

**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PREJUICIOS EN LA ACCIÓN DE
WRONGFULBIRTH**



CORPORACION UNIVERSITARIA
AUTONOMA
DEL CAUCA

Sandra Rocío Toro Polania

Daniela Torres García

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

Facultad de Ciencias Sociales y Políticas

Derecho

Popayán, 2016

***INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PREJUICIOS EN LA ACCIÓN DE
WRONGFULBIRTH***



CORPORACION UNIVERSITARIA
AUTONOMA
DEL CAUCA

Sandra Rocío Toro Polania
Daniela Torres García

Asesor(a):
Dr. Patricia López Carrera

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca
Facultad de Ciencias Sociales y Políticas
Derecho
Popayán, 2016

Nota De Aceptación.

La directora y los jurados han leído y aprobado la presente monografía mediante la revisión y sustentación del documento investigativo desarrollado por parte de las estudiantes pertenecientes al programa de Derecho, Daniela Torres García y Sandra Toro Polania.

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Firma de la Directora

Popayán, 17 de Abril de 2017.

Agradecimientos.

Agradezco enormemente el incondicional apoyo de mi madre Lucelida Polania que con su amor y consejos supo motivarme siempre en la realización de este proyecto investigativo.

A mis seres queridos por su constante ánimo y aportaciones en el desarrollo del trabajo de investigación.

Y sobre todo a mi compañera Daniela Torres García por hacer posible esta ardua y hermosa labor académica a su lado, gracias a todos.

Sandra Rocio Toro Polania

Agradezco a Dios por su muestra de obstáculos que me hicieron una mujer fuerte y constante.

A mi madre, quien es mi mejor amiga, gracias por enseñarme el don que tiene la sonrisa y también por creer en mi e impulsarme con tu sabiduría para hacer lo que amo, "juntas por siempre".

A mi abuelo, un ser inteligente a quien admiro y que mediante sus consejos siempre estuvo ahí para apoyarme en cada situación.

A mi abuela, que desde el cielo me cuida y a quien le debo gran parte de mi existencia.

A mi pareja, quien me apoyo con paciencia en algo tan valioso como lo es nuestro tiempos juntos, por el sueño de cumplir esta meta en mi vida.

A mi compañera en esta investigación, por su amistad, dedicación e inteligencia.

Daniela Torres García

Y juntas agradecemos a nuestros dos directores en esta investigación, Dr. William Ordoñez y Dra. Patricia Lopez; por su apoyo constante, profesionalismo y guía.

Contenido

	Pág.
Resumen _____	7
Abstract _____	9
Introducción _____	10
Aclaraciones preliminares _____	13
1. INFORMACIÓN ESPECIAL DEL PROYECTO _____	13
1.1 Problema Jurídico de Investigación: _____	13
2. MARCO TEÓRICO _____	16
2.1. Estado del Arte: Acción de <i>Wrongful Birth</i> : _____	16
3. JUSTIFICACIÓN _____	19
4. OBJETIVOS _____	22
4.1. Objetivo General: _____	22
4.2. Objetivos Específicos: _____	22
CAPITULO I: CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS DEL TEMA. _____	23
1. Concepto y alcance en la acción de <i>Wrongful Birth</i> _____	23
2. Concepto jurídico de la dignidad humana en relación a la acción de <i>Wrongful Birth</i> _____	28
3. Concepto jurídico sobre el derecho a la vida con relación a la acción de <i>Wrongful Birth</i> _____	32
4. Concepto jurídico sobre el derecho a la autodeterminación reproductiva en la acción de <i>WrongfulBirth</i> _____	36
5. Avance histórico de la acción de <i>Wrongful Birth</i> _____	39
6. Despenalización del Aborto en Colombia con relación al tema y ejemplos prácticos _____	43
CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y DEL ESTADO EN LA ACCIÓN DE <i>WRONGFULBIRTH</i> _____	51
1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL _____	51

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA ACCIÓN *DE WRONGFULBIRTH*

1.1. Hecho:	51
1.2. Culpa:	52
1.3. Nexo Causal:	53
1.4 Daño:	54
2. Clases de Responsabilidad Civil y Estatal en Colombia.	57
2.1 Responsabilidad Civil Extracontractual:	58
2.2 Clasificación De La Responsabilidad Civil:	60
2.3 Responsabilidad Médica:	63
CAPÍTULO III LA TIPOLOGÍA DE LOS PERJUICIOS EN LOS EVENTOS DE WRONGFULBITRH	66
1. Perjuicios Patrimoniales	66
1.2. Daño Emergente:	69
1.3. Alimentos Congruos:	70
1.4. Lucro Cesante:	72
2. Perjuicios extramatrimoniales	75
2.1. Daño Moral:	76
4.2. Daño a la vida en relación:	78
2.3. Daño al proyecto de vida:	81
2.4 Daño a la salud:	83
ENFOQUE FINAL DE LA ACCIÓN DE <i>WRONGFULBIRTH</i>	86
Conclusiones	99
Bibliografía	101
Referencias bibliográficas	105

Resumen

En el contexto del Derecho colombiano, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-355 de 2006, determinó la procedencia del aborto en tres casos excepcionales. Esta determinación jurídica, por parte del intérprete autorizado de la Constitución, permite que en el escenario fáctico se materialice el evento en el cual una mujer que se encuentra dentro de las causales para interrumpir voluntariamente su embarazo (IVE), junto con el cumplimiento de todos los requisitos legales para tal efecto pueda hacerlo, de manera tal que es la gestante quien tome la decisión de llevar a cabo o no el procedimiento del (IVE), generándose responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad estatal por parte del médico, personal sanitario, llámese Estado, o E.P.S. o I.P.S. o un médico particular, quien impide la práctica del procedimiento del IVE por omisión.

Esta situación pone de presente una circunstancia de gran controversia jurídica: ¿Puede declararse la existencia de responsabilidad jurídica en el caso mencionado?; ¿Puede decirse que la vida es un daño?; ¿Procede la indemnización de perjuicios?; ¿Si procede la indemnización de perjuicios, cuáles de ellos deben indemnizarse: patrimoniales, extra patrimoniales?; ¿Qué pasaría con las obligaciones provenientes de la potestad parental?; ¿Hasta dónde se extiende el monto de la indemnización?

Palabras Claves: Acción de *WrongfulBirth*, Responsabilidad, Daño, Perjuicio, despenalización del aborto, dignidad humana, indemnización, Interrupción voluntaria del embarazo.

Abstract

In the context of the Colombian law, the Constitutional Court, through its judgment C-355 of 2006, determined the origin of abortion in three exceptional cases. This legal determination by the authorized interpreter of the Constitution, encourages that in the factual scenario can materialize an event in which a woman, found within the reasons for abortion, and with the compliance of all legal requirements for this purpose, decides to take the decision to do so, with the medical staff, call State, or EPS or I.P.S. or a private doctor, which practice prevents the IVE default procedure.

This situation puts into evidence a circumstance of great legal controversy: Can declare the existence of legal liability in the case referred?; Can we say that life is a damage?; Is it from the compensation of damages ?; If I appropriate compensation for damages, which of them should be compensated: heritage, Extra heritage ?; What would happen to the obligations deriving from parental authority ?; How far the amount of compensation extends?

Keywords: Action *Wrongful Birth*, responsibility, damage, loss, decriminalization of abortion, human dignity, compensation.

Introducción

Este trabajo de investigación pretende exponer con claridad la evolución y el alcance de la acción de *wrongful birth*, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad estatal por daños, en proporción a la indemnización de los perjuicios generados por la omisión en cabeza del personal sanitario, Clínica u Hospital, actuación de la cual se genera el “nacimiento injusto” tal como es conocida gramaticalmente la acción dentro del Derecho Hispanoamericano.

Considerando lo anterior, se abordará el estudio de la acción *wrongful birth* aplicando la hermenéutica jurídica, ejemplos prácticos e hipotéticos, la forma en la que puede operar el reconocimiento del derecho indemnizatorio que surge de la acción de *wrongful birth*, con base en las lagunas jurídicas que se presentan dentro del ordenamiento jurídico Colombiano en relación al tema.

En efecto, la posibilidad de acudir al aborto en los casos establecidos por la Corte Constitucional Colombiana, puede comportar que frente a casos específicos, ocurran situaciones en las cuales la interferencia humana en el procedimiento, bien por omisión, se impida la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, dando lugar a la continuidad del embarazo y el consecuente el nacimiento del menor, aun cuando ésta no era la voluntad de la madre, quien además estaba amparada por el ordenamiento jurídico.

Con lo dicho anteriormente, es necesario resaltar que tanto la responsabilidad civil extracontractual como la responsabilidad estatal sobre este tipo de casos, no goza de amplios precedentes jurisprudenciales en Colombia, sin embargo, sí goza de amplios precedentes doctrinales de revistas indexadas en el país.

Por lo anterior, el presente proyecto ayudará a que con rigurosidad académica, se llegue a una respuesta racional y razonable sobre cómo se estructuran los elementos de la responsabilidad en la acción de *wrongful birth*. Esto es, el daño, el nexo de causalidad y la culpa, y adicionalmente se estructurará una reflexión en torno al reconocimiento de perjuicios y la extensión de los mismos.

Así mismo, esta investigación pretende enfocarse en la extensión de la reparación, los tipos de perjuicios que se pueden llegar a reconocer según la responsabilidad civil extracontractual (Art. 2341 Código Civil) y la responsabilidad extracontractual de Estado (Art. 90 Constitución Colombiana) como lo son los patrimoniales y los extra patrimoniales, comprendiendo esta última categoría, el estudio sobre la procedencia de la declaratoria y reparación de perjuicios morales, perjuicio al proyecto de vida, daño a la salud y a la vida en relación, entre otros que se llegaren a constituir.

Lo anteriormente planteado se realizará con base en a la amplia gama de derechos fundamentales reconocidos por constitución política de Colombia de 1991, en la que se reconoce a la dignidad humana como eje central del Estado Colombiano, reconociendo de esta forma a los connacionales, la libertad de

elección de un plan de vida, en las cuales el individuo desarrollo a plenitud un papel activo dentro de la sociedad, bajo la óptica de la inclusión.

Posteriormente se analizará la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en Colombia, en contextualización de la acción de *Wrongful birth*, mediante la cual se hará énfasis en los elementos estructurales necesarios para la legitimación de la misma, estudio orientado en mayor medida a la responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad extracontractual del Estado.

Aclaraciones preliminares

1. INFORMACIÓN ESPECIAL DEL PROYECTO

1.1 Problema Jurídico de Investigación:

En Colombia la sentencia C-355 de 2006 emitida por la Corte Constitucional, marcó un hito pues a partir del 10 de mayo de 2006, es permitido el aborto en tres casos específicos:

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

Esto da cabida a que se despenalice el aborto sin incurrir en delito tipificado en el artículo 122 del Código Penal colombiano el cual establece lo siguiente:

La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. (Código de procedimiento penal, 2015)

—Así las cosas, se puede inferir que el diagnóstico erróneo, la falta de información, o la infracción en los deberes de los agentes sanitarios por medio de un actuar omisivo en lo pertinente a la práctica del aborto crea como consecuencia una situación que le impide a los progenitores acudir a cualquiera de las tres causales reconocidas en la sentencia C- 355 de 2006 para lograr la interrupción voluntaria del embarazo

Al obstaculizar la interrupción el embarazo, se provoca un daño de tipo constitucional a la dignidad humana, a la autodeterminación reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad; entre otras afectaciones que puede derivar en perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

El presente trabajo de investigación no estudiará la autorización jurídica de la práctica del aborto ya legitimada, por el contrario, sí estudiará la acción que procederá dentro de cada una de las causales que permiten el IVE y se fundará bajo las fuentes del derecho como lo son la Constitución, la Ley, la jurisprudencia y doctrina.

Es por ello, que esta investigación, se cuestiona el planteamiento del problema de la siguiente manera:

¿Podría declararse la responsabilidad civil o responsabilidad Estatal y condenarse a la consecuente indemnización de perjuicios, en eventos en los cuales el médico, la institución de salud y el estado, por conducta omisiva, no garantizaron a la madre, la interrupción voluntaria del embarazo, pese a que se

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA ACCIÓN *DE WRONGFULBRITH*

encontraba dentro de las tres causales jurídicamente establecidas para tal efecto en Colombia?

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Estado del Arte: Acción de *Wrongful Birth*:

La acción de *wrongful birth* tuvo lugar en el año de 1967 en el estado de New Jersey (EE.UU) en el caso de *Gleitman Vs Crosgrove* fallado por la Corte Suprema de New Jersey, en este caso la Corte no consideró válidos los argumentos eugenésicos¹ y reafirmó que el derecho a la vida es inalienable argumentando lo siguiente:

No estamos en la circunstancia de tener que sopesar a la madre en contra de la de su hijo. La santidad de una vida humana individual es el factor decisivo en este pleito. Las consideraciones eugenésicas no pesan. No estamos tratando del precio de cría de ganado de primera. Puede que hubiera sido más fácil para la madre, y menos costoso para el padre, el haber terminado la vida de la criatura mientras era embrión, pero estos inconvenientes no pueden compararse con el gran valor de una vida humana individual. (Corte Suprema de New Jersey, 227 A.2d 689, 1967)

Avanzando en el tiempo, en el caso de, *Jacobs vs Theimer* de 1975, donde se admite la indemnización bajo los parámetros de la acción de *wrongful birth*, debido

¹Eugenesia: “La etimología del término *eugenesia* hace referencia al “*buen nacimiento*”. Se trata de la *disciplina* que busca aplicar las *leyes biológicas* de la *herencia* para *perfeccionar la especie humana*. La *eugenesia* supone una *intervención* en los rasgos *hereditarios* para *ayudar al nacimiento* de personas más sanas y con mayor *inteligencia*.”
<http://definicion.de/eugñenesia/#ixzz3xT08SrsW>

a que la madre había contraído la enfermedad de la rubeola² en el primer mes de embarazo, razón por la cual el médico tratante, mediante un diagnóstico erróneo, crea una aparente condición oportuna del estado de salud del feto, argumento por el que se legitima a los progenitores, como sujetos activos de la acción de los que tanto el Estado como agente proteccionista, o la entidad de salud privada, medico, equipo sanitario, deberán responsabilizarse por los daños y perjuicios (Corte Suprema de Texas, 519 S.W. 2d 846, 1975)

No solo estos dos casos han sido el pilar de las acciones, si no también, se puede aterrizar veinte años después en Europa con los primeros casos en los que se aceptaron las demandas por *wrongfulbirth*, los cuales consistieron en una mal lograda esterilización y como consecuencia de esto se presenta un fallo en el diagnóstico sobre una de las enfermedades más comunes de la época de los 80' como lo es la rubeola.

La acción de *wrongfulbirth* ha causado una gran conmoción en el ámbito jurídico y médico dado que, dicha acción representa la posibilidad de que el derecho fundamental a la dignidad humana, se pueda indemnizar.

Ahora bien, en palabras de la Corte Constitucional, según sentencia T-585 de 2010, obliga a las E.P.S e I.P.S a satisfacer la voluntad de la gestante en su derecho a elegir la práctica del aborto el cual se ve materializado en el

² La rubéola: “es una infección vírica aguda y contagiosa. Si bien por lo general la enfermedad es leve en los niños, tiene consecuencias graves en las embarazadas, porque puede causar muerte fetal o defectos congénitos en la forma del síndrome de rubéola congénita”.

No se dispone de un tratamiento específico para la rubéola, pero la enfermedad es prevenible con vacunas. (OMS (2016). Iniciativa de Lucha contra el Sarampión y la Rubéola: Organización Mundial de la Salud)

reconocimiento de los derechos fundamentales de la madre, como lo son la y dignidad humana como pilar fundamental del Estado Colombiano desde el cual se desprende el derecho a la autodeterminación reproductiva. (Corte Constitucional, T-585, 2010)

Si el error en el diagnóstico persiste ya sea por cualquiera de las causales de la sentencia C-355 de 2006 a pesar de que la madre insiste en una oportuna información y a causa de esto el bebé nace, estaríamos entonces ante una derivación de un daño consumado, el cual, según la Corte Constitucional en sentencia T-841 de 2011, lo explica así:

La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental. (Corte Constitucional, T-841, 2011)

También es necesario para la investigación aclarar que la Corte Constitucional en la sentencia T-841 de 2011 reitera que no ha fijado lapso de tiempo para la realización del aborto, lo cual expresó de la siguiente manera:

Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE

después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios. (Corte Constitucional, C-841, 2011)

3. JUSTIFICACIÓN

Con lo dicho anteriormente no se pretende afirmar que la vida sea considerada como el daño, en otras palabras, lo que se busca hacer es una separación de la concepción del daño, con respecto a la vida en la implementación de la acción de *Wrongful Birth*.

