

**FALLA DEL SERVICIO MEDICO POR WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO
INJUSTO)**

**MARIA FERNANDA AMAYA SOLARTE
GUSTAVO ADOLFO HURTADO CANDAMIL**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA
2016**

**FALLA DEL SERVICIO MEDICO POR WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO
INJUSTO)**

**MARIA FERNANDA AMAYA SOLARTE
GUSTAVO ADOLFO HURTADO CANDAMIL**

**Trabajo de Grado para obtener el Título de Especialistas en Derecho
Administrativo**

**Asesora: Dra. NIDIA JOHANNA ROBLES VILLABONA
Abogada**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA
2016**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado, pretende hacer un análisis de un tipo de acción que ha venido tomando fuerza en los últimos años, con ocasión de la despenalización en ciertos casos específicos del aborto en nuestro país, esto es la acción de Wrongful birth o de nacimiento injusto, la cual busca que se declare la responsabilidad del Estado por fallas en el servicio médico, asociadas a la no detección de enfermedades del hijo que está por nacer o que se planea concebir según sea el caso, siendo totalmente detectable de acuerdo al avance de la ciencia médica.

El objetivo principal de este documento, es conocer la acción de wrongful birth, de donde nace, en qué consiste, cuáles son sus presupuestos, pero sin dejar de lado claro está, la responsabilidad del personal médico al cual le sea imputable la falla en términos médicos, así como el nexo causal, que permita establecer ese vínculo entre la acción u omisión y el daño ocasionado por el nacimiento de niños con graves enfermedades o malformaciones genéticas, a pesar de que éstas era posible detectarlas y en ese sentido, que la futura madre en aras de la libre determinación sobre sus derechos reproductivos, hubiese podido tomar la decisión de interrumpir o no el embarazo.

Se trata entonces de ahondar en la acción de Wrongful birth, conocer su finalidad, su naturaleza y su directa relación con los derechos reproductivos de la mujer y la familia, así como las circunstancias que han dado nacimiento a este tipo de acción cada vez más frecuente en el medio jurídico colombiano, sin dejar de lado los impactos que este tipo de situaciones tiene no solo en lo moral por el dolor de ver un hijo en penosas condiciones, sino también desde el punto de vista económico.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO POR WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO INJUSTO)

El presente trabajo desarrollará lo relacionado con la falla del servicio médico por wrongful birth y teniendo en cuenta la labor investigativa se evidencia el avance de la ciencia médica en cuanto a la detección temprana de malformaciones o enfermedades del feto o del embrión la cual se encuentra íntimamente asociada a la posibilidad legal en Colombia de interrumpir el embarazo.

Así las cosas se ha dado cabida a la presentación de acciones indemnizatorias por parte de los padres que a pesar de dicho avance y de las nuevas tecnologías, no fueron advertidos sobre malformaciones genéticas que de haber sido informadas a tiempo hubiesen permitido a la gestante, interrumpir si así se quiere el embarazo, de acuerdo a lo establecido por vía de jurisprudencia por la Corte Constitucional, en cuanto a la etapa anterior al nacimiento. (Sentencia de Constitucionalidad, 2006)

En cuanto a la etapa pre-conceptiva, también se puede predicar la responsabilidad de los médicos, verbigracia en el caso de las parejas, en las cuales uno o los dos sufren algún tipo de enfermedad y consultan frente a la posibilidad de concebir y que el feto o embrión pueda o no sufrir o heredar genéticamente cualquier tipo de enfermedad o malformación y es en este sentido donde la información recibida de manera eficaz, pueda llevar a las parejas a tomar la decisión de concebir o no, dado que dar una información errada puede generar directa incidencia en la vida del infante y en el derecho a la concepción, siendo totalmente conscientes de las enfermedades a malformaciones que puede acarrear la criatura que se espera concebir.

