



MONOGRAFIA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE
EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

POR:

EYMER SAAVEDRA ROSAS

PARA OPTAR POR EL TITULO DE

ABOGADO

DOCENTE TUTOR:

JOSE LOPEZ OLIVA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA.
FACULTAD DE DERECHO.
BOGOTÁ D.C
2014



CONTENIDO

INTRODUCCION	5
1. RESPONSABILIDAD	7
1.1. Responsabilidad moral	7
1.2. Responsabilidad penal	8
1.2.1. Elementos de la conducta punible	9
2. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL	11
3. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES	12
4. RESPONSABILIDAD CIVIL	13
4.1. Clases de responsabilidad civil	14
4.1.1. Responsabilidad civil contractual	15
4.1.2. Responsabilidad civil extracontractual	17
5. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD	18
5.1. La responsabilidad subjetiva	18
5.1.1. De La Culpa Probada	19
5.1.2. De La Culpa Presunta	19
5.2. Responsabilidad objetiva	20
6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE RESPONSABILIDAD	20



6.1.	La Culpa	20
6.2.	El Daño	21
6.3.	Nexo Causal.....	22
7.	EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	22
7.1.	Caso fortuito y/o fuerza mayor	22
7.2.	Hecho de un tercero.....	23
7.3.	Culpa exclusiva de la víctima	23
8.	RESPONSABILIDAD MÉDICA	24
8.1.	Obligaciones de medio.....	25
8.2.	Obligaciones de resultado.....	27
9.	RESPONSABILIDAD POR ERRORES DE LABORATORIO.....	27
10.	ACCIONES WRONGFULBIRTH . WRONGFULLIFE.....	28
10.1.	Origen de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life	28
10.2.	Las acciones wrongful birth y wrongful life.....	29
10.2.1.	Acciones Wrongful Birth	31
10.2.2.	Acciones Wrongful Life.....	32
10.3.	Elementos constitutivos de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life	33
11.	ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO	34
12.	TESIS PROPUESTA . RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN	37
13.	CONCLUSIONES.....	41



MONOGRAFIA
IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.
EYMER SAAVEDRA ROSAS
UMNG
2014

Página 4 de 46

14.	BIBLIOGRAFIA.....	43
15.	REFERENCIAS ELECTRONICAS	45



INTRODUCCION

El mundo del derecho ha tenido una gran evolución a lo largo de los últimos años, en especial en lo que concierne a la responsabilidad civil, los nuevos avances tecnológicos y científicos principalmente en el campo de la medicina, hacen que la responsabilidad de los distintos profesionales de la salud se encuentren sujetos a normas cada día más estrictas, que imponen un mayor deber de cuidado.

La responsabilidad se entiende, como aquella obligación que surge por el hecho de haber ocasionado un daño con nuestro actuar, esto nos obliga a mantener un nivel de conducta apropiado, acorde de las normas a las cuales nos encontramos sometidos. En nuestra legislación existen sanciones que se imponen a aquellas personas que con su actuar lesionen o causen un daño a otra persona, así pues quien con su actuar lesione una ley penal se le impondrá una pena y deberá resarcir los perjuicios patrimoniales causados, o aquel que con su actuar afecte el patrimonio de otra persona deberá propender por reparar el daño a su costa.

En nuestro ordenamiento Jurídico, la vida es considerado un derecho inalienable, fundamental para todo ser Humano y la violación a este derecho supone inicialmente la imposición de una sanción penal. El derecho a la vida es un derecho que se encuentra protegido en nuestro ordenamiento jurídico incluso desde antes de que se pueda ser considerado como persona, pues nuestra legislación penal contempla la interrupción del embarazo como un delito y como tal supone la imposición de una pena.

Sin embargo la Honorable corte Constitucional, al proferir la sentencia C-355 de 2006, en un hecho sin precedentes en nuestro país, despenaliza el aborto en circunstancias específicas, las cuales procuran salvaguardar los derechos y dignidades de la mujer así como también de aquel que está por nacer, permitiendo que la madre que se encuentre inmersa en alguna de estas causales pueda recurrir libremente a un centro médico para que se interrumpa su embarazo y así evitar un daño físico y/o psíquico mayor.



MONOGRAFIA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 6 de 46

Lo anterior trae consigo una serie de implicaciones morales y jurídicas entre las cuales se encuentran la posibilidad del ingreso de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life a nuestro ordenamiento jurídico, dichas acciones han creado una gran conmoción en el campo de la responsabilidad medica, en principio por sus fuertes implicaciones morales, dado que dichas acciones plantean la posibilidad de que la vida pueda ser considerada un daño, e igualmente por el grado de responsabilidad que exige de los profesionales de la salud, pues cualquier error en un diagnóstico prenatal puede conducir a desencadenar este tipo de acciones las cuales buscan el resarcir un perjuicio con el pago de una indemnización .

El objeto del presente estudio es analizar la aplicación de las referidas acciones en en nuestro ordenamiento jurídico, confrontandlas con los casos en los cuales la jurisprudencia considera que el aborto no puede ser considerado punible.



1. RESPONSABILIDAD

Se entiende por responsabilidad, la obligación que se tiene de asumir las consecuencias de los actos o hechos o conductas realizados por sí o por quien estuviese puesto a su cargo, conforme lo establece el artículo 2347 de nuestro código civil¹; la responsabilidad se puede presentar en numerosos campos en el ámbito jurídico, sin embargo, para efecto de adentrarnos en el tema que nos atañe, tocaremos lo que respecta a la responsabilidad moral, penal y finalmente ingresaremos en el campo de la responsabilidad civil.

1.1. Responsabilidad moral

La responsabilidad moral es aquella que no trasciende el campo personal, sino que es aquel juicio de reproche que nace en los individuos cuando su comportamiento riñe con todo aquello que es tradicionalmente aceptable en un entorno social.

La responsabilidad moral está íntimamente relacionada con la moral cristiana, con las buenas costumbres y con el derecho natural como pautas que rigen los

¹ Congreso de la República de Colombia; Código Civil Colombiano; Artículo 2347: “... Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho...”.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 8 de 46

comportamientos humanos². Se trata entonces de un juicio interno de un conflicto intrínseco de cada ser humano que de acuerdo a su costumbre se presentará de distintas formas y en un grado de intensidad diferente para cada eventualidad y para cada persona.

1.2. Responsabilidad penal

La responsabilidad penal es aquella obligación de reparar o resarcir el daño que se origina de la comisión, o tentativa de un hecho punible, y debe asumir su actuar con el cumplimiento de una pena. La responsabilidad penal se trata entonces la imposición de una pena prevista para una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por ordenamiento jurídico en el cual se encuentra sometido; son las consecuencias del quebranto a la ley penal que impuestas por el Estado.

Para que exista la configuración de una conducta como punible, esta debe ser típica antijurídica y culpable, es decir que este prevista en la ley penal, que sea lesivo de cualquier bien jurídico tutelado y que su actuar se hubiese realizado con culpabilidad, es decir con de dolo, culpa o que hubiese sido preterintencional.³

² Martínez Rave Gilberto y Martínez Tamayo Catalina; Responsabilidad Civil Extracontractual Undécima edición revisada y puesta al día editorial Temis 2003, pagina 3 capitulo 1 Numeral 1.

³Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 9: *"...Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad..."*.

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 10: *"...Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley...".



1.2.1. Elementos de la conducta punible

▪ Tipicidad

Este elemento exige que la conducta desplegada por el actor se encuentre previamente consagrada dentro del ordenamiento jurídico en el cual se encuentra inmerso. La Corte Constitucional, ha sostenido que el principio de tipicidad se compone de dos aspectos, (i) que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción; y (ii) la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse.⁴

De igual manera la Corte Constitucional también se ha referido al principio de tipicidad como aquel según el cual:

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 11: *"...Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal..."*.

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 12: *"...Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva..."*.

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 13: *"...Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación..."*.

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 22: *"...Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar..."*.

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 23: *"...Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo..."*.

Congreso de la República: Ley 599 de 2000(Código Penal Colombiano); Artículo 24: *"... La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente..."*.