De esta manera se considera que el daño se encuentra radicado sobre los derechos fundamentales de los progenitores, al respecto, es necesario estudiar la definición de daño, propuesta por el Doctor. Juan Carlos Henao en su libro “El Daño” en el cual denota que:

Es toda lesión a los intereses lícitos de una persona, tratándose de derechos pecuniarios o no, de individuales o colectivos, que se presentan como la lesión definitiva del derecho o como la alteración de su goce pacífico y que de encontrarse reunidos los otros elementos esenciales para presentarse la responsabilidad civil, siendo por ello objeto de reparación. (Henao, J.C (1998). Bogotá: Universidad externado de Colombia. pp. 22-28, págs. 22-28)

Verbigracia el autor busca en la definición precedentemente planteada advertir que la conducta generadora del daño debe afectar y/o vulnerar una situación jurídicamente protegida, la cual en el desarrollo del proyecto de investigación sería la dignidad humana, considerándola como un derecho necesario para concretar todos los derechos universales que se deslindan de ella.

En cuanto al nexo de causalidad, debe reflejarse claramente entre la conducta que generó el daño y el perjuicio que se derive del mismo, la evaluación del mismo se hace con el objetivo de comprobar la veracidad de los factores o circunstancias que llevaron al despliegue de una conducta dañosa.

En relación a lo anterior se debe tener en cuenta que el actuar del médico recae sobre una obligación de medio, y en pocas ocasiones una obligación de resultado debido al cumplimiento de un deber legal al cual el profesional sanitario se somete, es por eso que no nace de una relación de carácter contractual.

Cuando se habla de una obligación de medio por parte del profesional sanitario se hace pertinente citar el enfoque jurídico, que hace La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de marzo de 1940, junto con la relevante interpretación que realiza frente a la obligación de resultado así:

Por lo regular la obligación que contrae el médico es de medio”, aunque admitió que “puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho

y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de “la culpa del jfrg. Exp. 5507 29 médico...”, agregando como condición “la gravedad”, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aun teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, “el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. (Corte Suprema de Justicia, 550729, 1940)

Cabe señalar que el desarrollo de este proyecto se enfocará en el espacio geográfico colombiano en comparación con los países en los cuales se ha presentado demandas de responsabilidad medica civil por *wrongfulbirth*, para generar un supuesto jurídico de cómo impactaría la inmersión de las normas reguladoras del *wrongfulbirth* en Colombia, un país con mayor tendencia al derecho positivo.

Así mismo, esta investigación pretende enfocarse en la extensión de la reparación, los tipos de perjuicios que se pueden llegar a reconocer como lo son los patrimoniales y los extrapatrimoniales, comprendiendo esta última categoría, el estudio sobre la procedencia de la declaratoria y reparación de perjuicios morales, perjuicio al proyecto de vida, daño a la salud y a la vida en relación, entre otros que se llegaren a constituir.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General:

- Demostrar mediante los métodos de la hermenéutica jurídica, que bajo la óptica del Estado Social de Derecho y del principio de reparación integral, procede la indemnización de perjuicios por eventos de *wrongful birth*, identificando el bien jurídico sobre el que radica el daño, el perjuicio y la extensión de la reparación.

4.2. Objetivos Específicos:

- Distinguir las causales en las que procede la declaratoria de responsabilidad médica por eventos de *wrongfulbirth*. (*corte suprema y consejo de estado*)
- Discriminar los derechos fundamentales de los progenitores que se amenazan o vulneran en los eventos de *wrongfulbirth*
- Indagar el estudio acerca de si la vida del que ha nacido, se puede considerar un perjuicio bajo la óptica del Estado Social de Derecho Colombiano.
- Identificar y desarrollar la tipología de los perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual civil y estatal.

CAPITULO I: CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS DEL TEMA.

Antes entrar en materia, es necesario aclarar que aunque el tema de estudio no está regulado totalmente en Colombia, las sentencias que aquí se presentarán van a ir demostrando los vacíos jurídicos por los cuales este trabajo de investigación tendrá la posibilidad de ir incluyendo poco a poco la acción de *Wrongful Birth* en el ordenamiento Colombiano.

1. Concepto y alcance en la acción de *Wrongful Birth*

Es significativo para esta investigación la claridad que el lector posea de la definición de *wrongful birth*, y en este proceder generar bases sólidas a partir de la jurisprudencia y la doctrina en relación al tema, esto sin dejar de lado la disquisición gramatical de la acción dentro del contexto Hispanoamericano y la aplicabilidad practica dentro del ordenamiento jurídico Colombiano.

Macía Morillo (2005) citado por la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez (2013) define este concepto como "... la reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como en los gastos unidos al nacimiento del niño" (Vicandi, A.(2013). El Concepto de *Wrongful Birth* y su inherente problemática. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013.)

Galán Cortés (2008) igualmente citado por la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez (2013) estructura de forma clara y ordenada esta construcción doctrinal, por lo que su exposición es una de las más idóneas a los efectos comprender esta noción pues expresa:

En la acción de *wrongful birth* los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho, alegan que, al no haberse detectado (bien por error en el diagnóstico o por no aconsejar sobre la conveniencia de llevarlo a cabo) o no haberseles informado en momento oportuno (aun sin haber error de diagnóstico, no se comunica éste en tiempo y debida forma) sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento (Vicandi, A.(2013). El Concepto de *Wrongful Birth* y su inherente problemática. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013.)

También Emaldi Cirión (2001) citado igualmente por la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez (2013) acude a una descripción más concisa de esta idea, "...se trata de una demanda que entablan los padres del niño contra el médico que no detectó en un diagnóstico prenatal la afección fetal o que, incluso, no les propuso someterse a las pruebas diagnósticas oportunas..." (Vicandi, A.(2013). El Concepto de *Wrongful Birth* y su inherente problemática. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013.)

Son disímiles las definiciones que se conocen de la categoría jurídica de la acción *wrongful birth*, entre ellas la noción conceptual de injusticia prenatal, nacimiento injusto y/o indebido, entre otras las cuales han plasmado su firmeza y

rigurosidad gracias al avance Médico científico que se ha presentado con mayor veracidad en el campo de la genética preventiva

Ahora bien, se legitima a los progenitores como sujetos activos de la acción de *wrongful birth*, buscando de esta manera el reconocimiento de daños y perjuicios acarreados a la mismas los cuales se ven materializados en la a afectación patrimonial y extra patrimonial desplegada por la conducta omisiva del profesional sanitario

Es de exaltar que la demanda judicial sea impetrada por los progenitores, en contra del personal o institución sanitaria la cual se encuentra en la obligación de reparar los daños y perjuicios con equivalencia a la magnitud de los mismos lo anterior bajo el actuar jurídico de una reparación integral en otras palabras reparación plena.

En este sentido se busca asegurar a la víctima la reparación como fin plenario de la responsabilidad civil, en la que pueda desarrollar su plan de vida en condiciones óptimas en términos de dignidad humana y de inclusión política, económica y social en las condiciones en las se encuentre.

Lo que quiere decir sistémicamente que mediante la reparación se busca indemnizar los daños de carácter material, y compensar los perjuicios de carácter inmaterial, estipulando como resultado de las cargas desmesuradas a las que se someten los progenitores.

De esta manera se reflejada la figura de la pérdida de oportunidad de los progenitores, es decir si llevar a cabo o no el procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, bajo el amparo constitucional de la autodeterminación reproductiva, mediante la cual se le reconoce, garantiza, y respeta el derecho a “elegir”, en torno al desarrollo de su proyecto de vida.

En razón a que el daño no recae en la concepción de vida del que está por nacer o del nacido, por el contrario recae sobre la imposición generada a la gestante en cabeza de la conducta omisiva desplegada por el titular sanitario vulnerándose de esta manera los derechos reproductivos y sexuales a los padres, en armonización con la carta magna y la ratio decidendi de la sentencia C-355/2006.

En este orden de ideas es pertinente que el lector comprenda que el término de *wrongful birth*, o nacimiento injusto se utiliza a menudo en combinación con los términos de *wrongful pregnancy* y *wrongful life*. Estos tres términos se aplican a hechos distintos de responsabilidad civil, por lo tanto el proyecto de investigación pretende aclarar y descomponer estos tres conceptos, , pero centrando el trabajo de grado únicamente en la acción de *wrongful birth*.

En el ámbito de responsabilidad la acción de *wrongful birth* a diferencia de las otras acciones es interpuesta por la madre o el padre o ambos, como sujeto activo de la acción, a diferencia de la acción de *wrongfullife* es aquella demanda judicial interpuesta por el hijo a nombre propio cuando ha alcanzado la mayoría de

edad, o por medio de representante legal, en la que solicita ser indemnizado con base a su propia existencia.

Existencia que se radica en el “Derecho a no haber nacido”, bajo circunstancias de genética preventiva que se pudieron detectar a tiempo por parte del profesional sanitario, y de esta manera no dar lugar al suceso generador del daño, el nacimiento.

En el caso del *Wrongful Pregnancy*, se trata de un método de planificación definitivo que falla y por consiguiente da lugar a un embarazo con un niño sano pero no deseado, en esta situación quienes impetrarían la acción serían los progenitores.

Para concluir las tres acciones tienen como objetivo la reparación de daños y perjuicios bajo condiciones las cuales pueden ser muy asimiles, pero la gran diferencia radica en el titular de derecho y en las circunstancias específicas de cada caso en particular.

En el contexto jurídico colombiano como se ha expresado a lo largo del trabajo de investigación a partir de la sentencia C- 355 del 2006 la Corte Constitucional marcó un precedente jurisprudencial, el cual se expande a distintas áreas del ordenamiento jurídico colombiano entre la cuales está el derecho civil, y penal que se encuentra tipificado en el artículo 122 como se mencionó su contenido en párrafos anteriores.

2. Concepto jurídico de la dignidad humana en relación a la acción de *Wrongful Birth*

Se hace pertinente en el estudio jurídico del principio de dignidad humana en relación a la acción de *wrongful birth*, traer a colación el artículo primero de la Constitución Política de 1991, titulado Formas Y Caracteres Del Estado:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Colombia, Preamble, 1991, pág. 1)

A partir de la lectura del artículo primero constitucional vale la pena dirimir que el concepto de dignidad humana extraído del sistema de valores e intereses de la Constitución de 1991, se exalta como principio vertiente de todos los derechos fundamentales, razón principal por la que el Estado se encuentra en la obligación de generar acciones encaminadas a proteger, salvaguardar y restablecer la dignidad humana.

Seguidamente se abarcará el concepto planteado por la Corte Constitucional, en relación a la dignidad humana.

Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana de la mujer excluía por entero el que pudiese considerarse a la mujer como “mero receptáculo”, motivo por el cual, insistió la Corporación, en que la

exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer colocada en una situación tal, cobraba especial relevancia por encontrarse la mujer ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal, en todos los sentidos. (Corte Constitucional T-388, 2009)

Respecto a la contextualización de la dignidad humana en el plan de desarrollo de vida del ser, ésta trae consigo un papel integral basado en la axiología de los valores, concepto que parte desde la subjetividad del ser, el cual busca la consolidación de las garantías y libertades reconocidas en pro del desarrollo esencial, innato, desde la Ipseidad³ del individuo.

Antes de continuar, insistamos en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la posibilidad real y efectiva de gozar la prestación integral de bienes y servicios enfocados en la inclusión del ser humano en sociedad, para el caso que nos ocupa sería el campo de la Salud, y el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la gestante, en relación a su autodeterminación reproductiva.

³ Ipseidad: es un concepto filosófico. Aunque el concepto de ipseidad suele asociarse a la idea de sí mismo, en filosofía se recurre generalmente a él para hacer contrapunto respecto de la noción de mismidad. En ese contexto, que remarca la dimensión existencial y no la estructural de la esencia, Jean-Paul Sartre plantea en su obra *El Ser y la Nada* que la ipseidad constituye el circuito que se encuentra entre el ser en sí y el ser para sí. "La reflexión, pues, capta la temporalidad en tanto que ésta se revela como el modo de ser único e incomparable de una ipseidad, es decir, como historicidad", concluye el pensador. En psicología, por ejemplo, la referencia a la ipseidad alude al reconocimiento de sí mismo en la experiencia (Centros de Estudiantes de la UBA, 2008)

En este sentido el texto constitucional de 1991 es un cuerpo normativo pro vida en el entendido que todas y cada una de sus normas deben interpretarse en el sentido que más favorezca a la actuación de valores, principios y reglas que protejan la vida. Contrario sensu, no existe tal cosa como un derecho a la muerte o espacios para interpretaciones o argumentaciones que pretendan extraer dicho contenido de la Constitución. No obstante, en cuanto regla general de aplicación constante y a muy distintos supuestos de hecho, la protección a la vida admite excepciones dentro del ordenamiento constitucional, sin embargo, éstas siempre requerirán de mayor legitimidad que la propia vida, ya sea en su faceta de valor constitucional o de derecho fundamental. En este sentido, la Corte Constitucional interpretó que es esa la situación en los casos en que se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo, ya que en esos precisos eventos se buscan proteger derechos fundamentales de la mujer que serían gravemente afectados en caso de una solución contraria. (Corte Constitucional T-388, 2009)

En este punto el lector deberá tener una clara idea de la acción de *wrongful birth* la cual solo tendrá reconocimiento legal dentro de un sistema normativo en el que se haya despenalizado el aborto bajo cualquier causal, reconociendo de esta manera una ausencia de responsabilidad por parte del agente que practique el procedimiento del IVE.

En esta medida es importante resaltar que la dignidad humana nace desde la mismidad del ser, motivo por el cual la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto de la relación asimétrica que existe entre la concepción de vida del *naciturus*, y la vida en desarrollo de la mujer gestante.

Afirmese ahora que los derechos de la gestante, en la implementación de la acción de *wrongful birth* no pueden ser transgredidos en consideración a su estado o condición, motivo por el cual tanto el Estado como el particular en el desempeño de sus funciones, deberá garantizar el ámbito de la autonomía personal y la libertad del individuo en relación a los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y reciprocidad.

En esta medida se enfocará en el avance de la monografía el amparo que se le reconocen a los derechos de los progenitores en el contexto internacional de los derechos humanos, motivo por el que estudiaremos en primer lugar la declaración universal de los derechos humano, como enfoque metodológico en la implementación de la acción.

Motivo por el cual por el simple hecho de concretar la vida de la madre en desarrollo frente a su proyecto de vida, con la del *naciturus* concepción de formación genética sería bajo las causales reconocidas por la sentencia C355/2006 una carga desmedida, reflejada en afectación a la dignidad humana como núcleo central de los demás derechos.

Labor por la cual el Estado debe reconocer la dignidad subjetiva, relativa al caso concreto en el que la gestante reconozca en el Estado su carácter proteccionista y garantista durante el proceso de gestación o en el despliegue del mismo con el nacimiento del menor.

3. Concepto jurídico sobre el derecho a la vida con relación a la acción de *Wrongful Birth*

La Constitución Política de 1991 trajo consigo una amplia gama de derechos fundamentales, principios y valores por los que se reconoce al estado colombiano como Estado social de Derecho, siendo este el encargado de velar por el goce pleno de la vida social del ser humano, reconociendo de esta forma al hombre como fin y objetivo del Estado.

De esta manera el sistema de valores y principios de la constitución se establecerán como objetos jurídicos identificables constituidos desde la vida humana, considerándose esta como “pirus lógico y ontológico” (Constitución Política de Colombia, 1991), lo cual quiere decir que sin la existencia del sujeto de derecho, los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico no tendrían coexistencia posible.