Con los avances de la medicina en el área de la reproducción humana han resultado nuevos métodos de cuidado y atención sobre el progreso del embrión y del feto (v. gr. ecografías ginecológicas, fetoscopia, amniocentesis, embrioscopia, etc.), luego, en este momento son diagnosticables malformaciones y padecimientos desde antes del nacimiento, además de estos diagnósticos prenatales, existe la posibilidad de

realizar diagnósticos pre implantatorios lo cual amplía aún más la posibilidad de la ocurrencia de un daño, derivado del diagnóstico.

Estos progresos médicos, plantean nuevos desafíos a la teoría de la responsabilidad civil en los casos en que se ve afectado el derecho a la libertad reproductiva por la acción u omisión de un tercero.

Así las cosas, mientras más avanza la ciencia médica y las posibilidades de detección temprana de enfermedades del feto o embrión vayan en aumento, más información pueden recibir los padres tanto en la etapa pre conceptiva como en la etapa prenatal y en este mismo sentido, el médico adquiere más responsabilidad en cuanto a la eficacia del diagnóstico, siempre y cuando la ciencia médica y sus avances lo permitan.

Por lo tanto las reclamaciones derivadas del nacimiento de hijos con malformaciones que pudieron ser descubiertas y tratadas por el médico durante el embarazo, y sin embargo, por numerosas circunstancias, no lo fueron van en aumento. Este tipo de desavenencia da lugar a demandas de responsabilidad referentes al comienzo de la vida, que se constituyen en un caso particular dentro de la responsabilidad médica.

En este sentido, la acción denominada Wrongful birth, es la que impetran los padres del niño enfermo o con discapacidad, para la reclamación de los daños patrimoniales o morales ocasionados en razón a la ausencia o falla del diagnóstico que permitieron el nacimiento del niño en determinadas condiciones adversas de salud, que pudieron ser perfectamente detectables para el caso de la etapa prenatal, en el término legal para la interrupción del embarazo por parte de la madre. (Pacheco Jiménez, 2011)

En Colombia y en general a nivel mundial, la ciencia médica viene avanzando a pasos agigantados de la mano de un incremento considerable de servicios médicos especializados, lo que necesariamente lleva a los profesionales de la salud a tener conocimientos más rigurosos, lo cual redundará en un mayor desempeño profesional que a su vez permita diagnósticos más precisos tanto en la etapa pre conceptiva

como en la etapa prenatal, para que de acuerdo con las posibilidades legales de interrupción del embarazo, los gestantes decidan si se acogen a dicha posibilidad o no.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que los profesionales de la salud en el desarrollo de la actividad médica influyen en la vida de los pacientes, su ámbito de responsabilidad se vuelve más amplio y en este sentido su actividad debe ser más estricta y profesional.

Dado ese desarrollo médico, tecnológico y jurídico nace la ya mencionada acción del Wrongful Birth la cual tiene su origen en la enfermedad que sufre el niño y que a su vez constituyen la base sobre la cual se hace la reclamación y que nada tienen que ver con aspectos de tipo social. Su origen primario se da en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este aspecto, es preciso manifestar que la acción de Wrongful Birth, tiene su origen en Estados Unidos de Norteamérica, y en tal sentido la Universidad de Castilla – La Mancha a través de su docente del área civil M^a Nieves Pacheco Jiménez, afirma:

Por un lado, en el caso Gleitman vs. Cosgrove(1967) se negó la indemnización por wrongful birth y wrongful life en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo; enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto; la Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida (Macía Morillo, 2006). Posteriormente, en el caso Jacobs vs. Theimer(1975) se admitió la indemnización por 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”. (Pacheco Jiménez, 2011)

Desde de 1973 con Roe vs. Wade se empezaron a fallar en los tribunales norteamericanos las acciones por wrongful birth y wrongful life. En el citado fallo se estableció que una mujer posee el derecho constitucionalmente protegido a disponer, sin intervención del Estado, sí finalizar su embarazo. Con anticipación a este fallo, está el caso Gleitman v. Cosgrove, resuelto por la Corte Suprema de New Jersey en 1967, en el cual la señora Sandra Gleitman demandó a sus ginecólogos, los doctores Cosgrove y Dolan, quienes le aseguraron que al tener ella dos meses de gestación, la rubéola que había contraído en su primer mes de embarazo, no tendría secuelas adversas sobre la salud de su hijo. Confiando en lo manifestado, la señora Gleitman dio a luz a un niño que sufría del síndrome de la rubéola, por lo cual, su capacidad visual, auditiva y para hablar se encontraban comprometidas. (Pacheco Jiménez, 2011, p.6)