⁴ Corte Constitucional Colombiana; SentenciaC-030/12; Magistrado Ponente. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 10 de 46

La ley debe definir, de manera clara, precisa e inequívoca, la conducta punible. Con este principio se busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos, es decir, la realización del principio fundamental nullum crimen, nulla poena sine lege, que permita al destinatario de la norma conocer exactamente la conducta prohibida y sancionada penalmente y por lo cual, se debe evitar la indeterminación del tipo penal, para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.⁵

▪ **Antijuridicidad**

La antijuridicidad hace alusión a la vulneración de un bien jurídicamente tutelado a través del accionar de una persona. Dentro de nuestra legislación penal se establece que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.⁶ No basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, sino que es necesario establecer la lesión o peligro potencial injustificado del interés que tutela la Ley.⁷

▪ **Culpabilidad**

Este principio trata acerca de la intención del autor de una conducta que es típica y antijurídica, es decir el direccionamiento propio que impartió al momento de desencadenar las actuaciones que resultaron en la comisión de una conducta típica y antijurídica; dicho actuar puede encajarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una conducta dolosa culposa o preterintencional.

⁵ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-1164 de 2000; Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Sentencia C-127 de 1993 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero citadas por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-301/11; Magistrado Ponente. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶ Congreso de la República; Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano); Artículo 11. “...Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal...”.

⁷ Corte Suprema de Justicia; pronunciamiento de la sala penal; Magistrado Ponente: Alfonso Reyes Echandia citado por la Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Proceso 21923; Magistrado Ponente; DR. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.



- Dolo

El dolo es aquel elemento constitutivo de la conducta punible que hace parte del elemento volitivo es decir obedece a la intención del actor a sabiendas de las consecuencias. Se define como el conocimiento más el querer su realización, en nuestro código penal se encuentra establecido en el artículo 22.⁸

- Culpa

La culpa como elemento de la conducta punible se encuentra contemplado en nuestro Código Penal en su artículo 23, en donde se define como la vulneración en la obligación de diligencia y prudencia que nos impone el ordenamiento jurídico al cual nos encontramos sometidos. Implica un juicio de reproche por la falta de prudencia diligencia o pericia en la realización de una conducta.⁹

- Preterintencion.

Se trata de aquel resultado que excede la intención del agente siendo previsible esta situación, dentro de nuestro Código Penal; se encuentra inmersa en el artículo 24.¹⁰

2. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

Inicialmente, observamos que los dos tipos de responsabilidad tanto la civil como la penal parten del nacimiento de un perjuicio, originado por el despliegue de una conducta realizada. Sin embargo es en este punto en donde parten diferencias los

⁸ Congreso de la República; Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) Artículo 22. “...Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar...”

⁹ Congreso de la República; Ley 599 de 2000; Artículo 23: “... Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo...”

¹⁰ Congreso de la República; Ley 599 de 2000; Artículo 24. “...La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente...”



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 12 de 46

dos tipos de responsabilidad: mientras la responsabilidad civil atañe únicamente al campo privado, la responsabilidad penal atañe al interés general.

En otras palabras, si la conducta responsable (acción u omisión), afecta únicamente el interés privado de la víctima, estamos ante una responsabilidad civil; ahora bien, si la conducta lesiona el interés general de la comunidad, se configura la responsabilidad penal que trae como consecuencia una sanción penal provista de una acción pública, de la cual únicamente es titular el Estado.¹¹

No obstante lo anterior, cuando se genera una responsabilidad penal, puede consigo llevar intrínsecamente una responsabilidad civil, pues como se mencionó anteriormente para que una conducta sea punible esta debe ser típica antijurídica y culpable, y es precisamente allí en donde se configura una responsabilidad de tipo civil, pues al afectar un bien jurídicamente tutelado se está causando un perjuicio material a una posible víctima, el cual puede ser de tipo material y/o moral, ante la afectación de su patrimonio económico como consecuencia de la conducta desplegada por el autor del punible.

3. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

Existen casos en los cuales, pueden concurrir los distintos tipos de responsabilidad que previamente fueron objeto de estudio, es decir puede presentarse en un mismo hecho, la responsabilidad moral, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

Por ejemplo, en el evento en el cual se presenta una riña entre dos personas sujetos a y b, el objetivo de los participantes es causar unas lesiones personales a su contrincante, sin embargo en un evento desafortunado el sujeto a causa la muerte del sujeto b¹².

¹¹ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009.

¹² Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición ; Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009; Pág. 28 N° 6.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 13 de 46

Inicialmente concurre la responsabilidad moral, por cuanto quien causa la muerte no tiene premeditado el resultado pues excedió su intención, por lo cual le asiste un juicio intrínseco de reproche moral; igualmente se presenta una responsabilidad penal, toda vez que no encontramos frente a un hecho punible pues con su actuar el sujeto a causa un homicidio preterintencional, ahora bien como quiera que se cometió una conducta punible, esta conlleva a una responsabilidad civil, pues se generan perjuicios materiales con el fallecimiento del sujeto b, dado este tenía o podría tener la expectativa de una erogación pecuniaria, o por el simple hecho de su fallecimiento causa unos perjuicios morales.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL

Se considera a la responsabilidad civil como fuente de obligaciones, dado que quien genera un daño, se encuentra en la obligación de reparar el perjuicio causado, el cual para el campo de la responsabilidad civil atañe únicamente al daño causado en el patrimonio de la persona; en otras palabras se trata de la obligación de resarcir un perjuicio material causado con una conducta desplegada. Dicho perjuicio puede ser originado por causa del incumplimiento de un contrato o por un hecho completamente ajeno, es decir, el perjuicio se puede originar sin que medie un contrato entre el civilmente responsable y sobre quien recae la acción realizada.

El Doctor Valencia Zea manifiesta:

La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de



haber causado un daño a otro, no obstante no es obligado a repararlo"¹³.

En resumen, se trata de una responsabilidad que nace a raíz de un hecho generador de daño y que conlleva un perjuicio patrimonial causado a una persona.

4.1. Clases de responsabilidad civil

La responsabilidad civil se encuentra subdividida de acuerdo a su clase por tanto entonces hablamos de una responsabilidad civil originada de un acuerdo de voluntades y aquella que se deriva de un hecho cualquiera generador de daño que algunos doctrinantes la han denominado responsabilidad civil delictual.

De igual forma la Corte Constitucional Colombiana, ya ha definido las clases de responsabilidad civil como una concepción dualista de responsabilidad civil:

“En el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes”¹⁴.

Retomando lo anterior, dado que en nuestra concepción dualista de responsabilidad, existen dos clases de responsabilidad civil, por un lado tenemos a la responsabilidad civil originada a partir del incumplimiento, cumplimiento defectuoso, imperfecto o tardío de un contrato, la cual es denominada responsabilidad civil contractual, y por el otro lado tenemos la responsabilidad civil originada de un hecho cualquiera en ausencia de un contrato que como ya se mencionó en algunos casos se ha definido como responsabilidad civil delictual.

Así las cosas dicha concepción encuentra fundamento en nuestra normatividad civil dado que en el artículo 1494 del Código Civil Colombiano, tratan las fuentes de obligaciones mencionando el daño, la comisión de un punible y el

¹³ Valencia Zea Arturo; Derecho Civil. Tomo III, pág. 2002

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-1008/10; Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 15 de 46

incumplimiento de la voluntad de las partes como pilares de esta, así mismo con posterioridad en los artículos 1602 y siguientes nos desarrollan la responsabilidad que nace del incumplimiento de los contratos¹⁵, por lo que se nos otorga una noción amplia de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual.

4.1.1. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual ha es definida por la doctrina especializada como aquella responsabilidad que aparece como consecuencia de la de la inejecución o ejecución imperfecta, tardía o defectuosa de una obligación pactada en un contrato válidamente celebrado. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre

¹⁵ Congreso de la República; Código Civil Colombiano: Artículo 1494. “...Fuente de las obligaciones. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia...”.

Congreso de la República; Código Civil Colombiano Artículo 1602: “... Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales...”.

Congreso de la República; Código Civil Colombiano; Artículo 1603. “... Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella...”.