Con lo anterior no se pretende afirmar que el objetivo de la presente investigación sea estudiar las diferentes concepciones de vida y el inicio de la misma, por el contrario el centro del presente trabajo consiste en determinar, si una vida que ya ha dado origen al fenómeno de la personalidad, puede ser considerada como un daño o como un hecho dañoso.

En este contexto es necesario evaluar lo dispuesto en el artículo 11, capítulo I título II de la carta magna la cual señala en forma expresa que “el derecho a la vida es inviolable y no habrá pena de muerte” inviolabilidad que se reconoce

como principio rector en el ejercicio de los demás derechos humanos como guía del ordenamiento jurídico.

Es importante en este punto de la investigación tener en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico el derecho a la vida tiene diferentes concepciones normativas, y para esta monografía es muy relevante siempre tener la claridad acerca de que la vida del *naciturus* no es el daño, si no que el daño debe entenderse como la eventualidad que genera perjuicio a la dignidad humana de la madre por la imposibilidad de elegir si llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo o no.

Por otra parte, la protección de la vida humana ha sido expresada de la siguiente manera:

En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento (Corte Constiucional C-133, 1994)

En otras palabras a lo que se refiere la Corte Constitucional es a la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, es decir hacer viable el nacimiento, suceso por el que se origina la existencia legal de las personas.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA ACCIÓN *DE WRONGFULBIRTH*

Dentro del marco de desarrollo de la acción de *wrogfulbirth* se entiende que la vida del ya nacido no se concibe como el hecho dañoso, sino como un hecho consecuencial en el que se reflejan los daños y perjuicios derivados de la conducta dañosa.

De manera tal que el hecho dañoso y nexo de causalidad recae sobre la vulneración de los derechos reproductivos de la gestante debido a que se le restringe la libertad y autonomía de decisión al no permitirle interrumpir el embarazo.

Es así como el origen de la reclamación de responsabilidad civil derivada de la existencia de vida extrauterina, generada por la conducta omisiva desplegada por el profesional sanitario, clínica, u hospital cobra valor en relación a la materialización de la acción de *wrogfulbirth*.

La Corte Constitucional en Sentencia C-013 de 1997 ha dicho lo siguiente respecto de la responsabilidad del Estado frente a la vida:

El Estado -con independencia de la forma en que lo haga- está obligado a prevenir, reprimir y sancionar los comportamientos que impliquen ataque a la vida de la persona. Los tipos penales que se prevén en las normas demandadas son todavía más graves que el aborto. Son crímenes de lesa humanidad, si se tiene en cuenta la indefensión extrema del niño recién nacido y la sangre fría que se requiere, por encima de toda circunstancia, para inferirle muerte o para abandonarlo. Que el legislador, en uso de sus facultades, haya contemplado una pena menor cuando la madre ha sido violada o inseminada artificialmente contra su voluntad, es algo que, si bien parece a la Corte

excesivamente benigno dada la magnitud de los indicados hechos punibles, no da lugar a la declaración de inconstitucionalidad, con arreglo a lo dicho. (Corte Contitucional C -013 , 1997)

Como se indicó inicialmente se estudiará el sustrato jurídico del derecho a la vida como suceso posterior al nacimiento, de manera tal que se haya generado el fenómeno de la personalidad del cual se despliegan los daños y perjuicios ocasionados.

De los cuales la víctima en este caso los padres juegan un papel activo en el reconocimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso, derivado de la responsabilidad civil extracontractual del cual el ofensor se encuentra en la obligación de asumir las cargas monetarias de la responsabilidad de tipo moral y patrimonial por los daños causados.

De esta forma se busca con la presente investigación que el lector comprenda con claridad que el daño como elemento generador de la responsabilidad no se radica en la vida del nacido, por el contrario el daño se presenta en la vulneración de los derechos reproductivos de la madre y el padre.

Por la razón expuesta en el párrafo anterior, también se debe dar claridad que el concepto de dignidad humana para le *naciturus* no es objeto de debate de la presente investigación, esto con base en que el perjuicio se encuentra radicado en la dignidad humana de los progenitores como sujetos activos.

En este caso el *naciturus* se considera en una esfera independiente pero no excluyente para la acción pues la eventualidad de su nacimiento genera el nexo causal entre la conducta omisiva y el daño desplegado por el personal sanitario.

Es por esta razón que dentro del acápite primero de la investigación se hará una amplia exégesis de los derechos fundamentales los cuales se ven transgredidos, seguridad social, vida, libertad reproductiva entre otros derivados desde la salud la cual es ajena a discusiones de tipo legal, contractual o extracontractual.

4. Concepto jurídico sobre el derecho a la autodeterminación reproductiva en la acción de *WrongfulBirth*

La Constitución en su artículo 42 expresa que “*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) (Naciones Unidas Centro de Información, 1979) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

Esto demuestra que la Constitución y la Convención para la mujer siempre dan primacía a la protección de la autodeterminación reproductiva en Colombia, siendo su fundamento la libertad que tienen los padres para decidir.

En la acción de *Wrongful Birth*, la autonomía reproductiva tiene gran importancia en el Estado Social de Derecho, pues, si la constitución no la protegiera, los padres tendrían que someterse a un número de hijos determinado y una carga económica, discriminación social dependiendo del diagnóstico y/o la omisión de este que ellos no tendría por qué soportar.

En este orden de ideas, existen unas causales que permiten interrumpir voluntariamente el embarazo, en ejercicio de la autonomía que tienen los progenitores para decidir cómo y de qué forma desean tener sus hijos.

La Corte Constitucional el Sentencia C-355 de 2006 dio paso a que la madre pudiera decidir si continuar voluntariamente con su embarazo o no, siendo las causales jurídicas las siguientes:

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

Lo anterior implica que la autodeterminación reproductiva de los padres se ve claramente afectada por el diagnóstico erróneo, la falta de información, o la negligencia generada por omisión para la práctica del aborto prenatal, lo que

impide a los progenitores acudir a cualquiera de las tres causales reconocidas en la sentencia C- 355 de 2006.

Ahora bien, para comprender más afondo la relación que tiene la sentencia C- 355 de 2006 y el derecho a la autodeterminación reproductiva es necesario hacer la conexión con la Sentencia T-732 de 2009 que expresa lo siguiente:

Con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia es posible afirmar que los *derechos reproductivos* reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado. (Corte Constitucional T- 732 , 2009)

Dicho esto, también es pertinente aclarar que no se ha fijado límite de tiempo para la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) como claramente lo dice la corte:

Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios. (Corte Constitucional C-841, 2011)

5. Avance histórico de la acción de *Wrongful Birth*

La acción de *wrongful birth* tuvo sus inicios en el año de 1967 en el Estado de New Jersey (EE.UU) en el caso de *Gleitman Vs Crosgrove* fallado por la Corte Suprema de New Jersey, en este caso la Corte no considero válidos los argumentos eugenésicos⁴ y reafirmó que el derecho a la vida es inalienable argumentando lo siguiente:

No estamos en la circunstancia de tener que sopesar a la madre en contra de la de su hijo. La santidad de una vida humana individual es el factor decisivo en este pleito. Las consideraciones eugenésicas no pesan. No estamos tratando del precio de cría de ganado de primera. Puede que hubiera sido más fácil para la madre, y menos costoso para el padre, el haber terminado la vida de la criatura mientras era embrión,

⁴Eugenesia: “La etimología del término *eugenesia* hace referencia al “*buen nacimiento*”. Se trata de la *disciplina* que busca aplicar las *leyes biológicas* de la *herencia* para *perfeccionar la especie humana*. La *eugenesia* supone una *intervención* en los rasgos *hereditarios* para *ayudar al nacimiento* de personas más sanas y con mayor *inteligencia*.”

<http://definicion.de/eugñenesia/#ixzz3xT08SrsW>

pero estos inconvenientes no pueden compararse con el gran valor de una vida humana individual. (Corte Suprema de New Jersey, 227 A.2d 689, 1967)

Ahora bien, según cita la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez en la publicación de su artículo "*El Concepto De Wrongful Birth Y Su Inherente Problemática.*" En revista Española indexada explica que:

Fue necesario esperar hasta la década de los años setenta a fin de ver admitida una controversia de Wrongful Birth. Esto ocurrió también en los Estados Unidos en el caso de Becker vs. Schwartz, de la corte de New York (1978). Se trataba de una mujer con alto riesgo de concebir un hijo aquejado de síndrome de Down por su avanzada edad, aspecto sobre el que no fue informada. El triste desenlace se tradujo en el nacimiento de un niño enfermo de la trisomía 21, que llevó a la madre a iniciar una acción judicial para ser indemnizada por el daño sufrido, traducido en el descontento de la posibilidad de tener un hijo enfermo. El tribunal dictaminó a su favor, pero sin aludir a gastos especiales, más allá de los propios del daño moral y los específicos del embarazo (lucro cesante).

Más adelante en España hubo que esperar al año 1997 según la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez (2013) para que se enjuiciara el primer litigio de *Wrongful Birth*, concretamente a la sentencia de 6 de junio de 1997. Se trataba de una mujer, cuyo embarazo fue calificado de alto riesgo porque ya había dado a luz a otro hijo con síndrome de Down, por lo que se le aconsejó que se sometiese

a una amniocentesis⁵, dadas sus circunstancias. Se le practicaron no una, sino dos de estas pruebas, por ser la primera defectuosa. A pesar de su predisposición, la segunda de ellas también fue infructuosa, pero en esta ocasión la paciente no fue informada. Para cuando ésta tuvo conocimiento de las circunstancias de la segunda actividad diagnóstica, se había sobrepasado el plazo legal para el aborto por motivos terapéuticos⁶.

De los casos anteriores y siguiendo la línea doctrinal de la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez quien expresa que es necesario insistir que la pretensión indemnizatoria de la acción de *Wrongful Birth* únicamente puede ser ejercitada, bien por ambos padres (conjuntamente), bien por la madre en solitario; pero nunca por el padre, ya que éste no tiene capacidad procesal para ser el actor de la misma. (Vicandi, A.(2013). El Concepto de Wrongful Birth y su inherente problemática. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013., pág. 46)

La justificación para la Dra. Arantzazu Vicandi Martínez de esta cuestión es sencilla, pues según la Dra el aborto es una práctica, que de acudir a ella, es inherente a la mujer; se trata de una decisión exclusiva y personalísima de la misma, y por lo tanto intransferible. (Vicandi, A.(2013). El Concepto de Wrongful

⁵En la **amniocentesis**, se retira una pequeña cantidad de líquido del saco que rodea al bebé en el vientre (útero). El examen generalmente se realiza en el consultorio médico o en un centro médico. No es necesario que usted se quede en el hospital. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003921.htm>

⁶<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4764224.pdf>

Birth y su inherente problemática. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013., pág. 46)

Sin embargo para conceptos propios de esta investigación es necesario aclarar que si bien es cierto el aborto es inherente a la mujer, la decisión reproductiva es decisión de ambos progenitores, por lo tanto, esta monografía ha decidido que para la primera y tercera causal del aborto según sentencia C-355 de 2006 la decisión será exclusiva de la madre para impetrar la acción, pero para la segunda causal que es propia de malformaciones congénitas con las que venga el feto, podrá impetrarse la acción por la madre o bien el padre en solitario.

Lo anterior se fundamenta en que la dignidad humana y el proyecto de vida se ven afectados de igual manera para el hombre y la mujer víctimas de un hijo con malformaciones, pues los alimentos y vestidos de este niño serán repartidos de igual forma para la madre y el padre.

Según lo establecido en esta investigación con los casos expuestos a lo largo del tiempo, se podría pensar que solo se habla de la causal de malformación, sin embargo se aprecia esta perspectiva porque en los países europeos la acción de Wrongful Birth solo se ha habilitado en estos casos en específico, al contrario de Colombia quien tiene tres causales diferentes entre sí para poder tener acceso al IVE y por consiguiente poder impetrar la acción según la causal.

6. Despenalización del Aborto en Colombia con relación al tema y ejemplos prácticos

En Colombia a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se introdujo consigo una amplia gama de derechos y obligaciones basados en principios y valores, razón originaria en función de la Corte Constitucional por la cual se genera la obligación de garantizar el cumplimiento de la norma y supremacía de la constitución.

En este orden de ideas las normas concernientes en la jerarquía del sistema jurídico, están en el deber de hacer cumplir lo establecido en la Constitución Política, y de esta manera velar por el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, esto sin condescender atropello a las bases sobre las cuales se soportan.

En este sentido La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto al aborto en reiteradas ocasiones a partir del precedente jurisprudencial abordado en sentencia C- 335 del 2006, en la cual la vida tiene una protección jurídica distinta, en cuanto la misma Constitución da paso al reconocimiento a los derechos sexuales y libertades en la autonomía reproductiva de los progenitores.

Ahora bien los Derechos sexuales y reproductivos de los progenitores son reconocidos con el carácter de derechos humanos, los cuales se convierten en el estribo del Estado democrático y participativo basado en el respeto a la dignidad

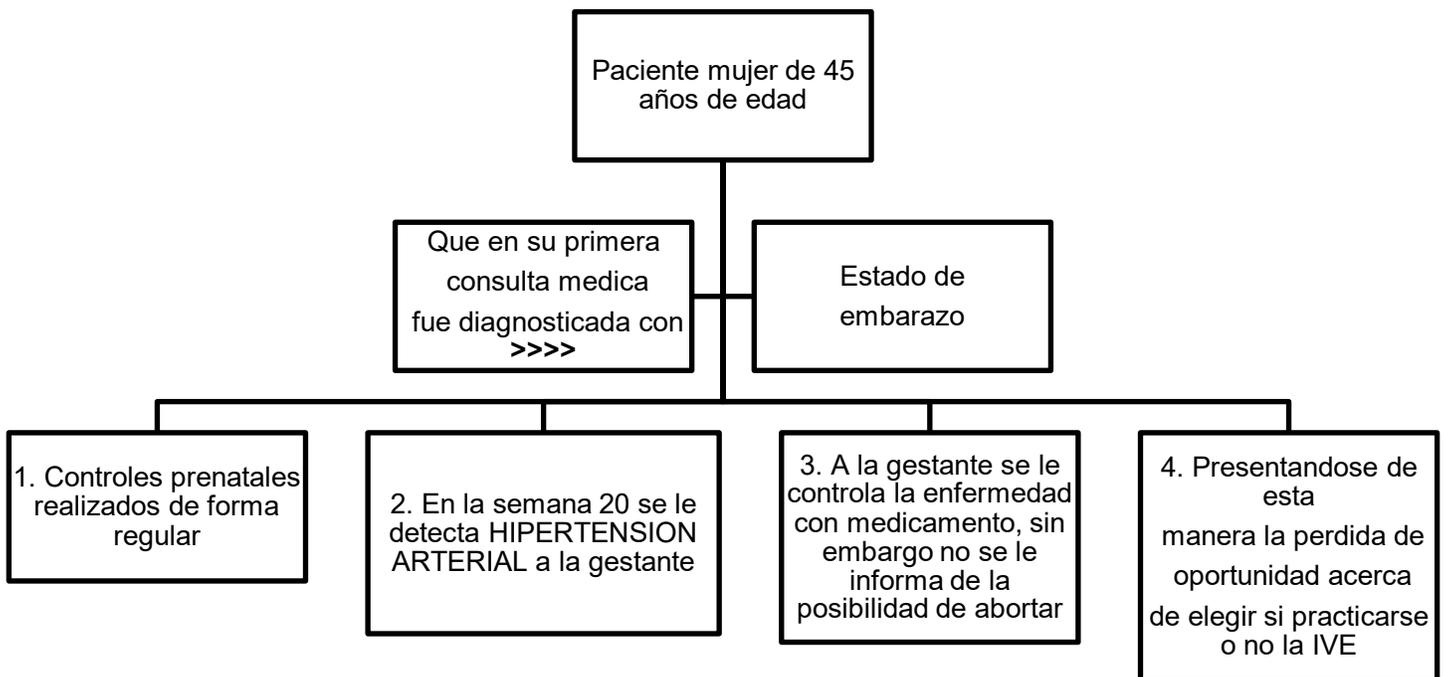
humana y abierta al pluralismo, instaurando de esta manera causas jurídicas, los cuales conducen a condiciones dignas y humanas de justicia social.

