pistas dejadas por la Corte al condenar en abstracto a una indemnización serán abordadas en este trabajo más adelante al analizar los perjuicios susceptibles de reparación.

En dichos pronunciamientos la Corte dejó clarísimo que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo tiene por sí mismo carácter fundamental, ya que hace parte de los denominados derechos reproductivos; puntualmente,

de la autonomía reproductiva, cuyo rango fundamental se había reconocido desde la sentencia C-355 de 2006. Por ende, si los padres no reciben antes del nacimiento información sobre una malformación congénita incompatible con la vida, se provoca un daño consistente en la lesión a su derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

En el comunicado de prensa n.º 42 de octubre 17 de 2018, que corresponde a la Sentencia SU-096 de 2018, se describe un nuevo caso de negativa de las entidades de salud a proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de configurarse las causales de aborto terapéutico y eugenésico certificadas por el médico tratante, debido a la holoprosencefalia diagnosticada al feto, situación que se superó solamente gracias al cumplimiento de la medida provisional impartida desde la admisión de la acción de tutela. Si bien la Corte Constitucional confirmó la carencia actual de objeto, aprovechó para emitir sentencia de unificación, evidenciando la necesidad de definir protocolos de diagnóstico y acompañamiento integral respecto de posibles peligros a la salud mental de las mujeres embarazadas que puedan configurar una causal de IVE, así como de información y acompañamiento a mujeres embarazadas, cuando de los exámenes médicos se detecte que el nasciturus puede padecer de algún tipo de malformación, pues pasados más de 10 años de la Sentencia C-355 de 2006 aún se siguen verificando trabas administrativas que malogran injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental a la IVE. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional suscitó una fuerte polémica promovida por quienes se oponen al aborto eugenésico aduciendo que enmascara un aborto discriminatorio. No obstante, el interés del presente trabajo no es entrar en el debate ético moral del aborto, sino evidenciar, jurídicamente hablando, que las malformaciones congénitas están relacionadas con la posibilidad de abortar legalmente en Colombia cuando son incompatibles con la vida del nasciturus o cuando sin serlo atentan contra la salud mental de la madre, y que si frustrar el ejercicio del derecho fundamental a la IVE por trabas administrativas genera una indemnización de perjuicios para los progenitores, igual debe suceder cuando la imposibilidad de abortar es producto de un error de diagnóstico que inadvierte sobre la malformación congénita letal.

### 5.1.3. Daño por lesión al derecho de información

Como se vio, en Colombia el aborto eugenésico solamente es legal cuando las malformaciones del feto son letales, es decir, cuando hacen inviable la vida.

Luego, cuando se trata de otros defectos congénitos que no son incompatibles con la vida, como, por ejemplo, el síndrome de Down, debe analizarse si el error de diagnóstico lesiona algún derecho protegido en el ordenamiento jurídico colombiano. Es importante resaltar que en España el aborto está autorizado legalmente ante malformaciones congénitas en forma abierta, es decir, no se exige que se trate de defectos fatales para permitir la interrupción voluntaria del embarazo; solamente se introduce un límite de tiempo. Es por ello que al revisar los pronunciamientos jurisprudenciales españoles encontramos que la mayoría de los casos versan sobre errores de diagnóstico prenatal relacionados con síndrome de Down, en los que los padres son indemnizados por la privación de su derecho a abortar.

En Colombia es diferente: Un error de diagnóstico prenatal que haga pasar inadvertidas alteraciones congénitas compatibles con la vida, como el síndrome de Down, la hidrocefalia, la espina bífida, entre otros, no configura daño por lesión al derecho fundamental a la interrupción del embarazo. La situación legal colombiana es similar a la italiana, donde el aborto sólo se permite cuando ponga en grave peligro la vida o la salud física o psíquica de la gestante. Sin embargo, ello no ha obstaculizado que en Italia se hayan otorgado judicialmente indemnizaciones por fallas de información sobre el estado del embrión o feto, no por lesión a la autodeterminación reproductiva de la mujer, sino porque el falso negativo genera falta de preparación psicológica de los progenitores que recibieron la información errónea durante el embarazo sobre el estado de salud del concebido. En Chile, donde igualmente sólo es viable el aborto terapéutico, los autores plantean que desde una lectura del daño como lesión a los intereses ha sido posible buscar un fundamento diferente para las demandas de wrongful birth y wrongful life, que no exija como requisito la posibilidad de abortar por parte de la mujer (Mondaca Miranda et al., 2015, p. 50).

También autores españoles plantean la posibilidad de demandar daños como esos en países que no reconocen el aborto:

La idea se justifica porque no se puede pretender iniciar una acción de wrongful birth ante un ordenamiento jurídico donde la interrupción del embarazo no sea posible, sino invocar perjuicios derivados de esta figura, como por ejemplo, el shock psicológico y la imprevisión económica. Esta reflexión se encuentra avalada por una resolución del Tribunal Supremo, la sentencia de 18 de diciembre de 2003, que sienta las bases de esta hipótesis (Vizcandi Martínez, 2013, p. 54).