La demandante manifestaba que si hubiera conocido los riesgos de contagio sobre su hijo, hubiera visitado a otro especialista con el fin de que le realizaran un aborto. La Corte de New Jersey rechaza las pretensiones, arguyendo que era imposible ponderar los menoscabos originarios de ser padre de un niño enfermo, y aun logrando calcular la cuantía, el derecho a la vida del niño desplaza cualquier pretensión de ser indemnizados por el hecho de esa vida enferma (Pacheco Jiménez, 2011)

La acción de wrongful birth, es aquella acción judicial interpuesta por los padres del niño nacido con discapacidad, contra el médico. Esta responsabilidad recae sobre el médico, cuando este a pesar de los avances científicos y tecnológicos no propuso algún tipo de prueba encaminada a la detección temprana o a pesar de advertir alguna anomalía, no avisó a la madre, para que esta pudiera abortar en los términos que la Corte Constitucional por vía de jurisprudencia, ha estimado. (Pacheco Jiménez, 2011)

En este entendido tanto el padre como la madre, están legitimados en la causa para presentar la respectiva acción, la cual tiene sustento en el perjuicio tanto moral como patrimonial que supone el nacimiento de un hijo enfermo o con alguna malformación genética.

El común denominador, en los países en que este tipo de acciones han tenido mayor progreso, es el reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico, a los padres gestantes, de poder optar entre continuar un embarazo o interrumpirlo, bien sea en determinados supuestos, que el ordenamiento ampara esa decisión, como es el caso colombiano, o bien, el ordenamiento da total libertad para interrumpir un embarazo, como es el caso de Alemania, en donde, se permite dentro de las 12 primeras semanas, previa una consulta médica obligatoria, la interrupción del embarazo.

Aquí está el punto importante del asunto: En Colombia, este tipo de acciones no poseen mayor desarrollo. Pero con la sentencia C-355 de 2006, donde se despenaliza el aborto en varios supuestos, se les da la facultad de decidir a los futuros padres de continuar o no un embarazo y se atribuye el correlativo deber, a los médicos y al Estado, de cumplir y hacer valer, respectivamente, este derecho. (Sentencia de Constitucionalidad, 2006)

En este tipo de acción, los padres del infante accionan contra el médico tratante, en razón a su posible negligencia en el diagnóstico pre-natal o pre-conceptivo y en ese sentido haber perdido la madre, la oportunidad o el derecho a abortar según las condiciones médicas del feto o embrión y en este orden de ideas haber recibido la información completa y oportuna que le hubiesen permitido interrumpir el embarazo, pero total y debidamente informada de las consecuencias que implica el procedimiento.

Ahora bien, frente a la conducta negligente del médico, este ha impedido a la madre ejercer su derecho a interrumpir su embarazo, vulnerando así los derechos de la madre gestante, tales como el derecho a la personalidad y a la dignidad, por lo que los daños que ameriten indemnización serán aquellos derivados de la conducta negligente del médico.

De acuerdo a lo anterior y tal como lo manifestamos en la justificación del problema, la condena en contra del profesional médico, tiene directa relación con el cumplimiento a priori de todos y cada uno de los protocolos médicos establecidos

en la atención prenatal y el derecho de la madre a recibir información sobre su embarazo de manera oportuna y eficaz, pero que a su vez le sirva para tomar una decisión tal como interrumpir el embarazo cuando se advierten enfermedades o malformaciones genéticas que pueden poner en entredicho la existencia o vida digna del bebé que está por nacer.