Al mismo tiempo aboliendo toda clase de discriminación y promoviendo circunstancias dignas a la mujer gestante y al hombre en condiciones de calidad, seguridad, y eficacia en el servicio de salud, removiendo de esta manera toda clase de obstáculos que les impidan a los progenitores desarrollar su proyecto de vida en plenitud en razón al núcleo esencial del Estado colombiano que es la familia.

A partir de lo mencionado anteriormente, es deber de la autoridad pública, como del particular promover condiciones de accesibilidad al servicio de salud en el que se prioricen las necesidades de los progenitores en razón a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva, tal como se encuentra estipulado en el (decreto 4444 , 2006), el cual actúa en armonización con la constitución y la ley.

Para entender más a fondo la acción de *Wrongful Birth* es necesario para esta monografía ilustrar algunos ejemplos didácticos.

EJEMPLO N°1 Causal primera de la Sentencia C-355/2006 “Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico”



REFLEXIÓN:

En el ejemplo didáctico planteado anteriormente la paciente fue informada sobre su estado de gravidez y tratada con los medicamentos básicos para el control de su enfermedad producida como consecuencia de su embarazo.

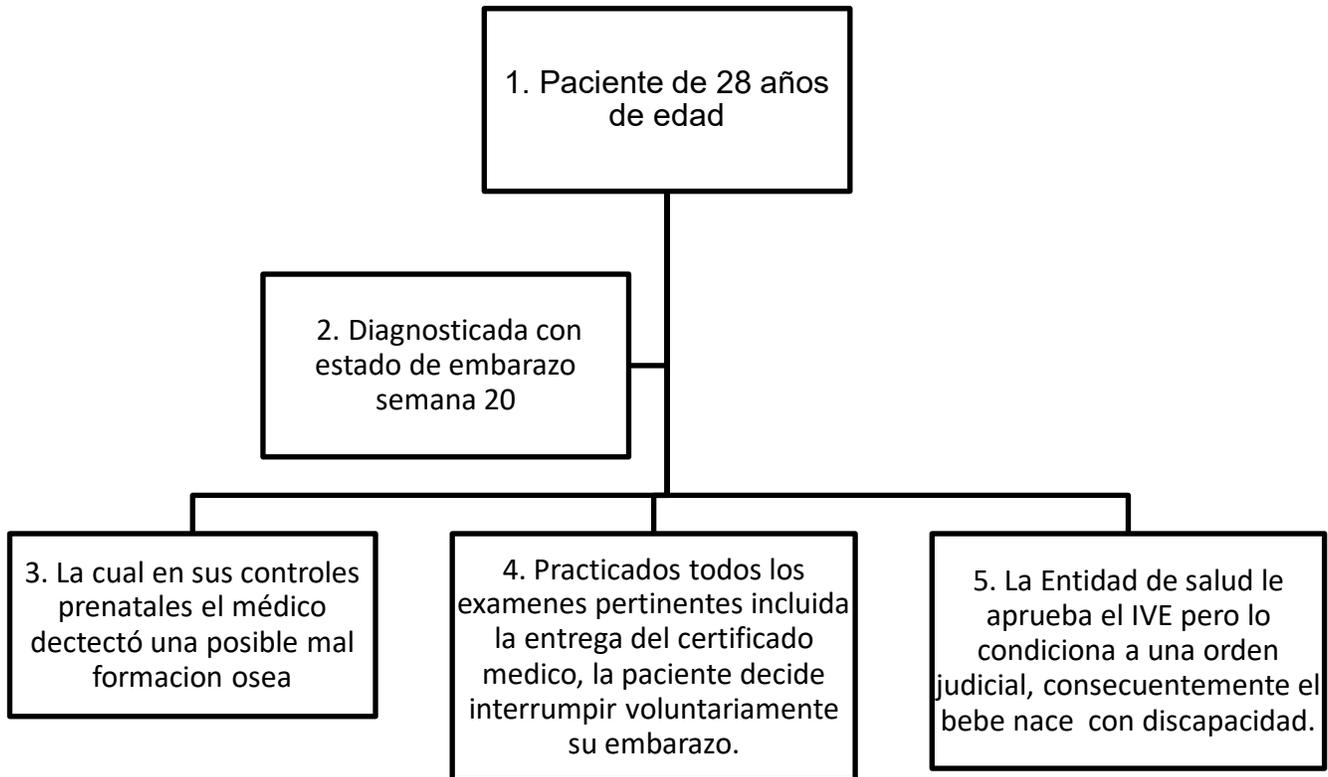
Hay que tener en cuenta que la hipertensión arterial “es consecuencia de la preclamsia enfermedad también producida en el embarazo que afecta la presión

arterial, el peso y la pérdida de proteínas en la orina, sin embargo una mujer que padece esta enfermedad no se siente enferma". (geosalud su sitio de salud en la web, 2015)

El tratamiento más adecuado es dar a luz al bebe, pero, en el ejemplo expuesto no se le dio a conocer a la paciente la posibilidad que suponía poner en riesgo su propia vida si continuaba con el embarazo a su avanzada edad, y como consecuencia se le vulneró su derecho a la autodeterminación reproductiva y a la vida digna ya que se le generaron enfermedades posteriores al parto como lo son enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedades al hígado, riesgos previsibles de la enfermedad. (geosalud su sitio de salud en la web, 2015)

Al respecto conviene decir que la acción de Reparación e Indemnización de Perjuicios (*WrongfulBirth*) da lugar para esta causal en cabeza de la madre por la pérdida de oportunidad en elegir si continuar o no con su embarazo, pues es la vida de ella la única que se pone en riesgo teniendo en cuenta que el *naciturus* viene sano.

EJEMPLO N°2 Causal segunda de la Sentencia C-355/2006 “Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”



REFLEXIÓN:

Con este ejemplo se ha querido demostrar que dada la causal de IVE las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Pre pagada, a las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, no deben exigirle a la mujer en estado de embarazo una orden judicial para practicarle el procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, lo anterior bajo los parámetros establecidos en la sentencia C-355 de 2006.

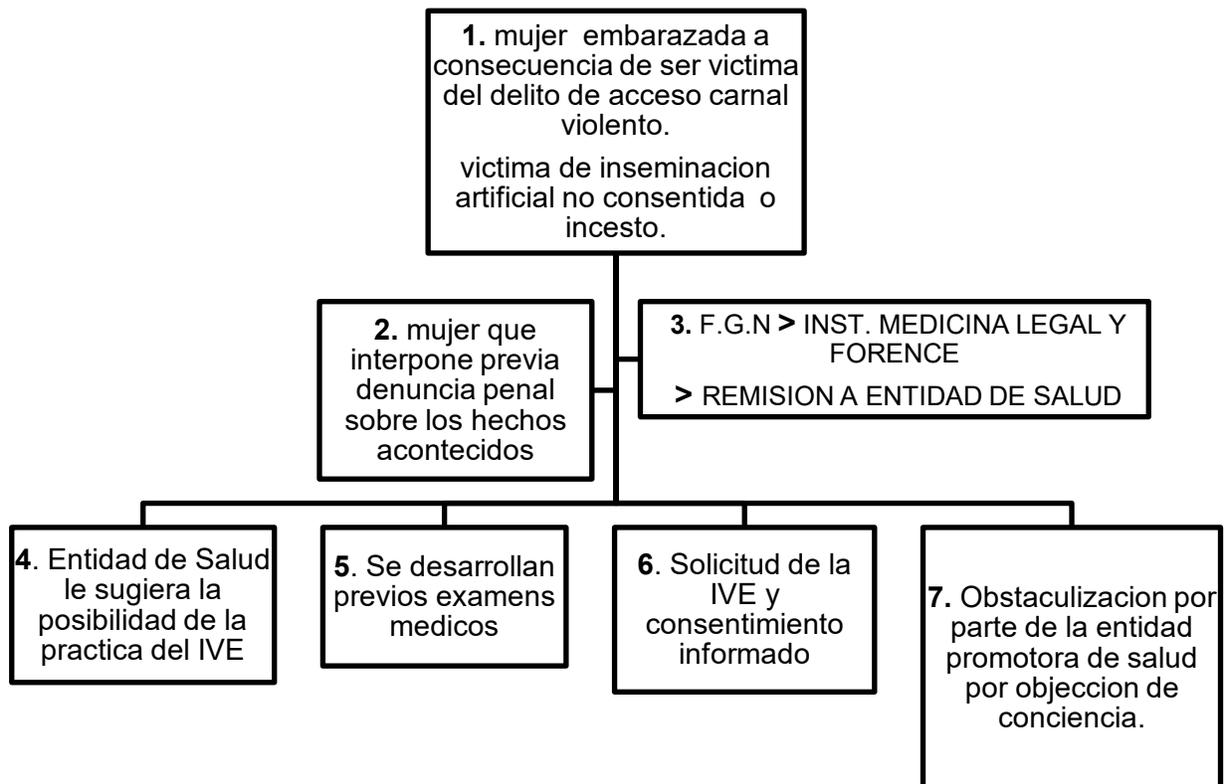
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA ACCIÓN *DE WRONGFUL BRITH*

Es significativa la importancia que tiene la no exigencia de una orden judicial, o permiso judicial por la cual se les permita a los progenitores garantizar y hacer valer los derechos constitucionalmente amparados, evitando de esta manera cualquier tipo de carga desproporcionada, o arbitraria en contra de su autodeterminación reproductiva.

Lo que quiere decir que no se debe de exigir orden judicial por parte del profesional sanitario para la práctica de la (IVE), pero sí es necesaria la certificación por el médico tratante para determinar la clase de malformación y su gravedad la cual haría inviable la vida del *naciturus*, estipulando esto bajo parámetros netamente científicos.

De esta forma entra la acción para dar paso a la reparación e indemnización integral de perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad a los progenitores, cabe resaltar que para esta causal la acción puede ser impetrada por el hombre o la mujer conjuntamente o en solitario, pues, es a ellos a quien se les modifica drásticamente su dignidad humana y proyecto de vida, porque ambos responden por el niño enfermo.

EJEMPLO N°3 Causal tercera de la Sentencia C-355/2006 “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.”



REFLEXIÓN:

Comencemos por evocar que cada causal del IVE tiene condiciones explícitas a desarrollar, condiciones que no pueden revelar un obstáculo para la gestante.

Así las cosas, en este ejemplo se quiere hacer alusión a que la objeción de conciencia no puede ser una traba para acceder al IVE, pues, el Estado y la

entidad promotora de salud tienen que garantizar de cualquier forma que el IVE logre realizarse de manera pronta y diligente buscando al médico que lo haga posible pues, no se puede parar el trámite debido a una objeción de conciencia.

Explicado lo anterior si solo existe un profesional sanitario que practique la interrupción del embarazo debe hacerlo independientemente si se trata de un médico adscrito a una entidad de salud laica, confesional, privada o pública.

Según la Sentencia T-388 de 2009 se puede evidenciar que la restricción de la libertad de conciencia tiene parámetros claros de proporcionalidad y razonabilidad los cuales desembocan la protección de la vida y la salud de la gestante como se mencionó en los párrafos anteriores.

Para el caso en concreto según la causal tercera por acceso carnal violento, víctima de inseminación artificial no consentida o incesto, el titular de la acción es únicamente la gestante debido a que es a ella a quien se le indilgan directamente los perjuicios por la forma de su gestación tan delicada para su salud física y mental, independientemente si él bebe viene sano o no.

Ahora bien, es evidente que los ejemplos son didácticos porque hasta el momento de esta investigación las Cortes no cuentan con casos reales en donde se vea evidenciada la acción materia de estudio, sin embargo los casos cotidianos aquí explicados donde se presenta la oportunidad de accionar en contra de las entidades estatales y privadas, en búsqueda del resarcimientos de los perjuicios ocasionados por la omisión médica.

CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y DEL ESTADO EN LA ACCIÓN DE *WRONGFULBIRTH*

Para esta investigación es necesario observar la panorámica de la responsabilidad tanto civil como estatal y así poder encajar los significados de cada una de las Cortes a los perjuicios que esta monografía pretende identificar y a su vez poder extender a su reparación, en el entendido que para cada corte los perjuicios reconocidos son diferentes.

Se comenzará por la Corte Suprema de Justicia y poco a poco en el avance de este capítulo y el siguiente se irá implementando los conceptos del Consejo de Estado para observar sus diferencias al momento de reconocer los perjuicios y su reparación.

1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Hecho:

Para el autor Luis Guillermo Serrano Escobar el hecho se configura cuando:

Para que el hecho de origen a la responsabilidad civil extracontractual, no es necesario que se lo clasifique como ilícito, porque bien, puede originarse esta responsabilidad, cuando por un hecho lícito culposo se produce un daño, solamente basta que el hecho exista y sea imputable a una persona, animal o cosa.” (Serrano L.G, 2000, pág. 146)

El hecho puede ser positivo o negativo, es decir, ser resultado de una acción del médico o de una omisión de éste mismo, este último se presenta como cuando, una persona no es atendida a tiempo en un

caso de urgencia y a consecuencia de esa omisión sufre un perjuicio (Serrano L.G, 2000, pág. 146)

Para el tema en desarrollo se debe entender que nace la responsabilidad de una conducta lícita negativa, pues, el aborto se encuentra despenalizado, pero, la conducta de responsabilidad omisiva se configura cuando la relación médico paciente se ve quebrantada por falta de información, diagnóstico erróneo, tardío o mal manejo administrativo al momento de realizar el IVE.

1.2. Culpa:

El elemento de culpa se concibe como uno de los elementos más complejos y determinantes de la responsabilidad civil. Este elemento es fundamento de las teorías subjetivas de la responsabilidad civil en las cuales se tiene consideración de la conducta del autor, evaluándose o examinándose la forma de proceder en cuanto a las circunstancias internas del responsable. La culpa se tiene entonces como el elemento subjetivo de una conducta dañosa que casi siempre está prohibida por la ley. (Garzon Ruiz, C., 2014., Elementos estructurales de la Responsabilidad Civil en Colombia.)

Para este trabajo es importante definir que la culpa en la acción de *wrongful birth* es de carácter subjetivo como se menciona en el párrafo anterior porque la conducta desplegada por el profesional sanitario junto con su indebida praxis

médica en el diagnóstico erróneo o tardío, que se exterioriza en un hecho dañoso y da paso a la reparación e indemnización de perjuicios.

Cuando se habla de culpa por parte del profesional sanitario se hace pertinente citar el enfoque jurídico que hace La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de enero de 2001 donde cita la Sentencia del 5 de marzo de 1940 para explicar el concepto de culpa, frente a la obligación de resultado así:

“Por lo regular la obligación que contrae el medico es de medio”, aunque admitió que “puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de “la culpa del médico...”, agregando como condición “la gravedad”, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aun teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, “el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase (Corte Suprema de Justicia 5507, 2001)

1.3. Nexo Causal:

En cuanto al nexo de causalidad, debe reflejarse claramente entre la conducta que generó el daño y el perjuicio que se derive del mismo, la evaluación del mismo

se hace con el objetivo de comprobar la veracidad de los factores o circunstancias que llevaron al despliegue de una conducta dañosa.

En relación a lo anterior se debe tener en cuenta que el actuar del médico recae sobre una obligación de medio, y en pocas ocasiones una obligación de resultado debido al cumplimiento de un deber legal al cual el profesional sanitario se somete, es por eso que no nace de una relación de carácter contractual.

Ahora bien, con este tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al indicar que:

El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son ‘consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’” (Corte Suprema de Justicia, 6878, 2002)

1.4 Daño:

Al respecto, es necesario estudiar la definición de daño, propuesta por el Doctor. Juan Carlos Henao en su libro “El Daño” en el cual denota que:

Es toda lesión a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no, de individuales o colectivos, que se presentan como la lesión definitiva del derecho o como la alteración de

su goce pacífico y que de encontrarse reunidos los otros elementos esenciales para presentarse la responsabilidad civil, siendo por ello objeto de reparación.” (Henao, J.C (1998). Bogotá: Universidad externado de Colombia. pp. 22-28)

Así las cosas el autor busca en la definición anteriormente planteada advertir que la conducta generadora del daño debe afectar y/o vulnerar una situación jurídicamente protegida, la cual en el desarrollo del proyecto de investigación sería la vida, considerándola como un derecho necesario para concretar todos los derechos universales que se deslindan de ella.