En Colombia, autores destacan que «Los padres del futuro niño o niña tienen el derecho a ser informados por el profesional de la salud, acerca de los inconvenientes médicos que presente el nasciturus y que estén asociados a la genética» (López Oliva, 2015, p. 52), lo cual, en nuestro sentir, implica conocer oportunamente no sólo las malformaciones genéticas incompatibles con la vida que habilitarían el derecho a abortar, sino cualquiera otra condición clínica relevante –siempre que ello resulte posible conforme al estado actual de la ciencia– con el objetivo de prepararse moral y económicamente para el ejercicio de una maternidad y paternidad responsables.

Ahora, el artículo 10 de la ley 1715 de 2015 consagra como derechos de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud: mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante» y «obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se ha referido al derecho de información en materia de responsabilidad médica, señalando que: la ley le otorga al paciente el derecho a ser informado respecto de la dolencia padecida, esto es, saber a ciencia cierta cuál es el diagnóstico de la patología, como también a consentir o rechazar el tratamiento o la intervención quirúrgica ofrecida por el galeno. En ese orden de ideas, la información dada debe ser: i) veraz, en cuanto el médico no puede omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin de que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible.

Por tanto, es posible concluir que la gestante y su pareja tienen derecho a ser informados sobre el estado de salud del bebé que esperan, de manera que si los padres no reciben durante el periodo de gestación información sobre una malformación congénita compatible con la vida, aunque no se hubiese podido acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, se suscita un daño por lesión al derecho a la información, cuyas consecuencias, como se verá en el acápite de perjuicios, están relacionadas con el impacto moral y económico

de ser sorprendidos con la discapacidad que se hace manifiesta al momento del nacimiento.

### 5.2. *Culpa: distintas facetas de un error de diagnóstico*

Las hipótesis sobre el comportamiento médico-asistencial negligente en la acción wrongful birth, en la que el médico informa erróneamente o no informa, se han descrito de la siguiente manera: (i) el médico se equivoca en el diagnóstico, al efectuar una interpretación errónea de los resultados de las pruebas o exámenes, ocasionando que los padres reciban una información incorrecta. Se denomina falso negativo, pues el médico descarta por error la discapacidad que se hace manifiesta al nacer; (ii) el médico sí realiza un diagnóstico correcto, pero omite comunicarlo a los padres oportunamente durante el periodo de gestación; y (iii) el médico no aconseja o no advierte a los padres sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal, con lo cual el profesional no da lugar al diagnóstico pese a la posibilidad de obtenerlo (García Huayama, 2012, p. 7 y Paños Pérez, 2014, p. 4).

Nótese cómo la infracción al deber de información del personal médico-asistencial hacia los padres es clave en el elemento culpa de la responsabilidad. En Colombia, el deber de información propio de la relación médico-paciente está consagrado en la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica actualmente vigente en nuestro país. Así se sigue del artículo 10 que establece el deber médico de dedicar a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada y precisar el diagnóstico; igualmente, de los artículos 15 y 16, que regulan el consentimiento informado, en virtud del cual es deber del médico obtener el consentimiento del paciente para su tratamiento, explicándole los riesgos previstos; incluso, del artículo 18, que contempla el deber médico de informar tanto al paciente como a sus allegados si la situación médica es grave, «en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales o materiales».

En la Sentencia T-760 de 2008, en la que se reconoció expresamente la salud como un derecho fundamental, la Corte Constitucional enfatizó, en relación con la garantía de «conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios de salud con libertad y autonomía», que las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le

garantice en mayor medida su derecho. Las EPS tienen el deber de brindar a las personas la información que sea necesaria para que puedan saber cuál es el servicio de salud que requieren, cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, así como también, cómo acceder a los servicios de salud que requieren.

El segundo requisito de la responsabilidad civil en Colombia en la acción wrongful birth se verificará, entonces, 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.

### 5.3. *Nexo causal: un punto controversial*

Se ha explicado sobre este requisito en la responsabilidad médica que el nexo causal hace referencia a la relación que debe existir entre el comportamiento o conducta del agente y el resultado desfavorable producido; esta verificación causal debe hacerse a través de un estudio retrospectivo donde se tienen en cuenta los hechos acaecidos que se consideran han sido el antecedente de la consecuencia producida, teniendo siempre presente que en este proceso cada antecedente es un eslabón más de la cadena causal que ha intervenido en la generación del hecho que se investiga.

62 Todo ello con el objetivo de «establecer una relación entre la conducta asumida por una persona y las consecuencias de sus actos», es decir, «una conexión necesaria de causa-efecto». De manera que si se logra constatar que la acción del sujeto que se investiga es adecuada, o, en otras palabras, regular, normal y ordinariamente tiene la virtualidad de producir el daño que la víctima padeció, se habrá establecido jurídicamente el nexo de causalidad, no simplemente desde una perspectiva física, sino desde el ámbito jurídico de la adecuación (Giraldo, 2009, p. 32).

Comprendiendo esto, podemos decir que este requisito, en materia de wrongful birth, consiste en acreditar que existe una relación de causalidad entre la culpa médica –error de diagnóstico– y el daño –la lesión al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, o al derecho a la información de los padres, según se trate de una malformación congénita letal o de una malformación congénita



compatible con la vida—. Uno de los aspectos más controversiales en la acción wrongful birth –desde su perspectiva restrictiva, es decir, sujeta al supuesto de viabilidad de abortar– ha sido precisamente el nexo causal. Se ha dicho, para descartar la indemnización de perjuicios materiales en la acción wrongful birth, que la relación de causalidad se quiebra por la imposibilidad de determinar si la madre efectivamente hubiera abortado en el evento de haber recibido el diagnóstico adecuado; es lo que se conoce como cursos causales no verificables.