Congreso de la República; Código Civil Colombiano: Artículo 1604: “...Responsabilidad del deudor. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes...”.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 16 de 46

las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.¹⁶

Nuestro código civil define los contratos como una ley para las partes+por lo tanto los efectos generados por el incumplimiento de esta ley, supone la imposición de una sanción que busque resarcir los perjuicios ocasionados con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o parcial del mentado contrato.¹⁷

Existen doctrinas a través de las cuales nos manifiesta la existencia de una subdivisión en cuanto a la responsabilidad civil contractual, el Doctor Álvaro Pérez Vives en su libro teoría general de las obligaciones, nos hace esta salvedad manifestando que puede existir una responsabilidad que nace previa a la ejecución de un contrato y otra que puede nacer con posterioridad a la ejecución del contrato, en cuyo caso estaríamos según el doctrinante frente a una responsabilidad civil precontractual y una responsabilidad civil postcontractual.¹⁸

Corte Constitucional Colombiana; Sentencia C-1008/10; Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva. se citan como referencias los apartes que se mencionan a continuación "...[3] Valencia Zea considera impropia la nominación "responsabilidad contractual", señalando que "se le debería llamar responsabilidad por violación de los derechos de crédito, por cuanto pueden violarse no sólo las obligaciones nacidas de contrato, sino también las nacidas de cualquier otra fuente. (Derecho civil tomo III, de las obligaciones, Ed. Temis 1998, pág. 325;[4] Jean-Luc Aubert, Introducción al derecho, Paris, Presses Universidad de Francia; 1979; pp. 117;[5] Ibidem;[6] Existen corrientes doctrinarias que claman por la unificación (tesis de la unidad) de una teoría de la responsabilidad civil, al considerar que se trata de una dicotomía inaceptable comoquiera que las dos responsabilidades comparten función y características básicas, y se orientan a un mismo objeto consistente en la reparación del dolo causado, sin importar mucho que este resulte o no de la inejecución de una obligación contractual. En Colombia Guillermo Ospina Fernández defiende un régimen unificado de la responsabilidad civil. (Régimen General de la Obligaciones, 6ª ed., Temis, Bogotá, 1998, pp. 85 y ss. En esta tendencia se advierte la propensión a asignar los efectos de la responsabilidad aquiliana al incumplimiento contractual.[7] Geneviève, Viney, citado por Antonio Barreto, en Algunas consideraciones sobre el régimen de incumplimiento contractual a partir del principio de reparación integral, Bogotá, Econtá, Uniandes, 2003; pp 6...".

¹⁷ Congreso de la Republica; Código Civil Colombiano; Artículo 1602. "...Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales...".

¹⁸ Pérez Vives Álvaro, teoría General de las Obligaciones tomo II 1968, numerales 145 y 159



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 17 de 46

La primera tiene lugar en el supuesto de que se hubiesen ejecutado actos previos que llevaran al convencimiento de la realización de un contrato, pero que con posterioridad este no puede ser celebrado, la parte que se sienta lesionada y que se hubiesen ocasionado perjuicios materiales ya sean por la pérdida de otra oportunidad comercial o por dejar de realizar otro negocio que hubiese podido conllevar una ventaja pecuniaria, no podría acudir a la figura de la responsabilidad civil contractual, pues no existe como tal un contrato.

La responsabilidad civil postcontractual parte de la finalización de un contrato y un evento posterior que perjudique a una de las partes involucradas, un ejemplo que trae a colación el Doctor Alberto Tamayo Lombana, es el evento en el cual en un trabajador, divulga secretos comerciales o industriales que conoció en virtud del contrato extinguido, lo cual causa un perjuicio a la empresa que contrato al trabajador.

El trabajador ya no se encuentra inmerso dentro del contrato, sin embargo el perjuicio si se origina en virtud de un contrato que existió entre las partes por lo cual estaríamos frente a una responsabilidad civil post contractual.¹⁹

4.1.2. Responsabilidad civil extracontractual

Esta también es llamada responsabilidad delictual, dado que se origina por un hecho cualquiera que conlleve un perjuicio, todo en ausencia de un contrato o tal como está definida en nuestro código civil se basa en el entendido de que aquel que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

No obstante, lo anterior dicho perjuicio no puede ser necesariamente a por causa de la comisión de un punible pues existen situaciones o hechos que pudiesen estar dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual pero que no estén sujetos a la ley penal.

En otras palabras se define a la responsabilidad civil extracontractual como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o emocionales de un hecho

¹⁹ Alberto Tamayo Lombana; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009 pág. 37.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 18 de 46

dañoso originado de la comisión de un punible o de un hecho cualquiera que hubiese generado un perjuicio, se trata de una obligación de reparar, precisamente porque el termino responsabilidad es el que determina la necesidad jurídica de atender las consecuencias del hecho.

Son elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual, entendiéndose por tal la que no se origina en un contrato % de una obligación negociar surgida entre las partes: (a) un hecho atribuible a una persona, (b) un factor de imputación, que puede ser subjetivo u objetivo, según el caso, (c) el daño y (d) la relación de causalidad, igualmente objetiva.²⁰

5. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

La doctrina contemporánea nos plantea la posibilidad de una existencia dualista en cuanto a los regímenes de responsabilidad, los cuales deben ser de suma relevancia por su contenido y características, las cuales son diferentes una de la otra, además sus implicaciones pueden ser trascendentales en el desarrollo de un proceso o en el momento de solicitar cualquier tipo de indemnización a un perjuicio causado. Hablamos entonces del régimen de responsabilidad subjetiva y objetiva, el primero también conocido como responsabilidad con culpa, pues es este el elemento indispensable, el otro es el régimen de responsabilidad objetiva, el cual prescinde del elemento culpa.

5.1. La responsabilidad subjetiva

También llamada responsabilidad con culpa, dado que este tipo de responsabilidad es aquella que encuentra su fundamento en que supuesto de que hecho generador de daño fue realizado por parte del sujeto que desencadena la acción con existencia de culpa, de allí que en la mayoría de casos la culpa sea presunta, ahora bien por otra parte se hace necesario aclarar que doctrinariamente se ha hecho una división entre los distintos grados de responsabilidad que conforman la responsabilidad subjetiva o basada en la culpa,

²⁰Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá D.C., Fallo de fecha 30 de agosto de 2010; Rad proceso: 110013103020-2006-00625-01 ; Magistrada Ponente: Julia María Botero Larrarte



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 19 de 46

la cual se ha subdividido en dos grados de responsabilidad, *el de la Culpa Probada y el de la Culpa Presunta*.

5.1.1. De La Culpa Probada

En este caso, el actor de la demanda necesariamente debe probar la culpa del demandado, en concordancia con lo normado en el artículo 167 inciso primero 1 del Código general del proceso ley 1564 de 2012 el cual expresa *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*, lo anterior es aplicable por regla general para las obligaciones de medios.²¹

5.1.2. De La Culpa Presunta

Por otra parte en lo que atañe al segundo grado de responsabilidad subjetiva, es decir la culpa presunta, estamos frente a aquella en la cual el autor del hecho generador de daño, se presume que actuó con culpa, por lo cual al existir dicha presunción el demandante no se encuentra obligado a probar la intención del demandado, sino que simplemente basta con probar la comisión del hecho generador de daño y el perjuicio sufrido, así las cosas la carga de la prueba se invierte y recae sobre el autor de la conducta, quien tendrá la obligación de probar la ausencia de culpa, estructurando su defensa en su actuar diligente y cuidadoso, atribuyendo el resultado a una causa extraña o ajena, es decir que existió un caso fortuito, una fuerza mayor, una culpa exclusiva de la víctima o un hecho determinante de un tercero, esto si se tiene en cuenta que este grado de responsabilidad se encuentra presente principalmente en aquellas llamadas obligaciones de resultado, o actividades peligrosas²².

²¹ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009 pág. 47

²² Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda. se 2009; capítulo III numerales 15,16,17, páginas 47,48 y 49



5.2. Responsabilidad objetiva

Este régimen de responsabilidad, también conocido como régimen de responsabilidad sin culpa, dado que sostiene la posibilidad de que exista responsabilidad pero sin la necesidad de que esté presente la culpa ni presunta ni probada, a lo cual el demandante únicamente se encontraría en la obligación de probar el perjuicio sufrido y la relación de causalidad, es decir que la responsabilidad se origina del resultado, dicha responsabilidad se encuentra fundamentada en las teorías conocidas como teoría del riesgo creado y del riesgo provecho, el primero nos habla de que aquel que ha creado un hecho al cual se encuentran expuestos los demás debe responder por los perjuicios que se causen, por otra parte la teoría del riesgo provecho habla que la persona que obtenga provecho por una actividad, debe soportar los hechos que se ocasionen a causa de ella.

El responsable inmerso en este régimen de responsabilidad se exonera solamente acreditando la culpa exclusiva de la víctima, es decir ni siquiera el caso fortuito exime de responsabilidad en estos casos.

6. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE RESPONSABILIDAD

Para que exista responsabilidad es necesario que estén presentes tres elementos constitutivos después del hecho, como son la culpa, el nexo causal y el perjuicio o daño ocasionado.

6.1. La Culpa

En materia de responsabilidad civil es concebido como un error de conducta que en el que no habría incurrido una persona diligente y prudente, para los fines de la responsabilidad civil, se entiende no estamos frente a un dolo o una culpa, sino que estamos frente a una noción genérica de culpa un dolo propiamente dicho y a una culpa propiamente dicha, esto dado que el daño puede o no ocasionarse con



o sin intención en este aspecto dicha situación es irrelevante, pues el objetivo es reparar ese daño ocasionado²³.

6.2. El Daño

El perjuicio o daño es un elemento esencial e imprescindible en la responsabilidad civil, dado que si no existe un perjuicio no hay lugar a hablar de responsabilidad civil, el perjuicio o daño antijurídico es aquel que se entiende como la lesión a un bien jurídicamente tutelado, que la víctima no está en la obligación de soportar, este puede ser material o moral, debe ser directo actual y cierto, esto quiere decir que debe ser consecuencia de una acción inmediata y directa de la inejecución u ejecución tardía o defectuosa de la obligación, o la violación de una norma, también debe ser actual, es decir que para el momento de reclamar una indemnización debe estar presente el perjuicio, o si es futuro tener la certeza de su existencia, lo cual es aplicable indistintamente de si es un perjuicio actual o futuro, de igual forma los perjuicios pueden ser materiales o morales.²⁴

En cuanto al perjuicio material, es aquel daño pecuniario sufrido en el momento de la comisión del hecho o también puede darse por la expectativa o pérdida de oportunidad, el perjuicio material contiene un daño emergente y el lucro cesante, el primero consiste en una pérdida, ya sea por el incumplimiento de un contrato o por el perjuicio ocasionado por un hecho ajeno, en cuanto al lucro cesante, también llamada ganancia frustrada, es aquella expectativa que se tenía de una ganancia y que por la comisión del hecho esta expectativa se ha visto frustrada, en otras palabras es la ganancia que se esperaba recibir y que estaban puestos en aquel bien jurídico lesionado.

El daño moral por su parte hace alusión al daño generado en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a

²³ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009

²⁴ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición;; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009.



consecuencia de la lesión a un bien jurídicamente tutelado, su existencia es autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño.²⁵

6.3. Nexo Causal

Es la relación que existe entre el hecho generador de daño o culpa, y el perjuicio sufrido por la víctima, se debe tener presente que sin un nexo causal no da lugar a la existencia de responsabilidad²⁶.

7. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Como ya se ha mencionado la responsabilidad civil, supone la obligación de reparar los perjuicios causados como consecuencia de una acción que hubiese desencadenado en un hecho dañoso, sin embargo se hace necesario mencionar que dicha obligación no siempre está presente, pues existen circunstancias que puede eximir de responsabilidad a quien realiza la acción, si esta se da por caso Fortuito o Fuerza mayor, si el hecho es responsabilidad de un tercero o si la culpa es exclusiva de la víctima.

7.1. Caso fortuito y/o fuerza mayor

Respecto de este eximente de responsabilidad la doctrina y la jurisprudencia han encontrado un amplio debate al respecto, pues existen innumerables juristas que argumentan que dichos conceptos deben ser separados, argumentando la fuerza mayor como algo irresistible y al caso fortuito como algo imprevisible, por lo cual la fuerza mayor haría referencia a un hecho externo²⁷ generalmente un hecho de la naturaleza y el caso fortuito se encajaría en aquello que atañe a la parte interior que no es previsible.

²⁵ Consejo De Estado Colombiano; Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B; Fallo 19836 de junio treinta (30) de dos mil once (2011); Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

²⁷ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009; pagina 237.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Dicha situación ha enfrentado incluso a las altas Cortes pues Mientras la Honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado la unificación de estos dos conceptos como por ejemplo en la sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil cinco (2005) con expediente de referencia No. 0829-92 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo²⁸, mientras que el Honorable Consejo de Estado, ha establecido una concepción dualista separando estos dos conceptos tal cual nos refleja en la sentencia proferida el día 16 de marzo de 2000 dentro del Expediente de referencia 11.670 del Actor: Martiniano Rojas y otros.²⁹

7.2. Hecho de un tercero

El hecho de un tercero hace alusión a la intervención de una persona diferente al demandado quien por su actuar desencadena en un perjuicio para la víctima, se de tratar de un hecho imprevisible, irresistible y que no sea imputable al demandado para que pueda proceder este eximente de responsabilidad, el cual busca trasladar la mencionada responsabilidad hacia el verdadero causante del perjuicio.³⁰

7.3. Culpa exclusiva de la víctima

La culpa exclusiva de la víctima hace alusión a aquella acción propiciada por la propia víctima demandante, quien pretende el pago de una indemnización a sabiendas de que el perjuicio sufrido se debió a su propio actuar.³¹

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia; sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil cinco (2005) con expediente de referencia No. 0829-92 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

²⁹ Consejo De Estado Colombiano; Sala De Consulta Y Servicio Civil; Consejero ponente: Luis Fernando Alvarez Jaramillo; consulta del doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006); Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

³⁰ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición;; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009, páginas 253 a 273.

³¹ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009, páginas 253 a 273.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 24 de 46

No obstante lo anterior se debe aclarar que se puede presentar la presencia de una responsabilidad compartida en cuyo caso es necesario hacer una graduación de responsabilidades y establecer hasta qué grado es responsable el autor de la acción desplegada para de esta manera poder estimar y valorar los perjuicios sufridos por la víctima.

8. RESPONSABILIDAD MÉDICA

La medicina, es una de las profesiones que ostenta un mayor complejidad dado las implicaciones que consigo conlleva cualquier tipo de decisión, con el transcurrir de los años, este campo ha obtenido numerosos avances en sus procedimientos, descubrimientos y nuevas tecnologías que abren paso a números posibilidades en la prestación del servicio de salud, sin embargo aún no es posible afirmar que se trate de una ciencia exacta en la cual no exista margen de error alguno, pues siempre estará presente el factor humano, así como las limitaciones propias de la naturaleza que trae consigo la práctica de esta ciencia.³²

Lo anterior tiene un claro ejemplo cuando se trata de diagnósticos prenatales, en donde la ciencia médica ha tenido grandes avances al punto de que se pueden ofrecer un grado amplio de certeza en los diagnósticos, por lo cual el grado de responsabilidad para los profesionales de la salud es directamente proporcional a dichos avances y por ello la responsabilidad del profesional crece a medida que la ciencia avanza.

En este campo de la responsabilidad, debemos precisar que esta se comienza a gestar desde el momento en el cual se celebra el contrato entre médico y paciente, en donde se hace presente un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual tiene por objeto llevar a cabo un tratamiento médico a cambio de unos honorarios o remuneración económica.³³

³² Gil Botero Enrique; Responsabilidad del estado por muerte en el parto.

³³ Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009, página 469.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 25 de 46

No obstante lo anterior, para incursionar en el complejo campo de la responsabilidad médica, se hace necesario formar una breve recopilación sobre aquello que fue objeto de estudio previo y que atañe al campo de la responsabilidad, dado que una falla en el servicio médico es un hecho generador de responsabilidad de distintos tipos y que puede abarcar diferentes áreas, así pues en una falla en el servicio médico, puede estar presente la responsabilidad Moral, Penal y Civil sin que sea excluyente una de la otra, así mismo dicha falla puede o no partir de la celebración del contrato médico . paciente, por lo cual y según el caso podría presentarse escenarios en los cuales nos encontremos inmersos en el campo de la responsabilidad civil contractual y algunas otras situaciones en las cuales la responsabilidad parte un hecho completamente ajeno, por lo cual estaríamos frente a una responsabilidad civil extra contractual, adicional a lo anterior los profesionales de la salud pueden encontrarse inmersos en obligaciones de medio u obligaciones de resultado, por lo cual las implicaciones serán completamente distintas.