Ahora bien analizando mediante el método analítico investigativo, los elementos que componen el daño se debe afirmar que el de carácter directo se refiere, a que la persona que sufre el daño es la misma que debe solicitar su reparación con base en el sustento jurídico de la conducta generadora del mismo es decir, que en la acción materia de investigación los que sufren el daño son los padres aduciendo a los dos.

Ahora bien, cabe aclarar que el daño se materializa en ambos padres, porque son los dos los que deciden su núcleo familiar según el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia la cual estipula que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Así mismo en el artículo mencionado en el párrafo anterior inciso 5 dice que, “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o **impedidos.**” (Negrilla fuera del texto original) Lo que confirma la premisa de que el daño recae sobre ambos progenitores, al impedirles realizar el IVE por conductas omisivas en el personal sanitario, medico, Ips, Eps en su parte administrativa.

Es así entonces como en ámbitos de un desarrollo incluyente en la sociedad y viable económicamente para los padres según su condición y situación que se ve vulnerada por la imposición de la carga desmesurada al someter a los padres a un error en la praxis médica siendo este el mal diagnóstico o el diagnóstico tardío, que genera el falso negativo⁷ y conlleva al daño.

Entiéndase el daño reflejado en la madre y padre a su derecho fundamental a la información, a la libertad, a la autodeterminación reproductiva, a la familia en conexión con la dignidad humana pues son ambos padres quienes tienen la responsabilidad de sostener en condiciones dignas y solidas a sus hijos para brindarles educación, salud, alimentos y manutención del menor.

En este orden de ideas, es necesario continuar resaltando que los padres conjuntamente son los sujetos activos en la acción de *Wrongful Birth* para las causales primera y tercera, en el entendido de que para estas causales la madre

⁷ Se denomina técnicamente un “falso negativo”, ya que en tal circunstancia la gestante no recibe la información necesaria para decidir si acudir o no a un procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, en tales circunstancias el resultado es que el niño nace y nace enfermo, momento en el cual nace la pretensión tanto de los progenitores como del propio niño nacido de reclamar responsabilidad de los profesionales sanitarios que produjeron el defecto en la información recibida y por ello la privación de la gestante de optar por la interrupción del embarazo (Morillo, N° 27, Barranquilla, 2007)

puede demandar en solitario pero el padre no por lo explicado en los ejemplos anteriormente. Para la causal segunda el padre sí puede demandar en solitario como también lo puede hacer la madre pues, es a los dos a quienes recae directamente el perjuicio no a uno más que al otro.

Con lo dicho anteriormente es menester hacer una distinción analítica entre daño y perjuicio, siendo el perjuicio la consecuencia que se genera de manera posterior a el daño causado, el cual debe ser de carácter personal y cierto, y por el que las terceras personas que se consideren afectados por la materialización de la conducta dañosa de manera indirecta.

Para la acción materia de investigación, podrían resultar afectados los abuelos o incluso los hermanos, tíos y los demás que se consideren afectado los cuales podrán reclamar la reparación de sus perjuicios, mientras que a diferencia del daño este es de carácter directo, y por el cual se evidencia la afectación material del hecho que afecta a la persona sobre el cual recae el mismo es decir los padres.

2. Clases de Responsabilidad Civil y Estatal en Colombia.

Ahora bien, es importante aclarar los conceptos básicos doctrinales y jurisprudenciales de la responsabilidad empezando por los perjuicios, para esto se va realizar un análisis de las concepciones doctrinales; de las providencias proferidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo

de estado, y aquellas proferidas en el contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y así, determinar la aplicación concreta al caso bajo estudio.

2.1 Responsabilidad Civil Extracontractual:

El esquema de responsabilidad civil acogido dentro de la legislación Colombiana parte de la necesidad de crear un mecanismo jurídico por el cual se le garantice al sujeto de derecho un equánime resarcimiento de los perjuicio que ha sido objeto, mediante la omisión desplegada por un particular, un funcionario público o una entidad a cargo del estado.

Según el autor MAZEAUD citado por el Doctor Luis Guillermo Serrano, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro” (mazeaud) La obligación de reparar nace como consecuencia del daño causado a la integridad de la persona o a los bienes de la misma, ya sea en relación de un vínculo jurídico contractual o extracontractual. (Escobar, 2000, págs. 79-85)

Es necesario recalcar que la razón de la responsabilidad civil o responsabilidad por daño general se concentra en la deber de reintegrar el equilibrio jurídico patrimonial y extra patrimonial del que fue despojado la víctima, reconociendo de esta manera no una sanción mediante la imposición de una pena (derecho penal), sino que por el contrario la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Por consiguiente se hablaría entonces de una conducta antijurídica causada por la comisión de un daño a otro lo que quiere decir que la responsabilidad civil se entiende como una consecuencia generada por la violación del principio *neminem laedere*, el cual se refiere al deber jurídico de no causar daño a otro.

Principio que se encuentra en el cuerpo normativo del código civil en el artículo 1.902 del Código Civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Cuyo fundamento de imputación es la culpa. Por la cual se condena la conducta antijurídica y se obliga al agente generador del daño a repararlo.

En conclusión la responsabilidad civil es el deber jurídico que se genera mediante la comisión de un daño, en el cual se debe identificar y determina el efecto que la conducta culposa produce en la esfera jurídica de la víctima. Ha de afirmarse entonces que la función de la responsabilidad civil supone de una declaración judicial que tiene carácter resarcitoria el cual debe ser de igual o mayor proporción al daño causado

Para ilustrar mejor el tema objeto de estudio esta investigación indagara en los elementos y principios propios del tema, al mismo tiempo se planteara someramente la clasificación dual de la responsabilidad civil en materia contractual y extracontractual (delictual o cuasi delictual).

2.2 Clasificación De La Responsabilidad Civil:

Es significativa la importancia que el legislador profiere de la responsabilidad civil, en aras de salvaguardar el principio constitucional de justicia y equidad, motivo por el cual ha generado una división expresa de la responsabilidad civil en materia contractual y extracontractual (delictual o cuasi delictual).

Aquí vale la pena hacer una aclaración sobre que, todo evento generador de un daño no crea la obligación jurídica de resarcirlo por parte del agente generador de la conducta (dolosa o culposa), sino por el contrario lo que se busca mediante la declaración de responsabilidad civil en cualquiera de sus ámbitos es el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley en cada caso en particular.

Lo que quiere decir que tanto la responsabilidad civil contractual y extracontractual, son formas de responsabilidad derivadas de la caución de un daño, en la que materia contractual estaríamos hablando de la garantía que se genera por el incumplimiento de un contrato al cual se han obligado las parte previamente del cual esta acción no hace parte.

A diferencia de lo planteado anteriormente la responsabilidad civil extracontractual (delictual o cuasi delictual), se entiende como la obligación que se genera sin la existencia de un vínculo jurídico expreso, en el cual el agente generador del daño por medio de una conducta omisiva le causa un daño de carácter reparable a otra persona en este sentido se debe entender que el fin último de este tipo de responsabilidad es la indemnización de los daños y

perjuicios acarreados de los cuales la víctima en este caso los padres no tienen por qué soportar.

Este tipo de responsabilidad (delictual o cuasi delictual), se encuentra plasmada en el título XXXVI del libro cuarto art 2341 y Ss. Del código civil el cual se refiere a la “responsabilidad común por los delitos y las culpas”, creándose de esta manera un vínculo jurídico nuevo entre el autor y la víctima, que a diferencia del primero no se crea en base a una relación contractual preexistente. (Escobar, 2000, págs. 79-85)

Es en este tipo de responsabilidad civil extracontractual donde se debe hacer un paréntesis obligatorio en cuanto a la relación que se presenta en la acción de *wrongful birth*, y la necesidad generadora de establecer el daño causado para dar lugar a una reparación integral bajo el principio de justicia y equidad.

Es así como de esta circunstancia nace el hecho de que la naturaleza de este tipo de responsabilidades surge efectos jurídicos con la existencia de un daño el cual debe reunir tres elementos esenciales en el reconcomiendo del mismo como los son el daño, la culpa, y el nexo de causalidad, explicado anteriormente que se basa en el actuar culposo desplegado por el profesional sanitario llámese clínica, hospital, Ips, Eps y el daño consumado.

En esta media se hablaría de daño consumando, no desde la concepción de vida como previamente se ha aclarado, sino por el contrario se refiere al principio de la pérdida de oportunidad en los derechos sexuales y reproductivos de los

padres y reconocidos por la Constitución como derechos fundamentales integrando en el principio de la dignidad humana el eje de toda esta investigación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la obligación de reparar por parte del profesional sanitario, nace del esquema de responsabilidad civil extracontractual derivado de la culpa, en el entendido que la obligación de resarcir el daño causado se profiere de la falta del profesional sanitario, clínica u hospital.

Es entonces como de esta manera que la responsabilidad civil extracontractual dentro del código civil se plasma como un elemento propio de la responsabilidad subjetiva en la cual el profesional de la salud, clínica y hospital es quien forja la conducta generadora de daño, el cual va mucho más allá del riesgo que puede sufrir la gestante en materia de avances médicos prenatales.

Lo que quiere decir que el objeto estudio de la responsabilidad civil extracontractual es la relación de causalidad entre el acto imputado al médico, clínica u hospital también en su parte administrativa y el daño sufrido por la paciente según la causal o ambos progenitores, de manera tal que el personal de salud solo será responsable de la conducta dolosa o culposa, cuando su actuar sea el generador determinante de los perjuicios causados.

2.3 Responsabilidad Médica:

La responsabilidad civil extracontractual o del Estato bajo el cual se plantea la acción de Wrongful Birth objeto de estudio en la presente investigación, desvirtúa la posibilidad de una relación jurídica anterior entre el paciente y el profesional sanitario, en otras palabras no se ha generado ningún tipo de acuerdo de voluntades entre los sujetos de derecho que imponga un resultado acordado de la actuación.

Razón por la que es importante dar claridad a las fuentes que generan la responsabilidad civil extracontractual (delictual o cuasi delictual), las cuales estudia el autor Luis Guillermo Serrano de la siguiente manera:

“En primer lugar se encuentra el “hecho propio” generado por el médico, independientemente si proviene o no de un vínculo jurídico preexistente entre las partes, en segundo lugar la responsabilidad “por el hecho de un tercero”, el cual se refiere al grado de responsabilidad que maneja el personal auxiliar del autor directo del daño, el médico quienes responderían solidariamente en la declaración judicial de responsabilidad”. (Serrano L.G, 2000, págs. 79-85)

Y en tercer lugar y no menos importante que las anteriores, se encuentra la responsabilidad por el hecho de cosas animadas e inanimadas:

“La cual se genera de los instrumentos o elementos de los que se vale el profesional de la salud para prestar el servicio, los cuales son objeto de control y vigilancia por parte del cuerpo médico, la entidad de salud o institución hospitalaria los cuales responderán solidariamente por los perjuicios causados.” (Escobar, 2000, págs. 43-47)

Con lo dicho anteriormente se podría afirmar que el punto de partida para demostrar la responsabilidad civil es el nexo de causalidad entendido como el vínculo por el cual se genera la conducta dañosa, es decir, profesional sanitario omite las causas fáticas que anteceden el control prenatal por información nugatoria por la que se genera una convicción distinta del estado en el embarazo, situación mediante la que se denota un inadecuado canal comunicativo entre el médico y la gestante.

Se reclama responsabilidad civil del profesional sanitario, debido al despliegue de una conducta omisiva mediante la cual se materializa en consecuencias no previstas por la gestante o ambos progenitores, razón por la que debe contar con el asentimiento de cualquier tipo de procedimiento he información vital en la elección de continuar o no con el embarazo

Ostentándose de esta manera que la relación del daño causado y el actuar irregular del profesional sanitario generan un perjuicio irremediable en el proyecto de vida de la gestante, sometiéndose a la gestante o a ambos progenitores cargas desproporcionadas de las cuales no está en la obligación de soportar.

Así surge la obligación de reparar e indemnizar el daño causado, buscando de esta manera que la víctima indirecta del Daño consumado o sea la gestante o ambos progenitores y se pueda mantener la capacidad de vivir una vida digna en termino de desarrollo personal y de inclusión social.

Para estudiar a fondo temas de responsabilidad civil médica como lo es la acción de *wrongful birth*, en el que el daño es un elemento del que no se puede prescindir y el cual se materializa en correlación con otros elementos que generan la obligación de indemnizar los daños y perjuicios en contra de los intereses legítimos tutelados y jurídicamente reconocidos por el legislador.

Dentro de la dimensión objetiva de la sociedad el derecho a la información y adecuada prestación del servicio de salud, se encuentra elevado al rango de derechos fundamentales, debido a que es conductor en el reconocimiento de otros derechos que buscan la prevalencia y el respeto de la Sociedad. Así empezará esta investigación a desencadenar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se entienden de la responsabilidad civil médica anteriormente abarcada, y la extensión q se genera de los mismos.

CAPÍTULO III LA TIPOLOGÍA DE LOS PERJUICIOS EN LOS EVENTOS DE WRONGFULBITRH

1. Perjuicios Patrimoniales

Para esta investigación es importante empezar abarcando los conceptos del Consejo de Estado en conexidad con la Constitución Política pues, ya se ha mencionado como funciona el daño en materia civil y así mismo, para la tipología de perjuicios se ira introduciendo de a poco lo que pretende tanto la Corte suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Según la jerarquía de las normas iniciando por el consejo de Estado, se trae a colación el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que expresa lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

De esta manera, este trabajo de investigación busca entablar conexión entre los perjuicios patrimoniales reconocidos en la Constitución y la acción objeto de investigación, teniendo en cuenta que antes de la Constitución de 1991 no había

artículo relacionado a endilgar la responsabilidad patrimonial del Estado, por esta razón el avance de estos perjuicios ha ido encaminado bajo el desarrollo del manto jurisprudencial.

Por lo expresado anteriormente se empezará con el concepto jurisprudencial del Consejo de Estado lo cual en Sentencia del 12 de febrero de 2015 expresa lo siguiente:

“Es de anotar que, por regla general, cuando se alude a la expresión única de “perjuicios patrimoniales”, sin distinguir modalidad alguna de los mismos, se debe entender que comprende el daño emergente y el lucro cesante, pues uno y otro integran el denominado daño material o patrimonial, tal como lo han decantado desde hace tiempo la jurisprudencia” (Consejo de Estado,.2014-03807, 2015)

Posteriormente se hace necesario crea una línea analítica entre ambas cortes para efectos de determinar los perjuicios ocasionados según la entidad a demandar, ahora bien, según el avance jurisprudencial adelantado por la Corte Suprema de Justicia en materia civil, indica que, “La indemnización del daño patrimonial tiene como fin remediar el detrimento económico sufrido por la víctima, por lo que una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada.” (Corte Suprema de Justicia,.SC10297, 2014)

Así mismo La Corte Constitucional ha respaldado en sentencia C-038 de 2006 la línea de responsabilidad que maneja el Consejo de Estado diciendo lo siguiente:

De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución.

De conformidad con lo anterior, la doctrina ha determinado que cuando se habla de daño patrimonial se hace referencia a los perjuicios directamente relacionados con los bienes reales de una persona. Por lo tanto:

Daño patrimonial es el que recae sobre un objeto, ya sea en forma directa sobre el propio objeto o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona titular del mismo y siempre que sea susceptible de comercio entre los hombres. El concepto es extensivo y, así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y, también, se considerará el daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para trabajar sobrevinida a la víctima". (Gomez, 2010, pág. 22)

Así las cosas para comenzar a desglosar el daño patrimonial civil y del Estado se iniciará con sus dos vertientes indirectas como lo es el lucro cesante y el daño emergente pues para efectos de extensión de responsabilidad se debe abarcar estos dos componentes.