Así como también las posibilidades de tratamiento oportuno que permitan minimizar al máximo los riesgos previsibles en la salud de la criatura y que en determinado momento permitan a la madre decidir si a pesar de existir un tratamiento, aun así y en ejercicio de los derechos de la madre, decida definitivamente, interrumpir el embarazo, por lo que una información errónea o defectuosa por parte del galeno, inexorablemente genera una responsabilidad por los daños que se puedan generar en este sentido.

Resulta indiscutible, que para que la acción de wrongful birth proceda, se deben dar dos presupuestos sin los cuales, este tipo de acción no procedería, así las cosas, tenemos por un lado la libertad de la mujer a procrear y de otra parte, la posibilidad de abortar debido a graves malformaciones genéticas del embrión o feto (uno de los casos permitidos por la Corte Constitucional en su sentencia de Constitucionalidad 355 de 2006), de ahí la posibilidad de abortar en Colombia, se enmarca una de su causales en la situación mencionada, esto obliga a que el médico emita un diagnóstico riguroso, en cuanto a la salud del feto o embrión, en atención a las consecuencias que este tipo de decisiones pueden tener en la salud reproductiva de la madre. (Sentencia de Constitucionalidad, 2006)

Sin embargo y como lo hemos puesto de presente, la acción de wrongful birth, va de la mano con la posibilidad legal de interrupción del embarazo, pues sin esta facultad, esta acción simplemente no sería posible y en este sentido, así se diagnostique cualquier enfermedad o malformación, la madre se ve avocada al nacimiento de la criatura, independientemente del tipo de enfermedad o malformación genética, lo que necesariamente lleva a que no se pueda buscar indemnización por este hecho.

En cuanto a la despenalización del aborto en Colombia para el caso de malformaciones genéticas o enfermedades del feto, la legislación colombiana si bien debe propender por la protección de la vida del nasciturus, esta protección especial cesa cuando entra en contravía con los derechos de rango constitucional de la madre, tales como el derecho a la vida, la integridad física, su libre desarrollo de la personalidad entre otros. En este sentido si el nacimiento de un hijo con malformaciones físicas o enfermedades graves comporta una carga mayor que la que una madre normalmente debe soportar, se contempla en este escenario la posibilidad de interrupción del embarazo, situación ante la cual cobra suma importancia, un diagnóstico efectivo sobre el estado de salud del feto, en el caso de la interrupción prenatal. (Sentencia de Constitucionalidad, 2006)

EL DAÑO Y SU NEXO CAUSAL

Previamente a inspeccionar el elemento del daño, resulta conveniente delimitar bien el supuesto de hecho del que partimos en esta acción, para distinguirla de otras acciones relacionadas con la vida o el nacimiento, como pueden ser las acciones de wrongful conception (nacimiento de un hijo sano pero no deseado por negligencia en los tratamientos anticonceptivos como la vasectomía, por ejemplo), o el nacimiento de un niño con degeneraciones causadas por la actuación del médico o de otros sujetos (por ejemplo, causar daños al feto al realizar una amniocentesis).

Un profesional médico informa erróneamente (acción) o no informa (omisión) a los padres sobre el estado del feto o los riesgos que lo amenazan. Esta conducta del médico que priva a la gestante de su posibilidad de decidir puede agruparse en tres supuestos. (De Angel Yagüez, 2005):

- a. El médico se equivoca en el diagnóstico, interpretando erróneamente el resultado de las pruebas, con lo que los progenitores reciben la información incorrecta de que el feto está sano y se les priva de la posibilidad de acudir al aborto.

- b. El médico, aun realizando un diagnóstico correcto, no lo comunica a los padres debidamente (bien no lo comunica, o lo comunica extemporáneamente, cuando ya no hay posibilidad de acudir al aborto porque ha transcurrido el plazo legal).
- c. El médico no aconseja sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal.

Así, debido a la acción u omisión negligente del profesional médico, los progenitores se vieron privados de una información esencial para decidir convenientemente entre continuar con el embarazo, conscientes del padecimiento, no evitable, de su futuro hijo, o bien, acudir al aborto.