8.1. Obligaciones de medio

Las obligaciones de medios, se hacen presentes cuando el resultado pretendido por el acreedor es aleatorio y el deudor (medico) pese a su prudencia y diligencia no puede garantizar la obtención del resultado buscado, este tipo de obligaciones son también llamadas obligaciones de prudencia y diligencia pues el profesional que tiene este tipo de obligaciones tiene el deber de actuar con una conducta cuidadosa y diligente con miras a obtener el fin previsto, sin embargo no se encuentran supeditados a la demostración de un resultado, es decir el profesional contratado se obliga a disponer y emplear todos sus conocimientos, técnica y medios que le permitan llevar a feliz término su labor, sin embargo el resultado se encuentra en poder de otro tipo de agente, por ejemplo el caso se los abogados quienes se obligan a adelantar una gestión en la cual se compromete a poner a disposición del caso particular todo su conocimiento empeño y dedicación para que el resultado sea favorable a los intereses de su cliente, sin embargo el resultado final es decir la decisión encuentra en manos de un juez de la república



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 26 de 46

quien es el encargado de proferir sentencia que puede o no ser favorable a los interés del abogado y su cliente.

En el caso particular de los profesionales de la salud, existen numerosas circunstancias en las cuales el médico tratante responde ante una obligación de medios, es decir se obliga a poner a disposición del paciente toda su conocimiento, pericia diligencia y prudencia que el caso amerita además de emplear toda la técnica medica que tenga a su disposición a fin de obtener un resultado favorable al paciente, sin embargo el profesional no puede denominarse responsable cuando a pesar de actuar de forma diligente y prudente, poniendo en práctica todas sus capacidades y haciendo empleo de toda la técnica medica de que dispone, el paciente obtiene un resultado que no cumple con sus expectativas.

Ahora bien, es de aclarar que tal y como se mencionó anteriormente, el médico por lo general y salvo excepciones, adquiere un compromiso que lleva intrínseco una obligación de medios, de los cuales el médico debe poner en ejecución los medios acordes con el conocimiento y avances médicos presentes, encaminando su actuar bajo la diligencia y la prudencia que requiera el caso, es decir que el médico no se encuentra en la obligación de garantizar un resultado a su paciente, lo cual infiere que el médico no se encuentra en la obligación de curar o salvar la vida del paciente, sino que simplemente garantiza realizar su trabajo con la mayor diligencia y prudencia posible.

Como quiera que la obligación de medios no lleva incorporada la garantía de un resultado, estamos entonces frente a un régimen de responsabilidad subjetiva basada en la culpa, la cual debe ser probada, así las cosas la carga de la prueba se encuentra en el campo de aquel que reclame habersele ocasionado un perjuicio con el actuar médico, por lo que le compete entonces probar la falta de diligencia o prudencia del profesional de la salud y lo cual tiene una relación de causalidad con el perjuicio sufrido.



8.2. Obligaciones de resultado

Este tipo de obligaciones se hace presente cuando el orden normal de las cosas, y salvo causa extraña el deudor se encuentra en la capacidad de obtener el beneficio buscado por el acreedor,³⁴ es decir cuando el profesional al cual se acude está en la capacidad de garantizar el resultado que busca el acreedor.

Existen tratadistas que manifiesta que tratándose de un contrato de prestación de servicios médicos, el médico se presumirá responsable por el hecho del simple incumplimiento. Una vez celebrado el contrato, el médico contrae una obligación de resultado mínimo consistente en prestarle el servicio al paciente, así las cosas si por el incumplimiento del contrato celebrado el paciente sufre un daño, el médico será responsable, salvo que demuestre causa extraña que le hubiese impedido cumplir.³⁵

Por otra parte, en lo que respecta a estas llamadas obligaciones de resultado, estas se encuentran presentes en el campo de la medicina y especialmente en la rama de Medicina estética, en donde los resultados son previsibles y la expectativa del acreedor (paciente), es obtener los resultados prometidos por el deudor (medico), pues se acude a este en procura de la corrección de un defecto, esperando un resultado visualizado.

9. RESPONSABILIDAD POR ERRORES DE LABORATORIO

El oficio de los médicos, conlleva consigo en algunos casos la práctica e interpretación de exámenes de laboratorio, lo cual se encuentra supeditado el estado y avance de la ciencia médica, y según dichos avances, pueden conllevar para los profesionales de la salud, obligaciones de medios u obligaciones de resultado, por ejemplo en la medida en que la ciencia médica haya progresado de tal manera que los exámenes de laboratorio no ofrezcan margen o riesgo de error,

³⁴ Tamayo Jaramillo Javier; Sobre la prueba de la culpa medica en derecho Civil y Administrativo análisis doctrinal y jurisprudencial; Reimpresión 2013 ; Biblioteca Jurídica pág. 26, 27 N° 6

³⁵ Tamayo Jaramillo Javier; Sobre la prueba de la culpa medica en derecho Civil y Administrativo análisis doctrinal y jurisprudencial; Reimpresión 2013; Biblioteca Jurídica pág. 23, 24 N° 3 .



recaerá sobre el profesional que practica y/o interpreta los exámenes médicos una obligación de resultado, por lo cual en el evento de que la práctica o la interpretación errónea del examen, causen un perjuicio, corresponderá al médico probar que esto obedeció a una causa extraña.

Contrario sensu en el evento en el cual la ciencia médica no pueda ofrecer certeza en la interpretación o elaboración de los exámenes médicos, el profesional se encontrara inmerso en una obligación de medios, lo anterior teniendo en cuenta que la certeza en la práctica o interpretación del examen , no solo depende de la diligencia y prudencia del médico, dado que esta se presume sino que la práctica del examen de laboratorio depende del avance en la ciencia médica, por lo cual en el evento que se presentara un hecho que cause un perjuicio, corresponde a la víctima probar la culpa del médico.³⁶

10.ACCIONES WRONGFULBIRTH Æ WRONGFULLIFE

10.1. Origen de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life

El inicio de las acciones *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*, se remonta a la década de los 60 en Estados Unidos, en el caso *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) allí la madre de un niño afectado por malformaciones congénitas producidas a consecuencia de una rubéola contraída durante el embarazo, allí la madre demanda al médico argumentando que el profesional de la salud aseguro que el nacidurus no sufriría ningún tipo de contrariedad como consecuencia de su enfermedad, en este caso la Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda estructurando su decisión en argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño alguno frente a la preciosidad de la vida.³⁷

³⁶Tamayo Jaramillo Javier, sobre la prueba de la culpa medica en Derecho Civil y Administrativo análisis doctrinal y jurisprudencial; Reimpresión 2013 ; Biblioteca Jurídica pág. 26 y 27 N° 6

³⁷ Pacheco Jiménez María Nieves; Universidad de Castilla – La Mancha (España); Documento de trabajo; Seminario Permanente De Ciencias Sociales Acciones Wrongful Birth Y Wrongful life: Una controvertida vía de Responsabilidad Civil Médica SPCS Documento de trabajo2011/2.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 29 de 46

Posteriormente, en el caso *Jacobs vs. Theimer* (1975) se admitió la indemnización por acciones *wrongful Birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

Es así como comienzan a presentarse este tipo de acciones que tendrán una gran relevancia dentro del ámbito de la responsabilidad médica, pues se abre la posibilidad de considerar la vida como daño, lo cual ha generado un fuerte impacto en la sociedad, especialmente dentro de la comunidad científica.

10.2. Las acciones wrongful birth y wrongful life

Teniendo como precedente el tema de responsabilidad, la cual ha sido objeto previo de estudio, y encaminándonos hacia la responsabilidad medica, podemos continuar con el tema que es objeto del presente estudio, es decir podremos avanzar hacia las denominadas acciones *Wrongful Birth* y acciones *Wrongful Life*, conocidas también como *el nacimiento injusto y la vida injusta*, las cuales han causado revuelo en el mundo del derecho y la medicina, dado que dichas acciones plantean la posibilidad de que la vida y el nacimiento puedan ser considerados como daño, pretendiendo imputar responsabilidad a los profesionales de la medicina que hubiesen incurrido en error o interpretación errónea de los distintos diagnósticos médicos prenatales que se realizan en la madre durante el embarazo y en el *nasciturus* a través de su gestación, cabe resaltar que dichas acciones proceden en aquellos casos en los cuales la legislación del país en donde se pretende invocar se encuentra despenalizado el aborto o por lo menos se encuentra despenalizado en caso malformaciones en el *nasciturus*.