1.2. Daño Emergente:

Aquí ha de referirse también a que el daño emergente pertenece tanto a la Corte Suprema de Justicia como al Consejo de Estado, para esta monografía es importante traer a colación ambos conceptos para dar una perspectiva panorámica de cómo se podría entablar la acción según la tipología de los perjuicios.

Ahora bien, la Constitución Política trae el concepto de responsabilidad Estatal, en su artículo 90 como se mencionó anteriormente, por lo tanto para efectos de estudio se entrará a analizar directamente desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal comenzando con el Consejo de Estado quien define el daño emergente como:

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. (Consejo de Estado,. Exp.33767, 2014)

Así mismo la Corte Suprema de justicia no muy lejana del concepto del Consejo de Estado expuso en conocida sentencia del 22 de junio de 1942 el concepto de daño emergente que apareció mediante tutela por la Corte Constitucional diciendo lo siguiente:

Desde el derecho romano, para deducir la reparación por el perjuicio moral no se hacía ninguna distinción entre la responsabilidad delictual y la contractual... Nuestra Ley en el inciso 3º del artículo 1610, en tratándose de las obligaciones de hacer dice que el acreedor puede decir: que el deudor lo indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, sin distinguir si se trata de un perjuicio pecuniario o moral, y como el artículo 1613 enseña que la indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente, o sea la pérdida sufrida y la ganancia que deja de hacerse según lo explica el artículo 1614 *ibidem*, es dable ver en la palabra PERDIDA de esta disposición, no sólo pérdida de dinero sino también toda pérdida sufrida aún por el patrimonio moral. (Corte Constitucional, T-575, 1996)

Para la doctrina “el daño emergente, abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, así como los desembolsos que hayan sido menester para obtenerlos o los que en el futuro serán necesarios para recomponer el patrimonio perjudicado” (Gomez, 2010, pág. 22)

1.3. Alimentos Congruos:

Para continuar con los perjuicios y su extensión esta investigación ahora se enfocara en los alimentos congruos que se desprenden del daño emergente y según el artículo 413 Código Civil y pertenecen a la tipología de la Corte Suprema de Justicia quien lo define así:

Los alimentos se dividen en congruos y necesarios. Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo

correspondiente a su posición social. Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

Para la jurisprudencia:

Se deben alimentos congruos: al cónyuge, a la mujer o al hombre separado o divorciado sin culpa suya, a los descendientes (legítimos, extramatrimoniales y adoptivos), a los ascendientes (legítimos, extramatrimoniales y adoptantes), y al donante que hizo una donación cuantiosa. Además, por motivos de equidad, un compañero permanente puede estar obligado a alimentar al otro, como lo decidió esta Corte en la sentencia C-1033 de 2002 en la cual declaró exequible el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, “siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho”. De otro lado, se deben alimentos necesarios a los hermanos legítimos.” (Corte Constitucional, C-156, 2003).

Es menester ahora, aclarar que según lo mencionado acerca de los alimentos congruos, estos, generan una carga que se extiende a la reparación de perjuicios patrimoniales en la acción de *wrongful birth* pues los progenitores estarían soportando una carga más según su estrato socioeconómico que no debería soportar por la omisión del personal sanitario que generó un detrimento económico, social y de núcleo familiar.

Con relación a la consolidación jurisprudencial mencionada respecto a los alimentos congruos o necesarios, este trabajo pretende abarcar únicamente los

alimentos necesarios como reparación por parte de la responsabilidad civil bajo la acción método de estudio, ya que los alimentos congruos hacen referencia la responsabilidad cuando existen grados de consanguinidad o afinidad que para este proyecto es innecesario entrar a debatir.

Los alimentos necesarios son como se mencionó anteriormente los que bastan para sustentar la vida en desarrollo y concreción de la obligación alimentaria, reconocida en la necesaria protección que el Estado social de Derecho ofrece bajo el beneficio del núcleo fundamental a la familia.

Con lo dicho anteriormente cabe recordar que quien impetra la acción de indemnización y reparación de perjuicios es decir *WrongfulBirth*, son los progenitores por lo tanto este reconocimiento a los alimentos necesarios como indemnización al perjuicio sería únicamente a quienes impetran la acción.

1.4. Lucro Cesante:

Ahora bien, el lucro cesante se estudiará de la misma forma en que se ha desarrollado este capítulo en cuanto a las definiciones del Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas como se mencionó anteriormente, la Constitución en su artículo 90 habla acerca del Daño Patrimonial a cargo del Estado en el cual ya no se hará más énfasis, razón por la cual se remitirá ipsofacto al Código Civil

(Corte Suprema de Justicia) específicamente en su artículo 1614 a cuyo tenor expresa:

Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento (subrayas fuera del texto original).

En razón a esto, la Corte Suprema de Justicia sigue la línea conceptual de la Ley y la Jurisprudencia aduciendo que:

Supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual' (...) vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que la ganancia ventaja que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejaran de ingresar al patrimonio falta o muy probablemente. (*Corte Suprema de Justicia, 1998-00529, 2009*)

Ahora, desde el punto de vista del Consejo de Estado “el lucro cesante se traduce en aquellos ingresos que el propietario del inmueble ocupado dejó de percibir como consecuencia de la ocupación del mismo” (*Consejo de Estado, 11783, 2001*)

Por otro lado la Corte Constitucional no ha pronunciado un concepto al respecto de este perjuicio. Sin embargo la doctrina si ha sido muy clara diciendo que, “el lucro cesante, que se constituye por todas las ganancias o expectativas de ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían si no hubiera acontecido el hecho dañoso.” (*Gomez, 2010, pág. 22*)

Para esta investigación es importante reconocer que el perjuicio patrimonial incluyendo sus dos vertientes daño emergente y lucro cesante tanto para el Consejo de Estado como para la Corte Suprema de Justicia se podría materializar la responsabilidad en la acción de *Wrongful birth* bajo el concepto de daño patrimonial, el cual se refleja en la afectación directa al patrimonio de los progenitores.

En el caso del lucro cesante se hablaría entonces de la carga soportada por los progenitores que se refleja en lo que ellos dejarían de percibir a causa de la no práctica del aborto, un ejemplo claro sería la pérdida o la imposibilidad de trabajar como consecuencia de quedarse al cuidando dependiente del bebe que nació con una enfermedad vital o las diferentes circunstancias que generan aquejamiento y que son reconocidas dentro de las causales de la Sentencia C-355 de 2006.

Por esta razón los progenitores se estarían atribuyendo una carga de la cual estos no tenían la obligación de soportar ya que por alguna de las causales reconocidas en la sentencia C 356- 2006 por omisión del profesional sanitario,

clínica, hospital y su parte administrativa, a la madre no se le practicó el aborto pudiéndolo haber hecho. Buscando de esta forma una relación de causalidad material entre el daño jurídico y la reparación conmutativa por daño patrimonial en cabeza del estado o de la responsabilidad civil (entidades privadas).

2. Perjuicios extramatrimoniales

Por otro lado es conveniente para esta investigación abarcar los perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales para la acción de *wrongful birth* que pretende este trabajo, para ello se conectaran los conceptos doctrinales y jurisprudenciales de las tres cortes como se venía realizando en los perjuicios patrimoniales y de esta manera poder entrar a debatir un poco sobre su extensión y forma de reparación.

Entrando en materia los perjuicios inmateriales son aquellos que no tienen contenido económico, pero, que al ser bienes jurídicos tienen protección en el ordenamiento esto quiere decir que demostrado el perjuicio debe de haber indemnización.

El trabajo de investigación se va a enfocar para el Consejo de Estado en el perjuicio moral y el daño a la salud, para la Corte Suprema de Justicia en el perjuicio moral, a la vida en relación, a la salud y al proyecto de vida

2.1. Daño Moral:

En un principio, el concepto de daño moral para el Consejo de Estado hacía referencia a todo daño que no fuera material o patrimonial, pero la jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:

Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas. (Consejo de Estado, 19836, 2011)

En todo caso se puede afirmar que el daño moral es un perjuicio específico dentro de los daños inmateriales que cuenta con independencia incluso para ser reconocido sin necesidad de que exista un perjuicio material eso se puede decir con veracidad basándose en el Expediente 14.970 del 05 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, el Consejo de Estado expresó:

En relación con los perjuicios materiales, la Sala considera que, en el expediente, no obra prueba que demuestre que los mismos se causaron. (...) Por lo anterior, la Sala considera que únicamente es procedente la condena a la entidad demandada por el pago de los daños morales causados a los demandantes.

A continuación y para separar conceptos la Sentencia del 05 de Agosto de 2014, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez hace alusión al concepto de daño moral y para tal efecto cita otra sentencia como referente la cual nos dice lo siguiente:

Está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, 'que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo' (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos", que se concretan "en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso. (Corte Suprema de Justicia, SC10297, 2014).

Así las cosas, la Corte Constitucional en sentencia T-102 de 2014 reitera lo que la Corte Suprema y el Consejo de Estado han mencionado sobre el tema y lo hace de la siguiente manera:

Debe la Sala destacar que la reparación del daño moral busca proteger la afectación a bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial, causados por la vulneración de los sentimientos íntimos de una persona, que surgen producto del dolor físico o psíquico infligido antijurídicamente.

Esta línea de argumentación se afirmarí que, en reconocimiento al daño moral, se estaría hablando de la afectación directa, cierta y no eventual el cual fue

provocado antijurídicamente a los progenitores por la vulneración a sus derechos fundamentales como es el de la dignidad humana, autonomía reproductiva y a su esfera psíquica y sentimental.

De esta circunstancia nace el hecho de que los progenitores teniendo la oportunidad de practicar la interrupción voluntaria del embarazo mediante cualquiera de las tres causales, dado el caso, por la omisión de éste se generó en ellos un daño, provocando así una carga no solo a nivel externo como se mencionó en los perjuicios patrimoniales, si no aún, más grave a nivel interno para el desarrollo de sus derechos humanos como ciudadanos dentro de un estado proteccionista y garantista.

También cabe decir que el perjuicio moral es un perjuicio independiente a todos los demás reconocido por la amplia jurisprudencia y doctrina, por lo tanto al tener carácter autónomo, indudablemente puede ser reconocido en esta acción método de investigación, pues el daño es evidentemente claro para los progenitores y su esfera interna pues este se refiere a la aflicción, conmoción y sufrimiento que se genera al estar sometidos los padres a una situación determinada.

4.2. Daño a la vida en relación:

Ahora bien, el daño a la vida de relación es propio de, de la Corte Suprema de Justicia, quien en Sala de Casación Penal, 33833, 2010 lo explica de la siguiente manera:

Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada en mayor o menor grado a causa de una lesión infringida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial.

Lo anterior quiere decir que este perjuicio se refiere a la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, es la pérdida del contacto o la capacidad de poder relacionarse con otras personas o cosas y la privación de disfrutar de una vida corriente viéndose forzado a una existencia en condiciones complicadas.

En este orden de ideas la corte en la misma sentencia puntualiza que:

El daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a.- tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado, b.- adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho, c.- en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico, d.- no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos, e.- según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que

igualmente resulten afectados, como verbigracia, el cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos o por aquella y éstos, f.- su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan, y g.- es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño -patrimonial o extrapatrimonial- que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos caso, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas. (Corte Suprema de Justicia, 33833, 2010)

No cabe duda alguna para esta investigación con lo expuesto anteriormente que el daño a la vida en relación es el que trasciende a la esfera externa de las personas, dicho esto podría presentarse la indemnización de la acción, pero aclarando que este es un perjuicio intangible e indemnizable para permitir la posibilidad de sobre llevar un vida digna.

Para el caso en estudio, se estaría hablando del reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo que en la acción de *Wrongful Birth*, se reconocería por la afectación a los progenitores debido a la inadecuada prestación del servicio de salud en el personal sanitario, clínica, hospital,, que afectan de forma directa en

relación al daño y en forma indirecta en relación al perjuicio que se extiende desde el mismo hecho dañoso hacia a su esfera externa.

El daño a la vida de relación se refiere a la relación de las víctimas con los demás, es decir, a manera de ejemplo según la causal segunda que despenaliza el aborto cuando un hijo nace con una malformación genética que provoca en los padres una carga emocional y económica más allá de lo esperado, cabe entonces interrogarse ¿Un hijo a usted le cambia la vida de relación? Claro que sí, y además, es más grave, cuando el hijo es enfermo, o cuando a causa del embarazo se desencadena una enfermedad para la madre.

2.3. Daño al proyecto de vida:

Saliéndose un poco de la conexión de conceptos anteriormente citados como lo son la Constitución, Ley, Jurisprudencia y Doctrina, se hace valioso exponer ahora la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla de forma minuciosa el daño al proyecto de vida con el caso Loayza Tamayo en el cual señala que:

El 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural

culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”. (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1998)

También la Corte en la misma sentencia mencionó que:

Implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses” (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1998)

El concepto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido de gran importancia para la implementación y desarrollo en Colombia pues las tres cortes lo han expuesto como único pilar referente al momento de proteger e indemnizar el derecho al proyecto de vida.

Para el caso en concreto la indemnización por el daño al proyecto de vida se podría encaminar hacia la obligación del estado de proteger y salvaguarda la libertad para desarrollar el proyecto personal de manera integral, sin que se presenten limitaciones que generen en los progenitores un obstáculo para desarrollarse a futuro y este obstáculo se puede presentar por la carga impuesta de manera poco preventiva e irresponsable en el actuar del profesional.

2.4 Daño a la salud:

Ahora bien, el último perjuicio que esta investigación pretender dar a conocer es el daño a la salud que es propio del Consejo de Estado, si bien es importante resaltar que este tipo de daño no solo afecta a los progenitores en ejercicio de la acción de *wongfulbrith* si no también afecta de forma directa a su hijo/a.

Inicialmente se abordara este perjuicio con el artículo 46 de la Constitución Política de Colombia diciendo que:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”
(constitucioncolombia.com, 2016)

La ley también se ha hecho presente acerca de este perjuicio diciendo que “el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas” (ley 1751 del 16 de febrero, 2015)

Seguidamente sería pertinente analizar el concepto presentado por el Consejo de Estado que dicho lo siguiente:

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(...) En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente -como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo. (Consejo de Estado, 33302, 2015)

También destaca la sala:

El daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.” (Consejo de Estado, 33302, 2015)

En el caso de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional aunque no se niega que pueda existir el daño a la salud, aun no se tienen datos sobre su aplicación.

Para concluir el tema perteneciente a la extensión de los perjuicios se hace necesario aclarar la opinión independiente de este trabajo de investigación, en base a un argumento justificado en el reconocimiento de las indemnizaciones y su porcentaje en materia indemnizatoria, pues, es de reconocer que la indemnización patrimonial siempre será de carácter objetivo pues, el fundamento de esto es que

afecta directamente el patrimonio de las personas por lo tanto se puede tasar en pesos.

Contrario a esto, sucede con los perjuicios extramatrimoniales, pues, la forma de reconocimiento es subjetiva y netamente personal, sin embargo como el criterio de indemnización a pesar de que la jurisprudencia lo ha distribuido en porcentajes, es únicamente el juez quien decide la extensión de reparación y el monto basándose en cada caso particular. Razón por la cual aunque los perjuicios extrapatrimoniales son de carácter subjetivo su indemnización siempre será de forma lucrativa como se da en el caso de los perjuicios patrimoniales.

ENFOQUE FINAL DE LA ACCIÓN DE *WRONGFULBIRTH*

Ha llegado el momento de enfocar la acción de Wrongful Birth explicando al lector que cuando se empezó el estudio del tema a inicios del presente año no se tenía conocimiento de caso alguno existente en Colombia que abordara esta acción, por lo que la misma era de contenido meramente teórico. Sin embargo a mediados de Junio se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el primer caso de indemnización de perjuicios en la acción de Wrongful Birth que para esta investigación resultó muy adecuado consolidando así lo que inició como una mera investigación.

Por lo anterior se da a conocer esta Sentencia, para poder demostrar que la investigación presentada en estas páginas siempre mantuvo una expectativa

jurídica sólida en la cual se reconocieron mediante los ejemplos prácticos del capítulo II y III la indemnización y reparación de perjuicios a los progenitores, esto en el caso de no existir tal sentencia, esta monografía no se perdería sólo el premisas jurídicas y mantendría intacta su línea investigativa teórica como se realizó.

