

LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN COLOMBIA: UNA
PERSPECTIVA HACIA EL FUTURO JURÍDICO DEL PAÍS

DANIEL GIOVANNI CASTAÑEDA ARIAS

6001010541

SERGIO ESTEBAN MORENO ROZO

6001010777

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
COORDINACIÓN DE INVESTIGACIONES

BOGOTÁ

2015

LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN COLOMBIA: UNA PERSPECTIVA HACIA EL FUTURO JURÍDICO DEL PAÍS.

INTRODUCCIÓN

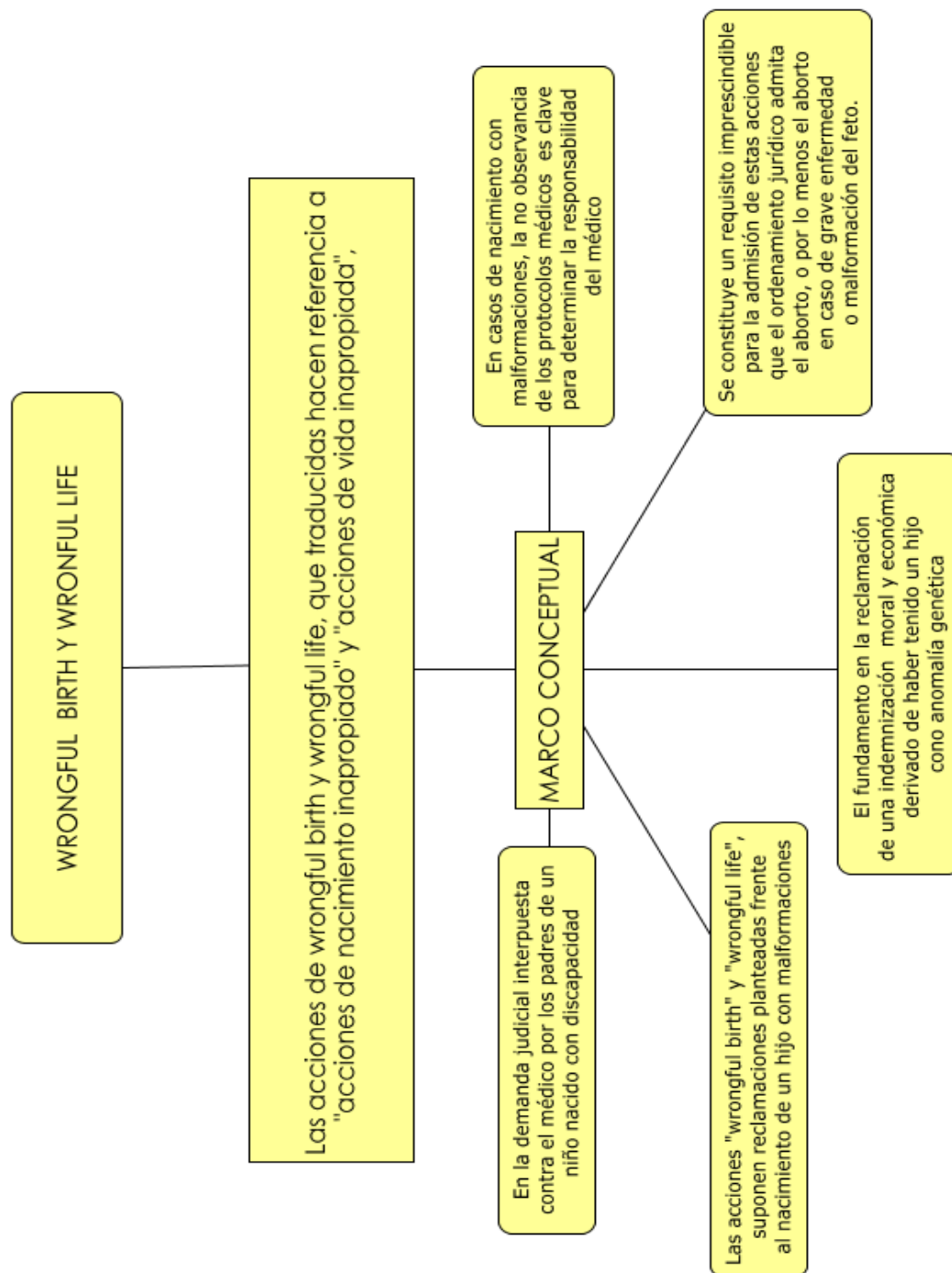
Debido a la despenalización del aborto en Colombia, en tres casos específicos, por medio de la Sentencia C.355/06, se abrió una puerta al debate jurídico sobre las implicaciones sociales que esta despenalización parcial traería a la sociedad colombiana, y con mucha más relevancia en el caso de responsabilidad médica, por lo cual se tiene la necesidad de implementar herramientas jurídicas que protejan este derecho que se tiene a desistir del embarazo en los casos reglamentados por la ley colombiana, evidenciando como una posibilidad de dicha protección a este derecho, la aplicación de acciones jurídicas como las acciones wrongful birth y wrongful life.