A partir de las respuestas jurisprudenciales existentes en derecho comparado puede detectarse que la discusión parece, en todo caso, inclinarse a favor de la prosperidad de la wrongful birth, acudiendo, principalmente, al entendimiento de que el daño no está constituido por el hecho del nacimiento, sino por la privación del derecho a abortar. En nuestro concepto, es viable acoger en Colombia la solución finalmente adoptada en forma estable en la jurisprudencia española, donde por wrongful birth se indemnizan tanto daños extrapatrimoniales como patrimoniales. Dicha solución consiste en entender que los perjuicios de carácter material se restringen al sobrecosto que para los padres implica la asistencia médica y sanitaria del hijo, gastos extra que pueden razonablemente identificarse como consecuencia de la lesión al derecho a abortar.

La doctrina ha comprendido al respecto que, por ese sendero, la jurisprudencia española ha aplicado la tesis alemana de la conducta alternativa conforme a derecho, que consistiría, palabras más, palabras menos, en que si el médico alega que aun de haber suministrado la información correcta sobre el estado de salud del nasciturus el resultado hubiese podido ser el mismo, pues la madre podría no haber abortado, tendrá que ser él quien demuestre que de haber proporcionado la información la madre gestante no habría abortado, lo cual compartimos íntegramente para ser aplicado en el derecho colombiano, pues no sería plausible permitir al médico beneficiarse de su infracción al deber de información y librarse de las consecuencias imponiendo a los padres una prueba diabólica.

Cabe destacar que, al ser el daño la lesión al derecho fundamental a la IVE, los gastos extraordinarios que demande la salud del recién nacido no se extenderían sino por el breve lapso que sobreviva, pues debe recordarse que en Colombia el aborto eugenésico sólo es viable cuando la malformación congénita es incompatible con la vida, circunstancia que constituye un elemento fuerte de persuasión para concluir que de haber conocido el diagnóstico sobre la malformación letal, los padres hubiesen hecho uso de la potestad de interrumpir el embarazo, sin necesidad de trasladarles la carga de probarlo.

Lógicamente, cuando el daño no consiste en la lesión al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, sino en la lesión al derecho a la información de los padres, la relación causal persigue conectar el error de diagnóstico con un daño diferente. Por tanto, las consecuencias indemnizables no podrán provocar el mismo espectro en lo patrimonial, es decir, no podrán involucrar todo ese sobreprecio extraordinario propio de ser discapacitado, sino que quedarían restringidas al perjuicio directamente relacionado con la falta o la deficiencia de información, como trataremos de plantear en el punto de los perjuicios y su reparación.

## 6. Perjuicios y reparación por wrongful birth en Colombia

Los elementos daño, culpa y nexo causal son elementos objetivos para hacer nacer la obligación resarcitoria por wrongful birth. Los perjuicios indemnizables dependerán de cada caso concreto. A continuación, intentaremos realizar una aproximación a los perjuicios que pueden invocarse, a la luz del principio de reparación integral de que trata el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

### 6.1. Perjuicios extrapatrimoniales

Se configuran cuando las consecuencias del hecho dañoso se materializan en el ámbito puramente extrapatrimonial; es decir, involucran afectación a derechos o intereses desprovistos de equivalencia económica en el mercado y, por tanto, su tasación opera arbitrio iudice, bajo criterios razonables que permitan determinar la suma adecuada para consolar a la víctima por la afectación de un bien inestimable en dinero.

#### 6.1.1. Daño moral

Este daño ha sido entendido como la lesión a la esfera interna del individuo, consistente en la perturbación anímica, el sufrimiento espiritual, la congoja, la aflicción, la pena, la angustia, la zozobra, la desolación o la impotencia que afectan los sentimientos de una persona.

Consideramos que tanto la privación del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo –cuando la malformación es letal y hace viable el aborto– como el desconocimiento del derecho a la información –cuando la lesión del nasciturus es compatible con la vida y ello impide abortar legalmente– provocan una perturbación anímica y un sufrimiento moral para los padres, pues el error de diagnóstico prenatal traslada el momento del conocimiento

de la discapacidad incurable de su hijo hasta la fecha del nacimiento, lo cual supone un impacto psicológico que deberá ser indemnizado de acuerdo con la intensidad en que se manifieste en cada caso concreto.