La sentencia mencionada anteriormente es la T-301 de 2016 la cual hace que esta investigación deje de ser solo teórica y goce de fuerza constitucional en materia reparación e indemnización en abstracto de perjuicios para la acción de *Wrongful birth* pues expresa lo siguiente:

1. Rosa se encontraba embarazada y atendiendo controles prenatales a través de la EPS SaludCoop. En el control que tuvo lugar el 28 de mayo de 2015, cuando la accionante llevaba 20.6 semanas de gestación, se practicó una ecografía en la que se diagnosticó al *nasciturus* con hidrocefalia; Se programó una cita de control en la Unidad de Alto Riesgo Materno para el 11 de junio de 2015.
2. El control programado se llevó a cabo el 11 de junio de 2015. El médico tratante ordenó realizar una ecografía en detalle, que fue programada para el 7 de julio de 2015.
3. El 7 de julio de 2015, ya con 27 semanas de embarazo, se realizó una ecografía en la que diagnosticaron “*hidrocefalia bilateral no comunicante*” al *nasciturus*. Debido a dicha circunstancia, la accionante fue remitida a la Unidad de Alto Riesgo Gineco Obstétrico de la Clínica Materno Infantil de SaludCoop, con la finalidad de realizarle una valoración anatómica. Además, se informó a la paciente que el caso sería enviado a la junta médica para valoración y manejo que tendría lugar el 23 de julio de 2015. Durante su atención en la Unidad de

Alto Riesgo Gineco Obstétrico de la Clínica Materno Infantil de SaludCoop una ginecóloga de la Unidad le explicó los hallazgos ecográficos del *nasciturus* y se le informó sobre la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. Además, se ordenó la realización de una nueva ecografía en detalle, una resonancia magnética fetal y exámenes de sangre.

4. El 8 de julio de 2015 se practicó la ecografía en detalle y la resonancia magnética en las que se confirmó el diagnóstico. Ante los hallazgos, la señora Rosa acudió a la ginecóloga que inicialmente le había informado sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo y manifestó su intención de tomar dicha opción. La ginecóloga la defirió al Hospital de San José indicándole que debía asistir a través del servicio de urgencias.

5. El 9 de julio de 2015, la señora Rosa asistió al Hospital de San José donde le informaron que no tenían conocimiento sobre su situación, y al analizar su caso determinaron el siguiente plan de manejo:

“PACIENTE CON GESTACIÓN DE SEGUNDO TRIMESTRE QUE ASISTE PARA EVALUACIÓN POR GRUPO INSTITUCIONAL (sic) POR MEDICINA MATERNOFETAL PARA DEFINIR SOLICITUD DE IVE; SE COMENTA CASO CON GRUPO DE MEDICINA MATERNOFETAL QUIENES INDICAN QUE DEBE REALIZARSE SOLICITUD FORMAL POR PARTE DE LA PACIENTE Y ASISTIR NUEVAMENTE A ESTA INSTITUCIÓN UNA VEZ CUENTE CON AUTORIZACIÓN DEL PAQUETE IVE. SE EXPLICA A LA PACIENTE CLARAMENTE EL PROCEDIMIENTO. SE ACLARAN DUDAS. DICE ENTENDER”

6. El mismo día, la señora Rosa radicó sendos escritos ante la EPS SaludCoop, en los que solicitaba la interrupción voluntaria del embarazo. Invocó como razón

de su solicitud la “[g]rave *afectación mental*” y “[p]or la *grave malformación del feto que se evidencia en las distintas ecografías y diagnósticos*” e indicó que su embarazo estaba muy avanzado, llegando a las 27 semanas y 3 días de gestación, por lo que debía practicarse un “*feticidio*” y requería la remisión a un prestador que realizara dicho procedimiento. Invocando la sentencia C-355/2006 señaló que “[d]e acuerdo a esta *sentencia ninguna entidad se puede negar a realizar la interrupción voluntaria del embarazo si es solicitada por la afectada*”, por cuanto “*Esta situación está generando grave peligro para mi integridad física y mental*” y que SaludCoop contaba con 5 días para contestar su solicitud, como plazo razonable de acuerdo a la jurisprudencia.

7. El 13 de julio de 2015 la accionante acude al Hospital de San José a través del “*servicio de urgencias trabajo social*”. Por cuenta de trabajo social se le orienta sobre los procedimientos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo. Fue igualmente atendida por el servicio de psiquiatría que determinó que la paciente “**CON EMBARAZO DE 28 SEMANAS CON PRODUCTO MALFORMADO, PRESENTA CUADRO DE AFECTACIÓN EMOCIONAL SECUNDARIO**”. Producto de dicha valoración psiquiátrica se dijo por parte la psiquiatra Juana Atuesta: “**SE RECOMIENDA HACER EL PROCEDIMIENTO LO MAS PRONTO POSIBLE Y DAR APOYO PSICOTERAPEÚTICO AMBULATORIO A NECESIDAD**”. Además, se realizó una nueva ecografía en la que constaba “**EMBARAZO DE 25 SEMANAS, CURVA DE CRECIMIENTO FETAL EN PERCENTIL 2, HIDROCEFALIA NO COMUNICANTE. VENTRICULOMEGALIA (TERCER VENTRÍCULO DE 4 MM Y VENTRÍCULOS LATERALES DE 27 MM BILATERAL)**”. La accionante refirió en su escrito de tutela que en el Hospital de San José le informaron que: (i) debido a su avanzada edad gestacional no realizarían el procedimiento solicitado; (ii) ese tipo de procedimientos no se realizaban en dicha entidad y; (iii) le entregarían un

certificado médico en donde se indicara que la tutelante estaba incurso en una de las causales establecidas por la Corte Constitucional para interrumpir el embarazo.

8. De acuerdo a lo anterior, el Hospital de San José remitió a la accionante a SaludCoop EPS, en donde se reunió con la Coordinadora de Promoción y Prevención, quien le informó que la EPS no contaba con una entidad que pudiese prestar el servicio. La accionante aseguró que esa información quedó consignada en una carta que data del 21 de julio de 2015 y que fue suscrita por la Coordinadora de Promoción y Prevención de dicha EPS.

9. En la carta antes aludida, fechada el 21 de Julio de 2015, SaludCoop EPS le comunicó a la accionante que:

“-Dado que se trata de un procedimiento aun no establecido en la red prestadora de ninguna institución por tratarse de un embarazo con más de 22 semanas gestacionales, la EPS, gestionó en primera instancia con el Hospital San José (sic) para practicar la IVE, obteniendo respuesta no favorable, dado que su concepto fue la no disposición técnica para realizar el procedimiento. (Corte Constitucional,T-301 , 2016)

“-Se gestionó con la Fundación Clínica Santafé el día 15 de julio para ver la viabilidad de realización de este procedimiento, para lo cual se gestionó la solicitud de cotización del valor de este procedimiento a través de correo electrónico. Dado que al día de hoy no se ha recibido respuesta de dicho correo, en comunicación telefónica con personal de la Clínica, manifestaron que este procedimiento no lo realizan de manera habitual allí, ya que si bien aplican los criterios de la Sentencia C-355 nos solicitan documentar vía electrónica al correo del coordinador de ginecología y obstetricia de la Clínica, la posibilidad de que ingrese a la junta para mirar si es viable

la cotización para que la EPS genere autorización con pago anticipado.

“-Se ha solicitado concepto a los diferentes entes como la Secretaría Distrital de Salud, quienes han comunicado que en el momento se está gestionando para la formación de personal médico y avalar la realización de IVE a usuarias con más de 22 semanas de gestación que la soliciten o requieran.

“-Cabe anotar como se les mencionó personalmente, en el evento de no consecución de red por parte de la EPS agotando las posibilidades de Red en el distrito y si por parte directa de ustedes logran ubicar una institución reconocida y habilitada para este procedimiento, se podría hacer un trámite de solicitud de reembolso por parte de la EPS para lo cual se requiere: Carta de la usuaria solicitando reembolso con las justificaciones antes mencionadas realizadas por ustedes mismos; los soportes de historia clínica, laboratorios, imágenes diagnósticas, etc.; factura detallada expedida por la institución prestadora de este servicio; autorización por parte de la EPS y formulario diligenciado de solicitud de reembolso”.

Ahora bien, explicados los hechos de la Sentencia T-301 de 2016, se evidencia un caso de la acción materia de investigación pues se necesitan tres elementos básicos para impetrar la acción de *WrongfulBirth*: I) Que exista una mujer en embarazo, II) Que su situación esté dentro de cualquiera de las tres causales para la interrupción del IVE, y III) Que la clínica, hospital, EPS, IPS, personal administrativo y/o personal sanitario no le practiquen el aborto por cualquier razón que carezca de fundamento jurídico.

Mencionado lo anterior y teniendo claridad en los hechos ahora se procederá a reconocer los derechos vulnerados de la accionante Rosa quien los expresa así:

En su escrito de tutela, la accionante adicionalmente argumentó respecto a las malformaciones fetales incompatibles con la vida que *“no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho a estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. En la generalidad de estos casos, las mujeres tienen embarazos deseados que pueden convertirse en indeseados en virtud del diagnóstico de la malformación incompatible con la vida”*. Más adelante argumenta que:

“El derecho a la vida digna debe ser entendido no solo como el derecho al mantenimiento de la vida en su acepción biológica, sino como el derecho a (i) la autonomía o la posibilidad de construir el <<proyecto de vida>> y de determinar sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). El concepto de proyecto de vida acentúa la importancia de las expectativas de la persona respecto de su propia vida de acuerdo a sus condiciones y su contexto. El trasfondo es, por supuesto, la autodeterminación de cómo cada quien elige vivir su vida. El Proyecto de vida puede verse afectado con la continuación de un embarazo que es incompatible con el diseño individual de dicho proyecto y condiciona también afectaciones a la salud de las mujeres (además de causar diferentes tipos de daño, afecta las expectativas de las mujeres sobre su bienestar futuro y con ello su proyecto de vida)”

Así mismo la accionante solicitó como pretensión principal:

(i) Se le ordene a SaludCoop EPS que le garantice el acceso real e inmediato a la salud en condiciones integrales; (ii) el servicio solicitado sea prestado por urgencias desde el ingreso hasta su culminación, con incapacidad y entrega de los medicamentos que requiera en su recuperación; y (iii) SaludCoop EPS le brinde todo el acompañamiento anterior y posterior al procedimiento, que llegara a requerir.

Llegados a este punto, esta monografía ha abarcado cada uno de los derechos fundamentales vulnerados expuestos por la accionante, pero, el fin de ésta es ir siempre un paso adelante y por ello se hace necesario comprender el fallo negativo de primera instancia en la tutela precedida por el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá que expresó lo siguiente:

Mediante sentencia del 31 de agosto de 2015, el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá, negó la tutela del derecho a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, pero le ordenó a SaludCoop EPS autorizar y efectuar el tratamiento médico quirúrgico que requiera el que está por nacer, lo que implica realizar un estudio interdisciplinario con médicos nacionales e internacionales para que determinen la posibilidad de intervenir quirúrgicamente *intra* útero o inmediatamente luego de nacido, al menor de las anomalías que padece. Lo anterior supone la autorización y cubrimiento del tratamiento integral. A su vez, le ordenó autorizarle al accionante tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico que requiera.

Adicionalmente, le ordenó al ICBF organizar un grupo interdisciplinario con profesionales en el campo médico y con conocimientos en adopción, con el fin de darle a conocer e informarle a la señora Rosa sobre la posibilidad de dar en adopción al que está por nacer y brindarle a la madre el acompañamiento necesario.

A su vez, le ordenó a la Secretaria de Educación Distrital de Bogotá en coordinación con el ICBF, conformar un grupo interdisciplinario de profesionales en educación, para que el *nasciturus* reciba la educación que los médicos tratantes establezcan.

Finalmente, previno a SaludCoop EPS para que en adelante le dé respuesta oportuna a las solicitudes de IVE y le compulsó copias a la Superintendencia de Salud para que investigue las faltas en las que haya podido incurrir la mencionada EPS.

Decisión que a vista de esta monografía resulta insulsa para la accionante quien ha sufrido un viacrucis por la falta de compromiso de las Eps y quien solo necesita la IVE pues, como se ha mencionado reiteradas veces en esta monografía, el nacimiento de su hijo no es el daño, pero, sí lo es el perjuicio causado a la dignidad humana de la madre y a su proyecto de vida que cambia radicalmente por la omisión de la Eps trayendo al mundo a un hijo en condiciones de sufrimiento y padecer.

En vista de lo anterior la Corte Constitucional con M.P. Alejandro Linares Cantillo decidió proponer el siguiente problema jurídico de esta manera:

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso, ¿Se vulneró el derecho fundamental a la IVE invocado por la accionante, al no practicarse el procedimiento que permitiese la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de que la accionante había alegado la ocurrencia de las siguientes causales: (i) grave peligro para la vida de la madre por afectación psicológica, e (ii) inviabilidad del feto? Así mismo, la Sala debe determinar ¿Sí persiste la vulneración del derecho fundamental invocado por la accionante, teniendo en cuenta que el niño ya nació?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud; (ii) la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la IVE y los parámetros jurisprudenciales para la atención de este tipo de solicitudes; y (iii) procederá a analizar el caso concreto.

Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes expuestos en la Sección I de esta sentencia, la Sala tiene conocimiento que el menor ya nació. Por lo tanto, de manera preliminar se hará referencia a la jurisprudencia constitucional relacionada con la carencia actual de objeto, para luego sintetizar el precedente aplicable, si hubiere lugar a ello.

Así las cosas, la corte procedió a solucionar el caso en concreto explicando lo siguiente:

Al verificar esta situación, recordó que “una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales [cuenta] con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios”, lo que obligaba a un ejercicio de ponderación que equilibrara el deber del Estado de proteger la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, con los derechos de la mujer a la vida, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, ignorados en la norma estudiada. La Corte recordó que “[c]omo ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido”.

Se aclaró que “la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones”

La conducta a seguir en el caso de que un médico alegue la objeción de conciencia para la realización de un aborto consiste en *“proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica”*. (Corte Constitucional, T-301, 2016)

Ahora bien, respecto al caso concreto se tiene que se ha verificado que: (i) la señora Rosa fue afectada de manera manifiesta en su derecho fundamental a la IVE, puesto que se configuró en su caso la causal de peligro para la salud mental de madre por causa del embarazo, debidamente certificada por una médica psiquiatra, pero este no se pudo realizar por la demora en el diagnóstico por parte de la EPS SaludCoop, el manejo inoportuno del caso de la accionante, la falta de prestadores en la red para la atención de solicitudes de aborto en mujeres con avanzado estado de gestación, y la falta de identificación previa de prestadores para atender estos últimos casos; (ii) la vulneración del derecho a la IVE de la señora Rosa fue consecuencia de una acción clara y arbitraria de parte de la EPS SaludCoop, entidad que sin explicación alguna demoró la atención requerida para un diagnóstico oportuno, se abstuvo de realizar una remisión de la accionante a un prestador capacitado para atender su solicitud de aborto, no previó incluir en su red a prestadores capacitados para atender solicitudes de aborto en estados avanzados del embarazo, y no identificó previa y adecuadamente agentes del sistema que pudieran atender dichos requerimientos; (iii) la señora Rosa no dispone de otro medio de defensa judicial eficaz para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-355 de 2006.

En este sentido, el hecho de que la accionante estuviera en una etapa avanzada del embarazo y que uno de los prestadores de la red no estuviera en incapacidad de realizar el procedimiento requerido, no es excusa válida para relevar a la entidad de su deber de realizar el procedimiento cuando se reúnan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, así como tampoco de tener previamente identificados los prestadores para atender abortos en etapas iniciales o tempranas del embarazo, y también en etapas avanzadas, teniendo en cuenta los protocolos adecuados científicamente a cada uno de los escenarios.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que resulta procedente la condena en abstracto, siendo responsable de la indemnización a la que haya lugar la EPS SaludCoop. No corresponde en este caso declarar la solidaridad con otros prestadores involucrados en el caso, esto es con el Hospital San José, puesto que como se evidenció anteriormente, fue únicamente la EPS SaludCoop y los profesionales de la salud adscritos a dicha entidad, quienes con sus omisiones desconocieron de manera arbitraria los mínimos definidos por la jurisprudencia, necesarios para la eficacia del derecho fundamental a la IVE en el caso concreto.