Para estudiar la aplicación de dichas acciones en donde se requiere hacer un estudio jurídico desde un punto constitucional en Colombia para lograr inferir sobre las posibles repercusiones jurídicas y sociales de la aplicación de estas acciones.

El resultado se obtendrá mediante un estudio de Derecho comparado con España, al ser este el único país de habla hispana en donde se han aplicado estas acciones, pero también se logrará establecer una relación con la aplicación de las mismas en los demás países, en donde no necesariamente se hable castellano, pero en donde se han dado casos sociales que han necesitado la aplicación de estas acciones, centrandó la atención en España y la relación constitucional de dicho país en cuanto a la aplicación de las acciones wrongful birth y wrongful life, para por último concluir con las posibles repercusiones jurídicas y sociales de la aplicación de estas acciones en el ordenamiento jurídico colombiano, además asegurar la creación de mecanismos de protección a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su vida digna, además de beneficiar a la comunidad de personas con algún tipo de discapacidad, fomentando los derechos de los que son garantes mediante el uso de estas acciones, en donde se mejoraría el aspecto de

responsabilidad médica y se exigirían ciertos derechos fundamentales en especial a las mujeres en estado de embarazo para prevenir el uso de las acciones wrongful birth y wrongful life.

RESUMEN



ORDEN LA EXPOSICIÓN

INTRODUCCIÓN	1
RESUMEN.....	2
CAPITULO I	
CONCEPTO Y ALCANCE DE LAS ACCIONES “WRONGFUL”	4
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.2 LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.....	6
1.3 HIPÓTESIS.....	7
1.4 CONTROVERSIAS DE LAS ACCIONES “WRONGFUL”	8
CAPITULO II	
FUNDAMENTOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL	10
2.1 INTERACCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LAS ACCIONES WRONGFUL EN ESTADOS UNIDOS.....	11
2.2 INCIDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL EN ESPAÑA.....	12
2.3 CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA E INTERNACIONAL.....	14
CAPITULO III	
POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE ACCIONES WRONGFUL EN COLOMBIA.....	18
3.1 ACCIONES WRONGFUL MEDIANTE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. .	22
3.2 PRIMER CASO DE ACERCAMIENTO DE ACCIONES WRONGFUL EN COLOMBIA.....	24
3.3 DERECHO COMPARADO DE ACCIONES WRONGFUL.....	24
CAPITULO IV	
FINALIDADES DE LAS ACCIONES WRONGFUL EN COLOMBIA	30
4.1 METODOLOGÍA HERMENÉUTICA E INTERPRETATIVA.....	31
4.2 DISEÑO DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	33
4.3 ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	34
CONCLUSIONES.....	37
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39
ANEXOS.....	41

CAPITULO I.

CONCEPTO Y ALCANCE DE LAS ACCIONES “WRONGFUL”

Es necesario brindar un acercamiento teórico que complemente y profundice el tema y subtemas relacionados con las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life, en donde se pueda evidenciar la aplicación de estas y los efectos que han tenido en los países en donde se han desarrollado, para así indagar y comparar esto, con la realidad social colombiana, para contrastar las posibles repercusiones de estas acciones en nuestro país.

Es indispensable conocer tanto el origen como el desarrollo de las acciones Wrongful birth y Wrongful life, para observar y entender la aplicación de estas desde el punto de vista jurídico y a su vez sus repercusiones sociales, por lo cual se necesita de un Marco Teórico, en el cual se evidencie el surgimiento y desarrollo de estas acciones en los respectivos países en los que se han venido utilizando, acompañado de un Marco conceptual, en donde se aclare y relacione los conceptos sobre las responsabilidades, que emergen de dichas acciones, y esto inherente a un Marco Jurídico, en donde se evidencie el desarrollo legal y la aplicación de las acciones Wrongful birth y Wrongful life en un entorno social, que en el caso colombiano aún no se ha desarrollado, pero gracias a la despenalización parcial del aborto, se creó una brecha, para posible la entrada a la aplicación de estas acciones, mediante el Bloque de constitucionalidad, que permite realizar un precedente judicial, en donde se puedan incorporar y ejecutar estas acciones entorno a los casos de malformaciones físicas, discutiendo así el tema de responsabilidad en estos casos y la actuación del Estado Colombiano en los mismos, teniendo conocimiento de si existen herramientas jurídicas actuales para resolver controversias en el caso de la posible utilización de las acciones wrongful birth y wrongful life.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En el momento en que la Corte Constitucional despenaliza el aborto, se abrió una gran controversia por las consecuencias jurídicas que esto traería. Porque el tema es muy reciente para la población Colombiana. Por lo cual se crean vacíos jurídicos y nuevas situaciones que deben enfrentar los jueces solo con el apoyo de las fuentes auxiliares del Derecho. Gracias a esto podemos incluir acciones que son desconocidas para el ordenamiento jurídico Colombiano como lo es la acción de wrongful birth y wrongful life.