Al rastrear lo sucedido con el cumplimiento de las sentencias de tutela en las que la Corte Constitucional condenó en abstracto a las entidades de salud que frustraron el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, logramos verificar que en el auto de seguimiento 279 proferido el 24 de septiembre de 2009 respecto de la Sentencia T-209 de 2008, donde se condenó a Coomeva por privar a una menor de edad, que había sido accedida carnalmente, de interrumpir voluntariamente el embarazo producto de dicho delito, el Tribunal Administrativo del Norte de Santander impuso por daño moral una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

### 6.1.2. Daño a la vida de relación

Cabe recordar que este perjuicio como categoría autónoma de perjuicio extrapatrimonial fue reconocido primero por el Consejo de Estado, inicialmente con la denominación de «perjuicio fisiológico», luego con la de «alteración a las condiciones de existencia». Lastimosamente, cuando la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia había dado el paso de reconocer, además del perjuicio moral, la autonomía del daño a la vida de relación como aquel que afecta la esfera exterior de la persona dada la dificultad de relacionarse normalmente con las personas y con las cosas con ocasión del hecho dañoso, el Consejo de Estado imprimió un nuevo giro al manejo de los perjuicios inmateriales para sostener que se limitan al daño moral, al daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) y al daño a un derecho o interés legítimo constitucional o convencionalmente protegido, con lo cual desaparecería del mapa de perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción contencioso-administrativa la denominación de «daño a la vida de relación», con la posibilidad de entenderlo subsumido en el perjuicio fisiológico que hace parte del derecho a la salud.

Al margen de la denominación que pueda darse en ambas jurisdicciones – ordinaria y contencioso-administrativa–, en nuestro sentir, en los supuestos de wrongful birth el daño a la vida de relación tiene una importancia sin igual en Colombia, pues en la Sentencia T-841 de 2011 la Corte Constitucional condenó en abstracto a las entidades de salud que impidieron el ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo a indemnizar los perjuicios causados, ordenando tener en cuenta el daño a la salud mental y el daño al

proyecto de vida. Este daño al proyecto de vida ha sido referido por la Corte Interamericana como la frustración de las expectativas de realización personal que afecta en forma sustancial la vida del individuo. A partir de tal entendimiento del daño al proyecto de vida se ha considerado que «éste cabría en la noción de daño a la vida de relación aceptada por la jurisprudencia colombiana», pues existe similitud «en el sentido de que se trata de un daño no patrimonial a la vida exterior... se trata de modificaciones al entorno objetivo de la víctima y de la relación de esta con aquél» (M'causland Sánchez, 2008, p. 141).

Así las cosas, consideramos que el daño a la vida de relación puede reconocerse por wrongful birth en Colombia cuando, a pesar de que la malformación congénita habilita la interrupción voluntaria del embarazo, el error de diagnóstico prenatal impide el ejercicio de ese derecho, y la privación repercute de manera negativa y significativa en el proyecto de vida de la gestante.

Un caso que puede servir de ejemplo para el análisis de este perjuicio es el denunciado por la peruana Karen Llantoy Huamán ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entidad que en decisión del 24 de octubre de 2005 dictaminó que existió una vulneración a los derechos contemplados en los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, por tanto, ordenó a Perú proporcionar a la víctima un recurso efectivo que incluya una indemnización, así como adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro. Siendo menor de edad, Karen Llantoy Huamán quedó embarazada en marzo de 2001. Una ecografía practicada en junio de 2001 reveló que se trataba de un feto anencefálico, enfermedad reconocida por la ciencia médica como una malformación congénita letal, y aunque el médico tratante le recomendó interrumpir la gestación por el riesgo que implicaba a su propia vida, el director de la entidad hospitalaria impidió el legrado uterino considerando que no estaba acreditado el supuesto para permitir el aborto terapéutico –para salvar la vida de la madre, el único permitido en Perú–, por lo que se vio obligada a llevar a término su embarazo, dar a luz una niña anencefálica y amamantarla los escasos 4 días que logró sobrevivir; todo ello a pesar de los conceptos médicos que advertían que la continuación del embarazo solamente prolongaría la angustia y la inestabilidad mental de la menor, a quien luego se le diagnosticó depresión severa. Transcurrió casi una década sin que el Estado peruano acatara el dictamen del comité, lo que llevó a que el procurador público promoviera una acción constitucional de amparo, decidida en primera instancia a finales de 2014, reconociendo el derecho de

Karen a recibir del Ministerio de Salud una indemnización por el daño causado; prestación que se fijaría en la fase de ejecución de la sentencia.

Trasladando el caso de Karen Llantoy a un supuesto de wrongful birth en Colombia, sería necesario que existiera un error de diagnóstico prenatal, en virtud del cual la anencefalia, enfermedad congénita catalogada como letal, hubiese pasado inadvertida, privando a la madre de la posibilidad legal de interrumpir el embarazo. Modificando ese ingrediente fáctico puede advertirse que si la repercusión a la estabilidad mental de la madre es tal que trasciende su esfera interna y afecta su relación con el mundo exterior, con las personas y con las cosas, sería viable reclamar una indemnización por daño a la salud –perjuicio fisiológico en la denominación usada por el Consejo de Estado– o por daño a la vida de relación –en la denominación usada por la Corte Suprema de Justicia–.

No sería tan sencillo construir la viabilidad de esta clase de perjuicio cuando el aborto no estuviera habilitado por tratarse de una malformación congénita compatible con la vida, pues si bien la crianza de un hijo discapacitado implica sobreesfuerzos, debe recordarse que el perjuicio es consecuencia directa del daño, y si este no es la privación de la potestad de interrumpir el embarazo, sino solamente la lesión al derecho a la información, difícilmente podría constituirse una relación directa entre la falla informativa y la alteración de las condiciones de existencia con la magnitud propia del perjuicio a la vida de relación.