La doctrina a través de (Macía Morillo, La Responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales, 2005), concuerda en aseverar que establece un requisito imprescindible para la admisión de esta acción que el ordenamiento jurídico se admita el aborto, o limitadamente el aborto en este caso de grave enfermedad o malformación del feto. Si la posibilidad de abortar no es admitida, la mujer en ningún caso se ve privada de la posibilidad de elegir entre continuar con el embarazo o no, puesto que esa facultad de decidir no existe.

La culpa es entonces el criterio general de imputación, y exclusivamente habrá responsabilidad cuando la falta de posibilidad de abortar de la mujer sea debida a una conducta negligente del médico, contraria a las prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos de acuerdo con los conocimientos del momento.

Los elementos son el daño y la relación de causalidad, por la dificultad de establecer qué daño se va a indemnizar, y de definir el nexo causal entre ese daño y la conducta del médico.

Macía Morillo ha analizado principalmente cuatro teorías para determinar el daño en las acciones de wrongful birth:

El daño que se produce en las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura, con dos variantes:

1. la privación del ejercicio de la libertad de procreación o de la facultad de abortar.
2. la pérdida de oportunidades.

Así las cosas, se afirma que la negligencia del médico en el trayecto del diagnóstico prenatal induce que los progenitores reciban una información falsa o errónea sobre el estado de su futuro hijo, al que consideran sano, lo que les priva de la facultad de decidir sobre la interrupción potestativa del embarazo. Esta privación les producirá un daño moral por la propia privación y unos daños patrimoniales emanados de la especial condición de enfermedad o discapacidad del hijo.

Por lo que respecta a los daños de rebote, teoría que también goza de aceptación, resultarían indemnizables a los padres, como perjudicados indirectos, los daños que causa en su esfera psíquica y patrimonial el defecto del niño, que constituye la víctima directa. Esta teoría, además de utilizarse para justificar los daños sufridos por el padre. (Macía Morillo, La Responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales, 2005)

No obstante lo expuesto hasta ahora, el principal reto de la acción wrongful birth, es establecer el nexo causal entre el nacimiento del bebé con malformaciones genéticas o enfermedades graves y la responsabilidad del médico desde el punto de vista de las acciones u omisiones que se hubiesen podido cometer, dado lo anterior (Pacheco Jiménez, 2011), manifiesta que:

(...) Aquí entra en juego el recurso a los denominados “cursos causales no verificables” o la también llamada “causalidad hipotética”: en primer lugar ha de

determinarse si la culpa del médico fue “causa” de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar se ha de verificar que, si aun habiéndose dado el primer curso causal, y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría decidido hacerlo. Así pues, el problema estriba en probar si la madre efectivamente habría abortado. Para un sector doctrinal resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo; siendo suficiente, por tanto, la simple declaración “a posteriori”, sin que pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado (De Ángel Yagüez, 1999). Sin embargo, para otro sector doctrinal, al entender que el daño consiste en la mera privación de la posibilidad de optar en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, su hipotética voluntad resulta irrelevante (Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999; Díez-Picazo, 1998)” (...)

Frente a lo anterior, el médico debe de probar que de haber actuado diligentemente, igual el daño se habría provocado, y en este caso la carga de la prueba la tiene el médico, quien es el llamado a probar dicha situación.

En la acción de wrongful birth, lo que se busca es la indemnización, tanto de los daños morales, como los patrimoniales.

Por una parte están los daños morales ocasionados por el sufrimiento que han tenido los progenitores por el nacimiento y desarrollo de un hijo con malformaciones genéticas que pudieron ser detectadas en la etapa prenatal.

De otra parte, los daños patrimoniales, son aquellos relacionados con los costos dinerarios que ocasiona la crianza de un hijo con malformaciones genéticas o enfermedades graves, consistentes en remodelación de vivienda, gastos de escolarización especial, la contratación de personas especializadas para el cuidado del hijo, reducción de ingresos familiares al tener que uno de los padres o los dos, dejar de trabajar o reducir su jornada de trabajo con el fin de atender adecuadamente al niño con condición de salud especial, entre otros. (Pacheco Jiménez, 2011)

Así pues, la conducta del médico que por negligencia no advirtió a los padres la existencia de malformaciones genéticas o enfermedades graves, estando en condiciones técnicas y científicas de hacerlo, de la mano claro está, de la posibilidad legal de interrumpir el embarazo, genera unos daños morales y patrimoniales, por los cuales el Estado en calidad de garante de la correcta prestación del servicio de salud a todos sus ciudadanos, debe entrar a responder y en este sentido efectuar las correspondientes indemnizaciones.