Lo anterior en consideración a que durante el proceso de gestación la madre y el *nasciturus*, son sometidos a una serie de exámenes que buscan realizar un diagnóstico respecto de su estado y corresponde profesional de la medicina debe informar respecto de problemas reproductivos, posibles riesgos que tienen de transmitir ciertas anomalías o enfermedades a su descendencia, o cualquier anomalía congénita que pudiese evidenciarse en las distintas pruebas y valoraciones



médicas, así las cosas el profesional de la salud puede recurrir a :

%a) Pruebas preconceptivas: se realizan en el sujeto antes de la concepción para comprobar los posibles riesgos de concebir un hijo con enfermedades o anomalías genéticas, hereditarias o cromosómicas. b) Pruebas preimplantatorias: pretenden detectar las posibles anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas que pudieran tener los preembriones in vitro antes de ser transferidos a la mujer. c) Pruebas prenatales: son todas las acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito entendido por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer hereditaria o no, única o múltiple. d) Pruebas postnatales: son el conjunto de pruebas a las que se someten las personas y, en concreto, los recién nacidos para demostrar la posible anomalía o enfermedad que presenta el mismo; su predisposición hacía un desorden concreto o, finalmente, la confirmación de que no se trata de una persona portadora o enferma.³⁸

Por lo anterior al incurrir en un error dentro de los diagnósticos preconceptivos del nasciturus que pueda dar certeza respecto de su estado físico y mental del feto, se produce un denominado falso negativo, el cual hace alusión a los casos en los que se diagnostica al que el nasciturus nacerá libre de cualquier malformación y/o afectación que pueda presentar a lo largo de la gestación, con lo cual los padres del menor son inducidos en error y así no se proporciona la posibilidad de decidir si se acude o no a la interrupción del embarazo

³⁸ Emaldi-Cirión Aitziber; La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético; Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a época, n.º 11 (2003), págs. 11-73.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

10.2.1. Acciones Wrongful Birth

En las llamadas acciones *Wrongful Birth*, los padres pretenden reclamar una indemnización pecuniaria, fundándose en la presunta negligencia del médico al realizar la interpretación y/o práctica de los exámenes de laboratorio, que conducen evidenciar alguna malformación del nasciturus durante su periodo de gestación, dando como resultado un diagnóstico erróneo, o al dejar de practicar los exámenes que permitan establecer si el nasciturus trae consigo alguna malformación o enfermedad física o mental, o al conocer los resultados el médico se niegue a revelar los verdaderos resultados, con los cuales los padres pudiesen decidir si desean o no interrumpir el embarazo.

En estas acciones el médico es responsable del ~~daño~~ al omitir la práctica de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a tiempo a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre su feto, para de esta manera la mujer amparada por la Ley pueda interrumpir su embarazo. Así pues el nacimiento del menor se convierte en el daño por el que los padres de este pretenden una indemnización debido a que la negligencia del médico quien les privó de la oportunidad de tomar una decisión pertinente que pudiese dar la oportunidad de decidir si interrumpir o no el embarazo.³⁹

Dentro de este tipo de acciones se reclaman perjuicios de tipo material y moral, los cuales podrían estimarse de acuerdo a la malformación con la cual nace el menor, esto teniendo en cuenta que un menor con una malformación o enfermedad grave supone inicialmente tratamientos y gastos médicos, educación y transporte adecuado, modo de habitación y cuidados especiales, todo esto supone un detrimento patrimonial en perjuicio de los padres del menor quienes pudieron haber decidido de tener un diagnóstico médico acertado, si era su voluntad asumir dicha carga económica o si por el contrario optaban por la interrupción del embarazo de la mujer amparados por la ley.

³⁹ Emaldi-Cirión Aitziber; La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético; Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a época, n.º 11 (2003), págs. 11-73.



Por tanto, se trata 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 la realización de pruebas diagnósticas y, por tanto, le reclaman una indemnización por el daño consistente en: a) el quebranto moral y b) el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado con una enfermedad o anomalía genética. Recurriendo al derecho comparado en lo que a estas demandas se refiere, podemos comprobar que en Alemania la jurisprudencia ha aprobado reclamaciones de Wrongful birth desde 1980. Los primeros casos en los que se aceptaron estas demandas consistieron en una malograda esterilización, y en un fallo en el diagnóstico de una enfermedad muy común en Alemania (rubéola), evitando con ello el proceder a un aborto legal. Por otra parte, en los Estados Unidos de América, en Francia y en el Reino Unido, se admiten acciones contra los médicos basadas en su negligencia por utilizar de forma dañosa para el feto las técnicas de diagnóstico prenatal. En España, como veremos, más adelante, son escasas las sentencias existentes al respecto hasta el momento, pero poco a poco va en aumento su número, gracias al conocimiento que se tiene, cada vez mayor, sobre la posibilidad de ejercitar dichas reclamaciones civiles.⁴⁰

10.2.2. Acciones Wrongful Life

Por otra parte en lo que atañe a las acciones *Wrongful Life*, es el propio afectado quien encamina las acciones tendientes a solicitar una indemnización pecuniaria, por lo que él considera un daño causado con su propia vida, es decir el afectado reclama al médico haber incurrido en error al momento de impartir un dictamen que pudiese dar certeza a sus padres sobre su malformación y/o enfermedad grave, con lo cual los padres pudiesen decidir respecto de permitir o no el nacimiento del menor, quien ahora reclama la reparación de un daño, por considerar que se encuentra frente a unas condiciones ~~no~~ justas+de vida, tal es el caso de una malformación que dificulte la aceptación del menor en una sociedad

⁴⁰ Emaldi-Cirión Aitziber; La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético; Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a época, n.º 11 (2003), págs. 11-73.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 33 de 46

cada vez más excluyente, o por estar condenado a la realización de tratamientos médicos durante toda su existencia.

Este tipo de acciones por su fuerte connotación ética y moral es más compleja de abordar que la anterior, en consideración a que como ya se mencionó el menor considera su propia vida como un daño que debe ser reparado por aquella persona sobre la cual recae la responsabilidad de su nacimiento, que para el caso que nos ocupa es el médico que no diagnosticó de manera correcta la malformación y/o enfermedad de la cual ahora padece el niño.

Así pues el niño solicita al médico que le indemnice en concepto en atención a los daños materiales y morales que ha padecido y llegase a padecer en adelante, en este punto la acción Wrongful Life se torna un poco más compleja pues las pretensiones deben encaminarse de acuerdo con la estimación del perjuicio sufrido, dentro de lo cual se valorarían los aspectos referidos para las acciones Wrongful Birth esto es tratamientos y gastos médicos, educación y transporte adecuado, modo de habitación y cuidados especiales, aunado a lo anterior se deben valorar los daños morales que presumiblemente pueden ser de mayor trascendencia, dado que quien considere su propia vida como daño debe haber estado confinado a unas condiciones de vida que consideraría poco gratas, como exclusión y rechazo social, confinamiento a tratamientos médicos vitalicios, imposibilidad de realizar actividades cotidianas, etc. Lo cual ha llevado a considerar que hubiera sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en las que lo hace. Es decir, existe un daño moral o perjuicio por el sufrimiento⁴¹.

10.3. Elementos constitutivos de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life

Como se mencionó anteriormente, para que exista responsabilidad civil se hace necesario la presencia de elementos constitutivos de la responsabilidad, los cuales son hecho dañoso nexos causal y culpa, hasta este punto, podemos hablar de la

⁴¹ Aitziber Emaldi-Ciri6n; La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento gen6tico; Revista de Derecho Penal y Criminolog6a, 2.a 6poca, n.º 11 (2003), p6gs. 11-73.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 34 de 46

existencia de una responsabilidad, ahora bien cuando esta responsabilidad atañe únicamente el interés privado de la víctima, estamos ante una responsabilidad civil⁴². Sin embargo, para ahondar en nuestro tema objeto de estudio, se hace necesario recabar aún más, para tratar de establecer cuáles son los elementos que nos puedan llevar a constituir las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life, para lo cual indicaremos que además de los elementos ya mencionados es necesario que el ordenamiento jurídico en el cual se plantean este despenalizada y reconocida la facultad de la mujer para acudir a la interrupción del embarazo.⁴³

Lo anterior es un presupuesto necesario para la existencia de las acciones objeto de estudio, pues si la legislación tiene expresa prohibición del aborto, simplemente las acciones se quedan sin su columna vertebral, dado que aunque el profesional de la salud, pudo haber emitido un dictamen erróneo, los padres no hubiesen podido evitar el nacimiento del nasciturus pues la legislación cuanta con expresa prohibición a la práctica del aborto, por lo que la acción u omisión desplegada por el profesional sanitario, no tiene relevancia alguna para este tipo de acciones, lo cual no lo exime de las demás que puedan ser presentadas en su contra por la mala praxis médica.

11. ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

En nuestro ordenamiento jurídico, se propende en gran medida por la protección de los derechos fundamentales, plasmados en nuestra Carta Magna, en la cual se esboza en su artículo 11 el derecho a la vida, al cual se le brinda especial protección por constituir la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones⁴⁴.

⁴² Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009.

⁴³ Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*; revista de Derecho, Universidad del Norte de Barranquilla, 27: 3-37, 2007.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia; Sala Cuarta de Revisión; Sentencia T -102-1993; Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Diaz.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 35 de 46

En procura de salvaguardar la vida como derecho fundamental que tienen todas las personas o incluso quienes aún no ostentan esa calidad, conforme lo establece el Artículo 90 código Civil Colombiano.⁴⁵ En el ordenamiento Jurídico Colombiano existen mecanismos tendientes a la protección de la vida humana en todas sus formas tal y como estableció la Honorable Corte Constitucional al expresar que:

“El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado. En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de "todas las personas", y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas”⁴⁶.

Así mismo nuestra legislación, propende por la protección de este derecho fundamental en todas sus formas, es el caso de la Ley 599 de 2000, la cual en su

⁴⁵ Congreso de la República de Colombia; Código Civil Colombiano, Artículo 90. “...Existencia legal de las personas. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás...”.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia No. C-133/94; Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

artículo 122 establece la pena a imponer para la mujer que causare aborto o permitiere que otro lo cause⁴⁷, por lo cual las demandas iniciadas bajo el estandarte de acciones Wrongful Birth y Wrongful Life, no estarían llamadas a prosperar, pues no existiría posibilidad alguna de impedir el nacimiento del nasciturus en ninguna circunstancia.

No obstante lo anterior, la Honorable Corte constitucional de Colombia a través de su sentencia C- 355 de 2006, marcó un precedente jurisprudencial que trascendería en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, el más inmediato, el código penal Colombiano en el ya referido artículo 122, pues a partir de la mencionada sentencia se despenalizaría el aborto en circunstancias específicas en el entendido que no se incurre en dicho punible 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.*⁴⁸

Lo anterior, según distintos doctrinantes dejaría una brecha abierta a nuestro ordenamiento jurídico para el ingreso de las acciones objeto de estudio, el caso particular en el cual el Doctor José López Oliva, manifiesta que al existir la posibilidad de interrupción del embarazo por malformaciones que hagan inviable la vida del niño y certificadas por un profesional de la salud perito en el tema, y al no informarse esta situación a los padres, se abre la posibilidad demandar al profesional de la salud, mediante las acciones WB y WL.⁴⁹ Lo cual supondría una posibilidad de demandar a los profesionales de la salud por una presunta negligencia en sus dictámenes médicos prenatales, al no identificar la existencia

⁴⁷ Congreso de la República de Colombia; Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano; Artículo 122. "...Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior...."

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-355 de 2006; Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁹ Lopez Oliva José; Derecho Procesal Constitucional Tomo IV; Las Acciones Wrongful Birth y Wrongful Life a la luz de la Jurisprudencia constitucional de Colombia.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 37 de 46

de una enfermedad grave o malformación que haga inviable la vida del nasciturus, o si al identificarlos omite la obligación de dar a conocer los resultados.

12. TESIS PROPUESTA È RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

A fin de hacer un estudio profundo respecto de la procedencia de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se hace necesario hacer un análisis respecto de las tres situaciones específicas en las cuales la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, protege la voluntad de la madre de interrumpir su embarazo.

En primera medida tenemos la causal que expresa que no existirá conducta punible cuando con consentimiento de la mujer se interrumpa el embarazo %Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer certificada por un médico+.

En esta causal no se contempla ningún tipo de malformación o enfermedad grave que haga que el nacimiento o la vida del menor, pueda ser considerado como daño en efecto si se incurriese en un error por parte del profesional de la salud al emitir su diagnóstico y no observa, o no comunica que la gestación del menor es potencialmente nociva para la madre, se incurriría en una mala praxis médica que amerita una indemnización, sin embargo no sería de relevancia para el estudio de las acciones que hoy nos ocupan.

De lo anterior se expone un claro ejemplo en el artículo denominado Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*; escrito por la Doctora Andrea Macía Morillo, en la revista de derecho, N°27 de la Universidad del Norte de Barranquilla, publicada en el año 2007, quien nos pone de presente el ordenamiento jurídico Italiano, en donde el aborto sólo se permite cuando se ponga en grave peligro la vida o la salud física o psíquica de la gestante allí la doctrinante nos informa que dicha regulación debería eliminar desde un principio el planteamiento de una acción de responsabilidad por *Wrongful Birth* o *Wrongful Life* prenatal dado que en ese contexto la falta de información a los progenitores sobre los defectos o malformaciones no impide a la gestante decidir si interrumpir o no el embarazo, pues esta posibilidad sólo se condiciona con la puesta en peligro de la salud o vida



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 38 de 46

de la madre.⁵⁰, por dichas razones queda desvirtuada la procedencia de las acciones objeto de estudio dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Acto seguido procederemos a obviar la causal tercera de exclusión de responsabilidad penal cuando se interrumpa el embarazo con consentimiento de la madre, esto es: *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.*

Lo anterior en atención a que la interrupción del embarazo está sujeta a la voluntad de la gestante en base su menoscabo moral por ser objeto de una conducta punible previamente denunciada, y compete al libre albedrío de la madre tomar una decisión respecto del destino del nasciturus por lo cual los profesionales de la salud no tienen injerencia en el presente caso.

Ahora bien daremos lugar al estudio de la causal 2 de exclusión de responsabilidad penal en el delito de aborto: Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

En este punto en particular se hace necesario recordar que el aborto como tal se encuentra penalizado dentro de nuestra legislación, por lo cual el radio de acción

⁵⁰ El artículo 4 de la ley reguladora del aborto de Italia (nº 194, de 22 de mayo de 1978) citado por Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*, revista de Derecho, Universidad del Norte de Barranquilla, 27: 3-37, 2007 en donde manifiesta “...únicamente permite la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los primeros tres meses por la existencia de ciertas circunstancias que pongan en serio peligro la salud física o psíquica de la madre. Por otro lado, el artículo 6 permite la interrupción del embarazo más allá de los primeros tres meses si se amenaza de forma grave la vida o la integridad física o psíquica de la mujer, sobre la base de criterios exclusivamente médicos. Por tanto, el aborto embriopático sólo se permite en relación con el terapéutico; esto es, si las malformaciones del feto suponen un peligro grave para la salud física o psíquica de la madre al igual en el mismo escrito se da cita en el numeral 19 a ...”; La sentencia del Tribunale di Roma de 13 de diciembre de 1994 citado por Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*, revista de Derecho, Universidad del Norte de Barranquilla, 27: 3-37, 2007 en donde se indica: “... parece tener presente estas consideraciones cuando excluye la responsabilidad por el hecho de que las malformaciones de la niña nacida no habrían permitido el aborto. Igualmente, en la sentencia de la Corte de Cassazione de 24 de marzo de 1999...”.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 39 de 46

de las acciones objeto de estudio se ve reducido a las causales específicas de despenalización del aborto contempladas por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, ahora bien como quiera que las causales 1 y 3 ya fueron debatidas con anterioridad en el presente estudio, debemos limitarnos únicamente a la causal 2, la cual en el caso particular se realizará especial énfasis, pues es la causa más probable que daría lugar a la procedencia de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life.

Lo anterior, por cuanto dicha causal establece que no se incurre en el delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en caso de existir una grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

Ahora bien este es el punto de quiebre, en el cual debemos analizar las distintas posiciones como la que se expone en la aclaración de voto a la sentencia C . 355 De 2006 del Magistrado Ponente, Doctor Jaime Araújo Rentería, en donde brinda vital importancia a los derechos de la mujer y su libre desarrollo de la personalidad, considerando que al penalizar en su totalidad el aborto se le impondría una carga desmedida violatoria de su derecho a realizar su plan de vida a favor de una vida que científicamente no sería viable; al igual que cuando la vida independiente del niño se vea afectada por una malformación grave, para lo cual nos ilustra con una serie de padecimientos y malformaciones que para el caso en particular traeremos a colación el ejemplo citado con la Talidomina medicamento que podría producir malformaciones fetales principalmente en el desarrollo de las extremidades como brazos y piernas⁵¹ lo cual supondría que la madre del menor encuentre una limitante al momento de desarrollar su propio plan de vida condicionada a la malformación de su descendencia.