Al rastrear lo sucedido con el cumplimiento de las sentencias de tutela en las que la Corte Constitucional condenó en abstracto a las entidades de salud que frustraron el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, logró verificarse que en el auto de seguimiento 279 proferido el 24 de septiembre de 2009 respecto de la Sentencia T-209 de 2008, donde se condenó a Coomeva por privar a una menor de edad que había sido accedida carnalmente de interrumpir voluntariamente el embarazo producto de dicho delito, se dejó constancia de que el Tribunal Administrativo del Norte de Santander impuso por daño a la vida de relación una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

67

### 6.1.3. Daño a derechos convencional y constitucionalmente amparados

El Consejo de Estado fue el pionero del reconocimiento de este perjuicio como categoría autónoma dentro de los perjuicios extrapatrimoniales tradicionales,

lo cual fue acogido pronto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Paradójicamente, en sentencia del 5 de diciembre de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver un caso de wrongful conception, concluyó que, si bien estaba comprometida la libertad reproductiva, garantía constitucional y convencionalmente protegida, lo cual produjo un daño material indemnizable, optó por compensarlo «a través de una categoría de daño moral que excluye otro tipo de reconocimiento pecuniario del daño inmaterial, por estimarse suficiente». Consideramos que tal conclusión resulta muy desafortunada, pues la evolución de la tipología de perjuicios identificados como daño a la persona tendía a la consolidación de la autonomía que debe darse a la vulneración de derechos que gozan de especial protección constitucional a la hora de concretar la indemnización de perjuicios. Proceder en contrario es desandar los pasos dados en materia de reparación integral.

En nuestro sentir, la vulneración del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, así como la vulneración del derecho de información del paciente cuando la malformación no habilita el aborto, derivadas ambas del error de diagnóstico prenatal, deben ser indemnizados a los padres como perjuicio independiente al daño moral y al daño a la vida de relación.

## 6.2. Perjuicios patrimoniales

Son aquellos que tienen como fin remediar el detrimento económico que sufre la víctima.

68

### 6.2.1. Daño emergente

Se ha entendido por tal la pérdida económica en que incurre la víctima con ocasión del hecho dañoso. Dicho de otra manera, consiste en el gasto o las erogaciones, consolidadas o futuras, que debe asumir la víctima como consecuencia del daño.

Cuando el daño corresponde a la privación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, consideramos que el daño emergente debe reconocerse para indemnizar: (i) los gastos médicos del embarazo, (ii) los gastos de la atención médica y cualquier otra atención especial que demande el hijo nacido con la malformación congénita durante el breve lapso de supervivencia, y (iii) los gastos de la atención psicológica o psiquiátrica que requieran los padres.

Así se desprende de las condenas en abstracto efectuadas por la Corte Constitucional en los casos de privación ilegítima del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. En la Sentencia T-841 de 2011 se condenó en abstracto a la EPS involucrada, cuya identidad fue omitida, a: i) pagar «el daño emergente y todos los demás perjuicios causados por la negativa ilegítima a la interrupción voluntaria del embarazo», ii) brindar a la madre todos los servicios médicos que requiera con ocasión del nacimiento, propios de su salud tanto física como mental, y iii) brindar toda la atención en salud al hijo. A su vez, en la Sentencia T-301 de 2016, se condenó en abstracto a la EPS Saludcoop a: i) brindar al hijo discapacitado por hidrocefalia el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías, medicamentos, transporte, pañales o alimentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, además del acompañamiento de personal especializado para cada una de los procesos mencionados anteriormente, a pesar de que éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en la forma y términos indicada por su médico tratante y ii) autorizar y efectuar el tratamiento psicológico o psiquiátrico requerido por la madre en forma integral.

La jurisprudencia española es uniforme al considerar como gastos indemnizables por wrongful birth los gastos extraordinarios derivados de la enfermedad o de la discapacidad del hijo cuando los padres son privados de la posibilidad de abortar, planteamiento que consideramos se acompasa totalmente con los lineamientos dados por la Corte Constitucional en las sentencias citadas, sin que puedan entenderse limitados a la atención médica, pues también existen costos extraordinarios de crianza, relacionados, por ejemplo, con adaptación de la vivienda o de un vehículo para desplazarse, aunque difícilmente ello alcanzaría a tener lugar, pues, se reitera, si el daño que se estudia es la privación del derecho a la IVE, se presupone que el recién nacido vivirá muy poco, ya que su malformación congénita ha de ser incompatible con la vida.

Cuando el daño corresponde a la lesión al derecho a la información de los padres, consideramos, acogiendo la doctrina española (Vicandi Martínez, 2013, p. 51), que el daño emergente debe reconocerse para indemnizar: (i) el incremento proporcional de gastos añadidos por la falta de previsión, ya que la condición especial de salud del hijo sólo es conocida al momento del alumbramiento o escasos días antes; por tanto, los padres se ven sorprendidos económicamente al tener que asumir de manera inmediata el costo de necesidades

adicionales a las normales que conlleva un hijo sano. Y (ii) los gastos de atención psicológica que requieran los padres para hacer frente al shock que sufren al descubrir la enfermedad congénita de su hijo en la culminación del parto. Suponemos, por ejemplo, que el personal médico-sanitario responsable de la falla en la información a los padres asuma, durante un periodo que sea fijado prudentemente por el fallador de acuerdo a las circunstancias de cada caso, las consecuencias pecuniarias de la imprevisión tanto económica como psicológica.