De todo lo anteriormente planteado, se desprende que en razón a la posibilidad legal de interrupción del embarazo, se venga presentando un paulatino aumento de acciones de wrongful birth, en las cuales además de acreditar los daños ocasionados, se debe probar el nexo causal entre el nacimiento injusto de un parte, y de otra la responsabilidad del médico, esto asociado, como lo hemos venido manifestando, de la posibilidad legal de interrumpir el embarazo por parte de la madre, cuando se den los supuestos legales necesarios para ello.

Ahora bien, lo que se busca con la acción wrongful birth es la responsabilidad del médico que permitió debido a alguna acción u omisión que naciera un niño con determinada enfermedad o discapacidad que como lo hemos venido manifestando, pudo ser evitable o detectable en la medida de las posibilidades que los avances de la ciencia médica, así lo permitan, lo que por supuesto genera en los padres del recién nacido, un tipo de inconformidad con la cual no contaban al momento de la concepción de la criatura, esto como un requisito fundamental sobre el cual se estructuran las demandas de este tipo, teniendo en cuenta que se trata de la vida de una persona (del menor) que ha causado un daño a otra (los padres), atacando su dignidad, lo que implica tratar de reducir el valor de una persona a los gastos o costos que genera por haber nacido con algún tipo de enfermedad o discapacidad.

En este orden de ideas, surge la inquietud de si este tipo de daño es resarcible en el sentido de que este daño se contrapone a la alegría que despierta el nacimiento de un hijo en sus padres, lo cual nos lleva a pensar que esa alegría está por encima de cualquier situación de tipo médico, sin embargo y a pesar de la alegría que este hecho genera, es imposible dejar de lado el aspecto médico de la criatura, pero esta

situación puede ser óbice para que se genera una disminución en la indemnización solicitada por los perjuicios ocasionados, situación que puede tener aspectos morales o religiosos que nos lleven a concluir que por la alegría que genera el nacimiento, se puede poner en tela de juicio el daño causado por no detectar a tiempo o no detectar algún tipo de enfermedad, tanto en la etapa pre-conceptiva o pre-natal.

Así las cosas y teniendo en cuenta el grado de dificultad que implica resolver este tipo de demandas, lo que se busca en estos casos es que no se mire el nacimiento en sí como el hecho generador del daño, sino que los padres puedan optar a una indemnización pero relacionada más con la afectación de sus propios derechos como padres, afectación que se genera con la conducta del profesional de la salud que generó el daño.

Frente a este aspecto, (Macía Morillo, Panorama de la responsabilidad Civil de los Profesionales Sanitarios por wrongful birth y wrongful life, 2006), afirma:

(...)Esta técnica, de separar el daño reclamado del hecho de la vida del niño nacido con la enfermedad o defecto, surge entre la jurisprudencia alemana en relación con otra de las acciones de responsabilidad civil que tienen que ver con el hecho de la vida: las acciones de wrongful conception (en las que lo que se reclama es una indemnización por el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado, puesto que los progenitores habían tratado de evitar, este nacimiento). El argumento que se emplea allí para conceder una indemnización a los progenitores se apoya en la idea de que, desde un punto de vista teórico, es posible distinguir entre la vida o el nacimiento del niño y los gastos que genera su mantenimiento (alimentos). Pese a que este intento de separación no logra eludir por completo las críticas doctrinales⁴⁷, lo cierto es que se trata de una fórmula que facilita de manera considerable el reconocimiento de las demandas de responsabilidad interpuestas por los progenitores en ese otro contexto. Por este motivo, en el caso de las acciones de wrongful birth, los progenitores aplican igualmente esta doctrina de la separación (Trennungslehre) y centran la pretensión de reparación en otros

daños o perjuicios que experimentan en relación con el comportamiento del profesional sanitario que no les informó de los defectos o enfermedades que padecía el embrión o feto o de los riesgos que amenazaban a la descendencia futura, aún no concebida.