Tratándose de acciones de tutela que busquen la protección del derecho fundamental a la IVE identificado por la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006, el nacimiento de la criatura conlleva la declaratoria de carencia actual de objeto frente a la protección solicitada y la denegación del amparo por esta causa. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte y atendiendo el derecho a la dignidad del menor ya nacido, se reitera que *“el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificada, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño”*

En consecuencia, en la parte resolutive de la presente sentencia, se dispondrá la condena en abstracto, que implica que a través del trámite incidental, el juez administrativo competente proceda a realizar la liquidación correspondiente.

Con miras a garantizar el pago de la obligación derivada de la condena en abstracto que prevé la jurisprudencia en casos como el presente, resulta necesario ordenar al Agente Especial Liquidador a cargo del proceso, la constitución de una *“reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían”* a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental al aborto, como mecanismo para asegurar el

reconocimiento y pago del monto tasado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, luego del trámite incidental que deberá surtirse dentro de los seis meses siguientes al fallo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Esta reserva deberá hacerse respetando la prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, y el pago de la misma deberá ser realizado por el Agente Especial Liquidador a la accionante de forma preferente frente a los demás reclamantes de la misma clase en el proceso de liquidación de dicha entidad.

Por lo tanto y para finalizar la corte ordena:

CONDENAR en abstracto a SaludCoopE.P.S., a pagar y reparar integralmente todos los perjuicios causados a la accionante, la señora Rosa, por la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto al que tenía derecho por reunir las condiciones exigidas en la sentencia C-355 de 2006. Se dará en consecuencia aplicación al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose la reparación integral de los perjuicios sufridos por la accionante, en especial, el daño ocasionado a su salud mental. (Corte Constitucional, T-301, 2016)

Mencionado lo anterior, se da la claridad que sí se logra impetrar la acción por medio de la tutela pues el derecho al IVE es constitucionalmente amparado y seguidamente se tiene que optar por la vía de lo contencioso o la jurisdicción ordinaria para la indemnización y reparación de los perjuicios a que haya lugar.

Conclusiones

1. Se reafirmó que la acción de *WrongfulBirth* es viable dentro del Estado Colombiano, identificando los derechos fundamentales sobre los cuales recae el daño y de esta manera se planteó un avance jurídico y médico, tendiente al reconocimiento de una reparación integral en un tema de poco pronunciamiento para el país pero de gran controversia social y política en el ámbito internacional.
2. Se identificó y explicó con claridad de manera taxativa, las causales de la Sentencia C-355 de 2006 por las que procede la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual en evento de *WrongfulBirth*.
3. Se reconocieron e identificaron los derechos fundamentales de los progenitores los cuales se vieron envueltos en situación de amenaza o vulnerabilidad en la acción de *WrongfulBirth*.
4. Se demostró mediante sentencias, doctrina y jurisprudencia que el daño no radica en la vida del que ha nacido, si no, en la omisión generada por el personal sanitario hacia los derechos fundamentales de los padres quienes son sujetos activos en la acción.
5. se logró categorizar he identificar la tipología de los perjuicios en cada una de las cortes desarrolladas a lo largo del trabajo de investigación como lo son, la corte suprema de justicia y el consejo de estado, esto para dar claridad al reconocimiento de los perjuicios que se generan en cada una de ellas.

6. Se planteó mediante esta monografía de pregrado una visión jurídica que va más allá de lo esperado y reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano, abarcando conceptos y propuestas innovadoras a los vacíos jurídicos que se hicieron notorios desde el inicio de esta investigación, demostrando verazmente que la acción propuesta es un avance necesario e histórico para un país donde el fin último es proteger y salvaguardar la dignidad humana.

Bibliografía

Consejo de Estado 11783 (10 de Mayo de 2001).

sentencia de 14 de marzo de 1942 (Corte Suprema de Justicia e 14 de marzo de 1942).

Alberto, T. L. (2009). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Y LA CONTRACTUAL*. . Bogota : Doctrina y Ley .

Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Serie Cn.º42, Párr.150. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Noviembre de 1998).

Caso Loayza Tamayo vs. Perú., Serie C n.º 42, párr. 150. (Corte Interoamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 1998).

COLOMBIA, E. C. (1981). *LEY 23 DE 1981* . Bogota Dc : Diario Oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981.

COLOMBIA, E. C. (1981). *LEY 23 DE 1981 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 3380*. . Bogota Dc: Diario Oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981.

Consejo de Estado 33302 (Sala de lo Contencioso Administrativo Seccion tercera 26 de Agosto de 2015).

Consejo de Estado 33767 (Sala de lo Contencioso Administrativo 01 de Octubre de 2014).

Corte Suprema de Justicial, , 33833 (Sala de Casación Pena 2010.).

DOCUMENTO LEY 599 DE 2000. (2000). Bogota DC: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

Documento: Ley 57 de 1887 Nivel Nacional. (1887). Bogota Dc: Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887.

Gleitman V. Cosgrove (Corte Suprema de New Jersey 6 de marzo de 1967).

Gomez, R. (2010). La Dualidad del Daño Patrimonial y el Daño Moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 22.

- Gómez, R. I. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 36, P.22. .
- Gómez, R. I. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (36), Pg. 23-24.
- Guillermo, S. E. (2004). *ASPECTOS CRÍTICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ACTUALIDAD*. Bogota: Doctrina Y Ley .
- Guzman, M. F. (2004). *CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA*. . Bogota : Doctrina y ley .
- Henao, J. C. (1998). *"El Daño" I Edición*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia Bogotá.
- Henao, J. C. (2007). *El daño analisis comparativo de la responsabilidad del estado de Derecho Colombiano y Frances* . bogota DC: U.externado de Colombia .
- Jacobs Vs Theimer, 519.W.2d 846 (Tribunal Supremo de Texas 19 de febrero de 1975).
- Javier, T. J. (1993). *responsabilidad civil medica en los servicios de salud*. Medellin: Medellin biblioteca Juridica Dike.
- Loayza Tamayo Vs Peru, C n° 42 Parr.150 (Corte Internacional de Derechos Humanos 27 de noviembre de 1998).
- Medica, T. N. (2013). *TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA GACETA JURISPRUDENCIAL JUNIO DEL 2013 GINECOLOGIA, OBSTETRICIA,ABORTO*. Bogota DC: Giro Graphos Impresores Ltda.
- Roe Contra Wade., Caso 410US113 (Corte Suprema De los Estados Unidos 13 de diciembre de 1971).
- Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogota D.C. (16 de Febrero de 2015). www.alcaldiabogota.gov.co. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>
- senetencia T 082 del 2013 , Referencia: expediente T-3.603.506 (Corte Constitucional 19 de febrero de 2013).
- Sentencia , 2005-406-01 (Sala de Casación Civil 18 de Septiembre de 2009).

Sentencia , SC10297-2014 (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casacion Civil 05 de Agosto de 2014).

sentencia de 5 de marzo de 1940, Expediente 5507 29 (Corte Suprema de Justicia 5 de marzo de 1940).

Sentencia T- 227 del 2003 , Referencia: expediente T-669050 (Corte Constitucional).

SENTENCIA T-732 de 2009., Referencia: expediente T-2.302.353 (CORTE CONSTITUCIONAL 15 de OCTUBRE de 2009).

Sentencia, 550729 (Corte Suprema de Justicia 05 de Marzo de 1940).

Sentencia, C-156 (Corte Constitucional 25 de Febrero de 2003).

Sentencia, 1998-00529 (Corte Suprema de Justicia 18 de Diciembre de 2009).

Sentencia, T-732 (Corte Constitucional 15 de Octubre de 2009).

Sentencia, T-750 (Corte Constitucional 10 de Diciembre de 2015).

Sentencia, T-121 (Corte Constitucional 26 de Marzo de 2015).

Sentencia C-156 2014, Referencia: expediente D-9185 (Corte Constitucional 20 de marzo de 2013).

SENTENCIA DE T-841 de 2011., expediente T-3.130.813 (CORTE CONSTITUCIONAL 03 de NOVIEMBRE de 2011).

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

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

Sentencia T- 585 DE 2010. , Expediente T-2.597.513 (CORTE CONSTITUCIONAL 22 de julio de 2010).

sentencia T- 801 de 1998 , Expedientes acumulados T-176943 y T-178076 (Corte Constitucional).

Sentencias De La Corte Cosntirucional Condicionada , C-355 DE 2006 (CORTE CONSTITUCIONA 10 de mayo de 2006).

sergio, y. r. (1996). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA*. Medellin: Medellin biblioteca Medica dike .

Sierra, f. G. (2014). *Constitucion Politica Anotada*. Bogota Dc: Leyer.

Titulo II Art.49. (13 de Mayo de 2016). Obtenido de [constitucioncolombia.com](http://www.constitucioncolombia.com):
<http://www.constitucioncolombia.com/>

Winograd, G. M. (2001). DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD MEDICA
Análisis de jurisprudencia norteamericana reseña de jurisprudencia
francesa. *Revista de comunicaciòn y salud*, 293 Pg.

Referencias bibliográficas

Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Serie Cn.º42, Párr.150. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Noviembre de 1998).

Centros de Estudiantes de la UBA. (17 de Julio de 2008). *Centros de Estudiantes de la UBA*. Recuperado el 9 de Nov. de 2016, de Argentino.com.ar: <http://doctorpapagu.blogspot.com.co/2008/07/mismidad-e-ipseidad.html>

Cirion, A. E. (2001). La Responsabilidad Jurídica Derivada de Diagnósticos genéticos Erroneos. En A. E. Cirion, *La Responsabilidad Jurídica Derivada de Diagnósticos genéticos Erroneos* (pág. 1605). España: Diario La Ley, 3 núm. 5, pp.

Colombia, C. P. (1991). Bogota: Legis.

Colombia, C. P. (1991). Preambulo.

Consejo de Estado, 11783, 11783 (Consejo de Estado 10 de Mayo de 2001).

Consejo de Estado, 19836, 19836 (Sala de lo Contencioso Administrativo 30 de Junio de 2011).

Consejo de Estado, 33302, 33302 (Sala de lo Contencioso Administrativo Seccion tercera 26 de Agosto de 2015).

Consejo de Estado,. Exp.33767 (Sala de lo Contencioso Administrativo 01 de Octubre de 2014).

Consejo de Estado,.2014-03807 (Sala de lo Contencioso Administrativo 12 de Febrero de 2015).

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogota: legis.

constitucioncolombia.com. (13 de Mayo de 2016). *Titulo II Art.49*. Obtenido de [constitucioncolombia.com](http://www.constitucioncolombia.com/): <http://www.constitucioncolombia.com/>

Corte Constitucional C-841 (3 de Nov. de 2011).

Corte Constitucional C- 355 del 2006.

Corte Constitucional T- 732 (15 de Oct. de 2009).

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

Corte Constitucional T-750 (26 de Septiembre de 2012).

Corte Constitucional, C-156, C-156 (Corte Constitucional 25 de Febrero de 2003).

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

Corte Constitucional, C-841, C-841 (Corte Constitucional 03 de Noviembre de 2011).

Corte Constitucional, T-121, T-121 (Corte Constitucional 26 de Marzo de 2015).

Corte Constitucional, T-575, T-575 (Corte Constitucional 29 de octubre de 1996).

Corte Constitucional, T-585, T-585 (Corte Constitucional 22 de Julio de 2010).

Corte Constitucional, T-301, T-301 (Corte Constitucional 09 de Junio de 2016).

Corte Constiucional C-133, C-133 de 1994 (17 de Marzo de 1994).

Corte Contitucional C -013, C -013 de 1997 (23 de Enero de 1997).

Corte Suprema de Justicia, 550729, 550729 (Corte Suprema de Justicia 05 de Marzo de 1940).

Corte Suprema de Justicia 5507, 5507 (Sala de Casacion Civil (tomado de: <http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj-cc-30-ene-2001.pdf>) 30 de Enero de 2001).

Corte Suprema de Justicia, 6878, 6878 (Sala de Casacion Civil 26 de Septiembre de 2002).

Corte Suprema de Justicia, SC10297 (Sala de Casación Civil 5 de Agosto de 2014).

Corte Suprema de Justicia, SC10297 (Sala de Casacion Civil 05 de Agosto de 2014).

Corte Suprema de Justicia, 1998-00529, 1998-00529 (Corte Suprema de Justicia 18 de Diciembre de 2009).

Corte Suprema de Justicia, 33833, 33833 (Sala de Casación Penal 25 de Agosto de 2010).

Corte Suprema de New Jersey, 227 A.2d 689, 227 A.2d 689 (Corte Suprema de New Jersey 06 de Marzo de 1967).

Corte Suprema de Texas, 519 S.W. 2d 846, 519 S.W. 2d 846 (Corte Suprema de Texas 19 de Febrero de 1975).

Cuadernos civitas de jurisprudencia, 2 Civil, num. 76, Cuadernos civitas de jurisprudencia 2 Civil, num. 76 (Civil 06 de Julio de 2008).

decreto 4444 (13 de Diciembre de 2006).

Escobar, L. G. (2000). *Responsabilidad Civil Medica*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Garzon Ruiz, C. (16 de Enero de 2014., Elementos estructurales de la Responsabilidad Civil en Colombia.). *wikiestudiantes*. Obtenido de wikiestudiantes: <http://www.wikiestudiantes.org/elementos-estructurales-de-la-responsabilidad-civil-en/>

geosalud su sitio de salud en la web. (20 de noviembre de 2015). *Geosalud.com*. Obtenido de Webmaster GeoSalud: <http://www.geosalud.com/hipertension/hipertension-arterial-embarazo.html>

Gomez, R. (2010). La Dualidad del Daño Patrimonial y el Daño Moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 22.

Henao. (J.C (1998). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 22-28). *El Daño* (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henao, J. C. (1998). *"El Daño" I Edición*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia Bogotá.

Leagle, Inc. . (07 de Julio de 2015). *Leagle.com*. Obtenido de Leagle.com: http://www.leagle.com/decision/197844746NY2d401_1413/BECKER%20v.%20SCHWARTZ#

ley 1751 del 16 de febrero. (16 de Febrero de 2015). www.alcaldiabogota.gov.co. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>

mazeaud, h. y. (s.f.). lecciones de derecho civil. En h. y. mazeaud.

MORILLO, A. (2011). El tratamiento de las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 83 - 98, Pág. 85.

Naciones Unidas Centro de Información. (18 de Dic. de 1979). Obtenido de Naciones Unidas Centro de Información:
<http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/cedaw.htm>

OMS (2016). Iniciativa de Lucha contra el Sarampión y la Rubéola: Organización Mundial de la Salud. (s.f.). *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 9 de Nov. de 2016, de Organización Mundial de la Salud:
<http://www.who.int/mediacentre/news/es/>

Semana. (12 de Octubre de 2016). *semana.com*. (R. Semana, Ed.) Obtenido de semana.com: <http://www.semana.com/nacion/articulo/condena-a-saludcoop-por-no-practicar-aborto/498879>

Sentencia T- 227 del 2003 , Referencia: expediente T-669050 (Corte Constitucional).

Sentencia, T-732 (Corte Constitucional 15 de Octubre de 2009).

sentencia T- 801 de 1998 , Expedientes acumulados T-176943 y T-178076 (Corte Constitucional).

Serrano L.G. (2000). Nuevos conceptos de responsabilidad civil medica. En Serrano L.G, *Nuevos conceptos de responsabilidad civil medica* (pág. 146). Santa fe de Bogota: Ediciones Doctrins y Ley Ltda.,.

(Vicandi, A.(2013). El Concepto de Wrongful Birth y su inherente problemática. R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013.).

Zannoni, E. (1987). *Daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y ricardo de palma s.r.l, 2ª edición Actualizada y Ampliada. editorial 1987, p. 1.