Cualquiera que sea el daño, esto es, ya por privación al derecho de abortar, ya por lesión al derecho de información de los padres, estimamos que si se ofrece dificultad para determinar la suma de dinero que cubra los gastos tanto presentes como futuros a indemnizar por concepto de daño emergente, resulta posible reemplazar la obligación resarcitoria de dar una suma de dinero por una obligación de hacer que consista en garantizar la prestación del tratamiento médico al hijo y del tratamiento psicológico a los padres, hasta cuando deban prestarse bajo las condiciones explicadas antes para cada modalidad.

### 6.2.3. Lucro cesante

Se entiende por tal la ganancia o provecho que deja de recibirse con ocasión del daño. No encontramos que este concepto haya sido tenido en cuenta por la Corte Constitucional al referir los lineamientos en las condenas que ha impuesto en abstracto por la privación del derecho a abortar. El derecho comparado tampoco da cuenta de que este tipo de perjuicio sea normalmente reconocido en las indemnizaciones por wrongful birth. Sin embargo, consideramos que, si cuando el daño es la privación del derecho a abortar resulta de acogida la reparación del daño emergente relacionado con los gastos extraordinarios derivados de la atención que demanda el hijo discapacitado, por lo menos durante el lapso de supervivencia, en caso de que, por ejemplo, la madre deba retirarse de su empleo para dedicarse al cuidado del hijo enfermo, o se verifique una incapacidad laboral de los padres relacionada con la afectación psicológica derivada de la privación de la posibilidad de abortar o de la falta de información del estado de salud del nacido, nada obstaculizaría acceder a la indemnización por lucro cesante.



## 7. Quiénes pueden demandar y ser demandados en Colombia por wrongful birth

### 7.1. Legitimación activa

¿Sólo la madre? ¿Sólo los padres? ¿Es posible extender la legitimación por activa al núcleo familiar cercano?

Se ha entendido, de manera unánime, que la acción por wrongful birth, cuando implica la privación de la interrupción voluntaria del embarazo, ha de promoverse por la madre o conjuntamente por ambos padres, mas no por el padre en solitario, debido a que el aborto legal involucra necesariamente la voluntad de la madre y constituye un derecho personal intransferible. Menos pacífico es el tema de la legitimación por rebote, para permitir que las personas que integran el núcleo familiar cercano sean demandantes en esta clase de reclamación judicial. Sin embargo, se tiene registro de que el Tribunal Supremo español, en sentencia del 18 de mayo de 2006, reconoció daño moral a la hermana del nacido con discapacidad por síndrome de Down (Soria Pérez, 2016, p. 34). En Colombia, la legitimación por activa en casos de responsabilidad médica está reconocida a personas cercanas a la víctima directa del hecho dañoso; no obstante, normalmente el daño consiste en muerte o lesión a la integridad del paciente, entre tanto en la acción por wrongful birth, conforme hemos planteado, el daño consiste en la privación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o en la afectación del derecho a la información de los padres, luego, la situación varía. En nuestro criterio, es viable que la legitimación por activa se extienda al núcleo familiar cercano de los padres afectados, pues la expectativa que surge con un embarazo, con la espera de un nuevo integrante de la familia, no sólo es propia de la madre gestante y su pareja, sino también de quienes vendrían a ser los abuelos o los hermanitos del nuevo ser, personas que, razonablemente, en virtud del vínculo familiar, pueden llegar también a sufrir un impacto psicológico por la sorpresa de recibir un pariente discapacitado cuando se esperaba que naciera sano, sufrimiento propio que, en consecuencia, los habilitaría para ser indemnizados por daño moral.

### 7.2. Legitimación pasiva

¿Sólo el médico? ¿El médico y la EPS? ¿El médico, la EPS y su IPS?

De manera muy clara la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado el panorama de la responsabilidad directa en los casos de responsabilidad médica

en el marco del sistema general de seguridad social en salud que rige en el país. Es así que en sentencia del 30 de septiembre de 2016 expuso que tanto las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud como los profesionales que fungen como agentes suyos, están cada vez más inmersos en un contexto de responsabilidad, porque entre mayor es el saber científico, la actualización de los conocimientos, el poder de predicción de los resultados y el dominio de las consecuencias, se incrementa el grado de exigencia ética y jurídica que se hace a las empresas y agentes prestadores del servicio de salud, no obstante, advirtió que el juicio de reproche puede recaer sobre la organización; sobre uno o algunos de sus elementos humanos; sobre la organización y uno o alguno de sus elementos, en forma solidaria cuando se cumplen los presupuestos del artículo 2344 del Código Civil; o no recaer sobre ninguno de ellos, según las circunstancias del caso.

De acuerdo con esta sentencia, 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 nexa con el hecho dañoso.

72

## Conclusiones

La acción wrongful birth es conocida mundialmente como la reclamación judicial promovida por los padres para obtener la indemnización de los perjuicios derivados del error de diagnóstico prenatal, en virtud del cual no son informados oportunamente de las anomalías congénitas del nasciturus, lo que los privaría de acudir al aborto. En su perspectiva tradicional, la prosperidad de esta acción se enlaza a la habilitación legal de la interrupción voluntaria del embarazo ante malformaciones congénitas. Sin embargo, tal exigencia está siendo revaluada, a efectos de permitir a los padres acceder a la reparación de todos los perjuicios derivados de la falta de información oportuna, al margen de la facultad de abortar.