En este entendido, el hecho de desligar el daño, del nacimiento del hijo con alguna enfermedad, se debe analizar bajo dos aristas, de un lado cuando se atenta contra la libertad de procrear al dar un concepto negativo que genera necesariamente que los padres ante este diagnóstico, desistan de la idea de concebir y de otro lado, tal como lo hemos venido manifestando, se le niega a la madre la posibilidad legal de interrupción del embarazo por error en el diagnóstico pre-natal, situación que se hace más gravosa, si se tienen en cuenta los gastos que genera el nacimiento de un hijo enfermo por sus cuidados y condición especial y la posibilidad de los padres de decidir o no, asumir ese tipo de compromisos, facilitando de esta manera la estimación de la cuantía en una eventual demanda.

De otra parte y no menos importante, está el dolor que experimentado por los padres del menor nacido con algún tipo de discapacidad, al tener que verlo en condiciones adversas relacionadas con algún tipo de patología, que resulta ser un daño distinto del que se genera con el nacimiento como tal y que también debe ser indemnizado, sin embargo y frente a los perjuicios materiales, entra en consideración qué gastos son propios del nacimiento y cuales son ocasionados por la enfermedad que aqueje al infante, situación que debe ser debatida claro está, en sede judicial, sin embargo más allá de las discusiones en torno a la cuantía de la indemnización de los perjuicios, el daño como tal no se estructura a partir de la vida del menor.

De otra parte y no menos importante, está el establecimiento del nexo causal entre la conducta del profesional médico y el nacimiento del menor con alguna discapacidad o enfermedad, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una conducta que se generó antes del nacimiento, frente a lo cual Macía Morillo, en la Revista Chilena de Derecho Privado, N° 12, pp. 167-206 [julio 2009], afirma:

(...)Así, en principio, no parece complicado establecer que el comportamiento negligente del profesional sanitario que tiene como consecuencia la formulación de un falso negativo en el diagnóstico, incide en forma directa sobre la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo o sobre la libertad de procreación de los progenitores. No obstante, esta sencillez es sólo aparente, ya que tal afirmación requiere establecer un doble enlace causal: un primer enlace que una el comportamiento del profesional sanitario con el falso negativo⁶⁷; y un segundo de relación entre éste y el daño reclamado. Pues bien, en este segundo paso, la afirmación de un vínculo entre el diagnóstico erróneo y la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo o de la libertad de procreación, requiere un razonamiento que excede de lo meramente fáctico. Así, para poder hablar en este contexto de que la privación ha sido causada por el diagnóstico erróneo, hay que argumentar que ese error impide que los progenitores cuenten con la información necesaria para poder adoptar una decisión libre y consciente sobre la concepción, en el caso de privación de la libertad de procreación en el contexto de un error en el diagnóstico pre conceptual, o que, en el contexto de un error en el diagnóstico prenatal, impide por completo que la gestante adopte una decisión sobre la interrupción voluntaria de su embarazo (en los sistemas de motivos o indicaciones) o le impide adoptarla en condiciones de libertad y conciencia (en los sistemas de plazos). En definitiva, para afirmar el enlace causal hay que argumentar que la privación o el defecto en la información que reciben los progenitores a través del falso negativo, impide la libre autodeterminación de su conducta, lo que provoca el daño que supone tal privación. (Macía Morillo, Panorama de la responsabilidad Civil de los Profesionales Sanitarios por wrongful birth y wrongful life, 2006)

En conclusión de lo anterior, sí es posible establecer un nexo causal entre el comportamiento del profesional médico y los daños que se pueden reclamar a través de la acción de Wrongful birth relacionados principalmente con la facultad de los padres de interrumpir legalmente el embarazo para el caso del diagnóstico prenatal.