Lo que antecede sería una clara puerta para el ingreso de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life a nuestro ordenamiento Jurídico, pues los profesionales de la salud al no informar o emitir un dictamen erróneo, respecto de las malformaciones de un nasciturus que al nacer no pueda desarrollar su vida con normalidad y/o independencia, para de esta manera los padres puedan determinar si se

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia; Aclaración de Voto a la sentencia C – 355 De 2006 del Magistrado Ponente, Doctor Jaime Araújo Rentería; Sentencia C-355 de 2006; Corte Constitucional; Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araujo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 40 de 46

interrumpe o no el embarazo, incurrirían en una responsabilidad civil por mala praxis médica demandable a través de las acciones objeto de estudio.

Sin embargo la Sentencia C-355 de 2006, hace una claridad al respecto en donde manifiesta:

“Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación” +

Lo anterior da claridad al tema planteado en el presente estudio, pues las únicas malformaciones que fueron contempladas por la honorable Corte Constitucional, son aquellas que hagan inviable la vida del feto, es decir que se tenga un grado de certeza en el cual la vida del menor probablemente no llegara a finalizarse el periodo de gestación o que al finalizarlo su expectativa de vida sea mínima.

La argumentación previamente citada, deja sin estructura a las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues en este caso en particular la vida del nasciturus se encuentra sujeta a la misma expectativa de vida, es decir el feto como tal y según certificación médica no tiene posibilidades de vida y se ofrece la alternativa de aborto a la gestante como una opción puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.⁵²

Como resultado de la presente investigación se llega a la conclusión que las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life no están llamadas a prosperar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esto en consideración a que como se mencionó con anterioridad, para que se dé lugar a las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life, y estas puedan pretender una indemnización, la facultad de aborto para la

⁵² Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-355 de 2006; Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



madre debe ser completamente libre es decir se encuentre despenalizado, o bien siquiera este considerado el motivo embriopatico⁵³.

13. CONCLUSIONES

A la luz de la jurisprudencia analizada y conforme a la normatividad nacional, se infiere que no es viable dar aplicabilidad a las acciones objeto de estudio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esto teniendo en cuenta que en nuestra legislación el aborto aun es considerado como un delito y por tanto supone la imposición de una pena.

En consideración a la sentencia c-355 de 2006, se establecen una causales específicas y taxativas respecto de cuando el aborto no debe ser considerado como un delito, dichas causales se encuentran encaminadas en primer lugar a que la madre no sufra un daño físico o psíquico de mayor envergadura al que hubiese sufrido hasta el momento, con lo cual se otorga gran importancia a la dignidad humana de la mujer gestante. Por otra parte dicha despenalización se encuentra condicionada a unos supuestos que deben ser científicamente probados como ciertos o que por lo menos al grado máximo de la técnica aplicada se dé certeza de que el acontecimiento es inevitable.

Ahora bien en cuanto al caso de malformación del feto, la corte hacer referencia a que la malformación debe ser inviable con la vida, sin referirse a la clase de vida, es decir que si el feto es diagnosticado con una enfermedad que le impedirá el desarrollo normal+de actividades cotidianas, esto no tiene relevancia en cuanto a derecho se refiere para que el niño no pueda ser traído al mundo y por el contrario el estado impone el deber de salvaguardar esa vida.

Lo anterior descubriría completamente la inviabilidad para solicitar cualquier tipo de indemnización por Wrongful Birth o Wrongful Life, pues si bien el profesional de la medicina se encuentra en la obligación de realizar los diagnosticos prenatales

⁵³ Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*;,, revista de Derecho, Universidad del Norte de Barranquilla, 27: 3-37, 2007.



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página **42** de **46**

aportando su conocimiento y profesionalismo e informar a los padres de su resultado indistintamente de la información contenida, en caso de llegarse a producir un ~~falso~~ **falso negativo** los padres no pudieron haber dado interrupción al embarazo y de hacerlo hubiesen cometido un punible, razón por la cual el resultado hubiese sido el mismo en los dos casos hipotéticos es decir con conocimiento o no de la enfermedad o malformación del menor la legislación no ampara el aborto en estos casos.



14. BIBLIOGRAFIA.

- Constitución Política de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia; Código Civil Colombiano.
- Congreso de la República de Colombia; Código Penal Colombiano.
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-1164 de 2000
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-127 de 1993
- Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-301/11.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia; Sala de Casación Penal; Proceso 21923
- Constitucional colombiana; SentenciaC-030/12.
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-1008/10.
- Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá D.C., Fallo de fecha 30 de agosto de 2010; Rad proceso: 110013103020-2006-00625-01.
- Consejo De Estado Colombiano; Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B; Fallo 19836 de junio treinta (30) de dos mil once (2011)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia; sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil cinco (2005) con expediente de referencia No. 0829-92



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 44 de 46

- Consejo De Estado Colombiano; Sala De Consulta Y Servicio Civil; Consulta del doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006); Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792)
- Corte Constitucional de Colombia; Sala Cuarta de Revisión; Sentencia T - 102-1993;
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia No. C-133/94
- Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-355 de 2006
- Corte Constitucional de Colombia; Aclaración de Voto a la sentencia C . 355 De 2006 del Magistrado Ponente, Doctor Jaime Araújo Rentería
- Martínez Rave Gilberto y Martínez Tamayo Catalina; Responsabilidad Civil Extracontractual Undécima edición revisada y puesta al día editorial Temis 2003,
- Tamayo Lombana Alberto; La responsabilidad civil extracontractual y la contractual tercera edición; Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2009
- Valencia Zea Arturo;Derecho Civil; Tomo III; Editorial Temis.
- Tamayo Jaramillo Javier; Sobre la prueba de la culpa medica en derecho Civil y Administrativo análisis doctrinal y jurisprudencial; Reimpresión 2013 ; Biblioteca Jurídica
- Pérez Vives Álvaro, teoría General de las Obligaciones tomo II 1968
- Lopez Oliva José; Derecho Procesal Constitucional Tomo IV; Las Acciones Wrongful Birth y Wrongful Life a la luz de la Jurisprudencia constitucional de Colombia
- Gil Botero Enrique; Responsabilidad del estado por muerte en el parto.
- Pacheco Jiménez María Nieves; Universidad de Castilla . La Mancha (España); Documento de trabajo; Seminario Permanente De Ciencias



MONOGRAFÍA

IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.

EYMER SAAVEDRA ROSAS

UMNG

2014

Página 45 de 46

Sociales Acciones Wrongful Birth Y Wrongful life: Una controvertida vía de Responsabilidad Civil Médica SPCS Documento de trabajo2011/2.

- Emaldi-Cirión Aitziber; La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético; Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a época, n.º 11 (2003),
- Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*; revista de Derecho, Universidad del Norte de Barranquilla, 27: 3-37, 2007.
- El artículo 4 de la ley reguladora del aborto de Italia (nº 194, de 22 de mayo de 1978) citado por Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*;
- La sentencia del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994 citado por Macía Morillo Andrea; La Responsabilidad Civil Médica. Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*; revista de Derecho, Universidad del Norte de Barranquilla, 27: 3-37, 2007.

15. REFERENCIAS ELECTRONICAS

- <http://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/Jurisprudencia/consulta/genero/Doctrina/Responsabilidad%20del%20Estado%20por%20muerte%20en%20el%20parto.pdf>.
- <https://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/2-2011.pdf>.
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1164-00.htm>.
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-127-93.htm>.
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-301-11.htm>
- www.notinet.com.co/pedidos/21923-06.doc
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>.
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-1008-10.htm>
- www.notinet.com.co/pedidos/41421-3.pdf



MONOGRAFÍA
IMPROCEDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.
EYMER SAAVEDRA ROSAS
UMNG
2014

Página 46 de 46

- [190.24.134.121/webcsj/.../Civil/.../SC-071-2005%20\(29-04-2005\).doc](http://190.24.134.121/webcsj/.../Civil/.../SC-071-2005%20(29-04-2005).doc)
- 190.24.134.67/.../SALA%20DE%20CONSULTA/2006/11001-03-06-00
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-102-93.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-133-94.htm>
- www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm
- <http://e-spacio.uned.es/.../eserv.php?...revistaDerechoPenalyCriminologia-2003>
- http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/27/1_La%20responsabilidad%20civil.pdf