En Colombia no existen, a la fecha, pronunciamientos de altas cortes por wrongful birth. Por ello, nos planteamos en este trabajo la necesidad de estudiar

la viabilidad de esta acción en nuestro país. A partir de la C-355 de 2006, sentencia de constitucionalidad que dispuso la despenalización del aborto en tres circunstancias específicas, a saber, el peligro para la vida o la salud de la madre, el embarazo producto de delitos sexuales y las malformaciones incompatibles con la vida, surgió una línea jurisprudencial en la Corte Constitucional, consistente en la condena abstracta en perjuicios a las entidades de salud que frustraron el ejercicio al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en alguna de las tres circunstancias de despenalización. Esto nos permitió identificar que un error de diagnóstico prenatal, en la medida que frustre el derecho a la IVE, igualmente activaría el derecho a una reclamación judicial por perjuicios.

De otro lado, teniendo en cuenta que la despenalización del aborto sólo procede en casos de malformaciones incompatibles con la vida, quisimos indagar si aun en caso de defectos congénitos no letales, un error de diagnóstico podría generar una indemnización de perjuicios al margen de la facultad de abortar, sendero por el cual, ante la tutela del derecho a la información del paciente, podemos señalar que no comunicar oportunamente a los padres la enfermedad congénita, pese a que la ciencia médica permite acceder al diagnóstico, igualmente provoca una lesión al derecho a la información susceptible de ser indemnizada.

Así las cosas, concluimos que la acción wrongful birth está llamada a la prosperidad en Colombia, no sólo cuando la malformación congénita es incompatible con la vida, y por tanto es legal el aborto eugenésico, sino también cuando se trata de anomalías no letales, por cuanto en nuestro país está protegido tanto el derecho fundamental a la interrupción del embarazo ante enfermedades congénitas mortales, como el derecho fundamental a la información del que son titulares los padres en relación con el estado de salud del hijo que esperan. En consecuencia, la comprobación del error de diagnóstico prenatal susceptible de un reproche culpabilístico, que prive a los padres de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, o que comprometa su derecho fundamental a la información, habilitan, según el caso, la reclamación judicial por los perjuicios causados, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

La indemnización de perjuicios dependerá de cada caso concreto. Sin embargo, anticipamos lógico que el espectro de reparación sea más amplio cuando se trata de la privación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, pues en tal evento sería más fácil la construcción de perjuicios inmateriales más allá del moral y de la lesión al derecho constitucionalmente protegido, como el daño a la vida de relación; a su vez, se entiende procedente

el daño patrimonial relacionado con el sobrecosto de la atención especial demandada por el hijo durante el lapso de supervivencia. Entre tanto, cuando se trata de la lesión al derecho a la información, la indemnización estaría restringida al shock psicológico de la sorpresa del nacimiento del hijo discapacitado y a la imprevisión económica, esto es, a la falta de preparación moral y económica para hacer frente a la paternidad del hijo con limitaciones congénitas.

Ahora, estimamos que la reclamación judicial por wrongful birth puede ser promovida no sólo por los padres, en su calidad de titulares de los derechos lesionados, sino también por los integrantes más cercanos del grupo familiar, quienes, al verse también impactados por la sorpresa de recibir al nuevo miembro de la familia en condiciones de discapacidad, igualmente tienen derecho a un resarcimiento por el perjuicio inmaterial. A su vez, tanto los facultativos, como las EPS y sus IPS serán los llamados a resistir la demanda, sin que nada obste para que, conforme al debate probatorio durante el curso del proceso, puedan exonerarse conjuntamente o en forma individual, bien por ausencia de culpa del personal médico o ausencia de culpa organizacional, o bien por configuración de alguna de las circunstancias que rompen el nexo causal, como fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

No hay duda, pues, de que la acción wrongful birth sí puede ser acogida en Colombia. Es una acción que pueden promover los padres y los miembros más cercanos del grupo familiar para obtener de los médicos o las entidades de salud que prestan la atención médica durante la gestación la indemnización integral de los perjuicios suscitados cuando un error de diagnóstico prenatal lleva a no advertir oportunamente de las malformaciones congénitas del nasciturus. El debate ético-moral que ha rodeado desde su aparición a esta modalidad de reclamación indemnizatoria constituye, en nuestro sentir, la dificultad más grande que enfrenta la acción wrongful birth para abrirse camino en nuestro país. Sin embargo, consideramos que el avance de la ciencia médica hace legítima la apertura de nuevos conceptos indemnizatorios, con lo que se hace necesario un activo rol judicial para leer la realidad actual en clave del principio de reparación integral y, por ende, del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