CONCLUSIONES

Como resultado de este trabajo es posible concluir que la acción *Wrongful Birth*, es una acción que busca se declare la responsabilidad del Estado por fallas en el servicio médico, relacionadas con la no detección de enfermedades graves o malformaciones del feto, atentando claro está, contra los derechos reproductivos de la mujer, porque no se le permite decidir si interrumpir su embarazo, una vez cumplidos, los presupuestos legales establecidos por la Corte Constitucional para esos fines.

La acción de *Wrongful birth*, igualmente podemos concluir, es una acción que es relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo y como se expuso en el presente trabajo, dicha acción se abrió paso a partir de esa trascendental decisión que tomó la Corte Constitucional sobre el aborto, porque es a partir de esta providencia que toma relevancia este tipo de acción para la indemnización de perjuicios, ahora bien, no se puede olvidar que lo interesante de este tipo de acción es que está directamente enlazada con la posibilidad legal de abortar, luego si en el país no existiera esa posibilidad legal, la acción de *Wrongful Birth*, no tendría aplicación y es esto así, porque al ser o no detectada una enfermedad del feto, la madre no tiene otra opción que continuar con el embarazo, lo que en teoría atentaría contra sus derechos reproductivos.

Es debido a esto, que se puede concluir que en los casos en los cuales se presenten nacimientos de niños con graves enfermedades o malformaciones y estas no hayan sido detectadas por el médico que atendió la etapa del embarazo de la madre, esto dentro de las posibilidades que la ciencia médica permita, el Estado debe entrar a responder por los daños generados por la acción u omisión del profesional médico, sin embargo y no menos importante, se priva a la madre de la posibilidad legal que tiene de interrumpir el embarazo en los términos que ha establecido la jurisprudencia, lo cual sin duda algún atenta contra su libre determinación y sus derechos reproductivos. Así, tratándose de las demandas de *wrongful birth*, se ha pensado que el daño (especialmente el moral) no está representado por la pérdida de la posibilidad de abortar, sino que se funda en el denominado daño por rebote o

consecuencia, traducido en una afectación de los intereses que los padres, dando como consecuencia la crianza de un menor con dificultades, físicas o psíquicas.

En este orden de ideas, cada vez son más las acciones de este tipo que buscan la indemnización de los daños materiales y morales, por este tipo de situaciones porque aunque el nacimiento de un hijo es un hecho maravilloso en la vida de una persona, esta alegría puede ser opacada si se presentan graves enfermedades o malformaciones que en el mayor de los casos, generan un daño moral colosal en la persona por el dolor de ver a su hijo en penosas condiciones, sin contar que muchas veces la economía familiar también se ve afectada porque uno de los padres debe dejar de laborar para dedicarse al cuidado del hijo enfermo.

Por tanto la revolución científica es un gran avance que impacta en la sociedad. Hoy la genética y la tecnología han dado la posibilidad de cumplir con el deseo de la paternidad de maneras diferentes. Y en el caso del diagnóstico, de poder saber qué es lo que uno aporta, si son genes sanos o enfermos y si los hijos pueden tener una oportunidad de ser enfermos o no. Así las cosas en la actualidad se pueden planificar la llegada de un hijo sano.

Bibliografía

De Angel Yagüez, R. (2005). Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongfulbirth: ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?

Galán Cortés, J. C. (2008). Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 279-290.

Macía Morillo, A. (2005). La Responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. *Tirant Lo Blanch*.

Macía Morillo, A. (2006). Panorama de la responsabilidad Civil de los Profesionales Sanitarios por wrongful birth y wrongful life. *Revista Chilnena de Derecho Privado*, 167-206.

Macía Morillo, A. (2007). La responsabilidad civil médica. las llamadas acciones de wrongfulbirth y wrongful life. *Revista de derecho Universidad de Norte*.

Pacheco Jiménez, M. N. (2011). *Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*. Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Sentencia de Constitucionalidad, 355 de 2006 (Corte Constitucional 10 de mayo de 2006).