## Bibliografía

- Arnau, S. (2012). Del aborto eugenésico al aborto post parto. *Dilemata*, año 4, (9), pp. 193-223.
- Casini, C. (2004). «Interrupción voluntaria del embarazo». *Lexicón* (Madrid: Palabra): pp. 643-652.
- Buchely, L., y Castro, M. (2013). La reforma pensional y las mujeres: ¿Cuándo será que dejarán de ‘hacernos el favor’?. *Precedente. Revista Jurídica*, 2, 205-226.
- Di Nasso, P. (2010). *Mirada histórica de la discapacidad*. Fundación Cátedra Iberoamericana. Universitat de les Illes Balears.
- Echeverry Enciso, Y. (2013). El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 3, 213-254.
- Elizari, L. (2009). El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life. *Premio Derecho y Salud 2009*, pp. 1-25.
- Galán Cortes, J. C. (2005). *Responsabilidad Civil Médica*. Navarra, España: Editorial Aranzadi.
- Galán, J. C. (2008). Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 76, 279-290.
- García, J. C. (2012). Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: Las acciones por wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta). *Revista Derecho y Cambio Social*, año 9, (29), 1-19.
- Giraldo, L. F. (2009). La relación de causalidad en los procesos de responsabilidad civil médica profesional. *RML*, año XV, (1). Recuperado en: <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2010/VolXV/No1/28-37.pdf>
- Giraldo, L.F. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán D. E. y Chaparro, N. (2015). Los remedios que da el derecho. El papel del juez constitucional cuando la interrupción voluntaria del embarazo no se garantiza. *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia*. Disponible en [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_794.pdf?x54537](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_794.pdf?x54537)

- Henao, J. C. (1998). El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Koitech, M. (2015). Wrongful Adoption: Una hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia. *Revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia*, (28), 437-453.
- López, J. L. (2015). La teoría de la vida como daño en la responsabilidad médica en Colombia. Los aportes y vacíos de la corriente principalista en las tensiones generadas con la aplicación de esta teoría. *Advocatus*, 12, (25), 45-69.
- Macía, A. (2011). El tratamiento de las acciones wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. *RJUAM*, (23), pp. 83-98.
- Macía, A. (2006). Una visión general de las acciones de responsabilidad civil por wrongful birth y wrongful life y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico. *AFDUAM*, 10, 90-91.
- M'causland, M. C. (2008). Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martin Casals, M. y Solé Feliu, J. (2004). Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar. *Working paper*, (217).
- 76 Medina, G. (2001). Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de jurisprudencia norteamericana y reseña de jurisprudencia francesa. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, pp. 429-456.
- Medina, G. (2008). Wrongful birth: responsabilidad por nacer enfermo. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Español. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año X, (9), pp. 93-104.
- Míguez, R. (2011). Daño prenatal y el derecho a nacer sano (Corte Suprema de Casación Italiana 11 de mayo de 2009 N.º 10741). *Revista chilena de derecho privado*, (17), 227-238.

- Miranda, J. R. (2017). Responsabilidad patrimonial por wrongful conception, wrongful birth y wrongful life (Tesis doctoral presentada ante la Universidad Complutense de Madrid, España).
- Mondaca, A., Aedo, C. y Coleman, L. (2015). Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el derecho chileno. *Revista Ius et praxis*, 21, (1), 19-56.
- Pacheco, M. N. (2011). Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica. Documentos de trabajo. Seminario permanente de ciencias sociales (Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad Castilla de la Mancha), pp. 1-16
- Paños, A. (2014). Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life. *Diario La Ley*, año XXXV, (8396).
- Pérez, A. (2001). Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad. *Revista de administración pública*, (154), 47-61.
- Robledo, P. y Roa, J. E. (2012). La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2011: Hacia un concepto de familia incluyente: La vis expansiva del derecho a la interrupción del embarazo y la acción pública de constitucionalidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 553-589.
- Rodríguez, R. N. (2015). Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado. *Dilemata*, año 7, (17), 23-50. Disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/download/345/360/>
- Romero, A. M. (2010). Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista crítica de derecho inmobiliario*, (722), 2559-2608.
- Soria, E. M. (2016). La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. *Revista de la Asociación Española de Abogados en Responsabilidad Civil y Seguros*, (59), 27-42.
- Vicandi, A. (2013). El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. *REDS*, (3), 40-59.

## **Jurisprudencia**

Sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998, correspondiente al caso Loayza Tamayo vs. Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **Corte Constitucional de Colombia**

C-355 de 2006

T-171 de 2007

T-988 de 2007

T-209 de 2008

T-946 de 2008

T-841 de 2011

T-301 de 2016

SU-096 de 2018

## **Consejo de Estado de Colombia**

Sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 41262, rad. 2009-00051-01, M.P. Ramiro Pozos Guerrero.

Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala plena, Exps. 19031 y 3822 M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

## **Corte Suprema de Justicia de Colombia**

Sentencia del 24 de mayo de 2017, exp. 2006-234, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Casación Civil de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01.

Sentencia del 13 de mayo de 2008, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Cesar Julio Valencia Copete, exp. 1997-09327-01.



Sentencia del 5 de agosto de 2014, en el radicado 2003-00660-01, con ponencia de Ariel Salazar Ramírez.

Sentencia del 30 de septiembre de 2016, M.P. Ariel Ramírez Salazar, exp. 2005-00174.

### **Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Colombia**

Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia del 29 de julio de 2014, exp. 2013-00113-01, M.P. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 4 de septiembre de 2013, exp. 2002-00173-01, M.P. María Josefina Ibarra Rodríguez.