Las acciones de wrongful birth y wrongful life, que traducidas hacen referencia a "acciones de nacimiento inapropiado" y "acciones de vida inapropiada", en donde el caso de wrongful life, normalmente el bebé y los padres demandarán al doctor o al hospital por no proporcionarles la adecuada información que les habría permitido saber la malformación durante el embarazo, o una mala disposición genética de alguno de los padres antes de quedarse embarazada. Por lo tanto existe cierto tipo de responsabilidad en donde sí se le hubiera avisado a las madres, estas habrían podido abortar, por lo que es necesario observar el tema y debate jurídico relacionado con la responsabilidad médica inherente a la realidad social colombiana y las posibles repercusiones de la despenalización del aborto en los tres casos legales actualmente existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

¿Es posible comparar el Derecho Constitucional Español y colombiano en relación a las acciones de wrongful birth y wrongful life, según la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional colombiana que despenaliza el aborto en el caso de malformación del feto en la actualidad?

1.2 LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.

Derecho Constitucional, Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad.

El tema sobre el cual se va a desarrollar el presente Proyecto de Investigación, tiene como línea de investigación “Derecho Constitucional, Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad”, para aplicar y complementar las bases teóricas y argumentativas de acuerdo a los temas a investigar entorno a las Acciones “Wrongful Birth y Wrongful Life” y así promover la capacidad de indagación sobre las repercusiones sociales de dichas acciones desde el punto de vista jurídico a la luz del Derecho Constitucional, teniendo en cuenta el carácter y contexto internacional donde se desarrollan estas acciones, donde se hace presente el Bloque de Constitucionalidad, para observar y analizar la viabilidad de incorporar estas acciones en nuestro ordenamiento jurídico y si estas realizan modificaciones o actualizaciones en el mismo, como parte de la administración de justicia, donde se evidencia la línea de investigación sobre la cual se basa el proyecto.

Como complemento a esta línea de Investigación, se tiene como sub línea de Investigación “Familia, Conflictos sociales y Proyección Social”, para reflejar las implicaciones del tema principal de la investigación, con relación a las Acciones Wrongful birth y Wrongful Life, y así ampliar la visión del estudio conforme al posible grado de aceptación en la utilización de dichas acciones en el ordenamiento jurídico de Colombia con fin de crear un mecanismo de protección que asegure una vida digna a los niños, niñas y adolescentes en estado de indefensión y a su respectiva familia, asegurando que se le respete todos los derecho descritos en la Constitución Política de Colombia además dando cumplimiento con el artículo primero de la citada fuente en donde se expone que

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

1.3 HIPÓTESIS.

El aborto en Colombia fue despenalizado mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 10 de mayo del 2006, a raíz del caso de Martha Sulay González, en tres situaciones específicas: En caso de violación, cuando existe peligro para la salud física de la madre, en caso de graves malformaciones o problemas graves de salud del feto. La pena en Colombia por la práctica del aborto, en los casos no despenalizados por la Corte Constitucional según el artículo 122 del Código Penal colombiano es: "La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior." (LEY 599, 2000) Pese a que la Corte Constitucional en la Sentencia T-388 de 2009, ordenó desarrollar campañas educativas e incluir información sobre la Interrupción Legal y Voluntaria del Embarazo en las clases de educación sexual, a la fecha no se ha dado cabal cumplimiento a este mandato en nuestro país.

El número de abortos ilegales en Colombia, según distintas organizaciones, rondaría los 300.000 anuales, siendo la tercera causa de la mortalidad materna al realizarse ilegalmente y por tanto sin garantías mínimas sanitarias.

En el momento en que la Corte Constitucional despenaliza el aborto, se abrió una gran controversia por las consecuencias jurídicas que esto traería. Y el tema se convirtió en algo reciente para la población Colombiana. Por lo cual se crean vacíos jurídicos y nuevas situaciones que deben enfrentar los jueces solo con el apoyo de las fuentes inherentes al Derecho. Gracias a esto podemos incluir acciones que son desconocidas para el ordenamiento jurídico Colombiano como lo son las acciones de wrongful birth y wrongful life. (De la Rosa Guzmán, 2012)

La objeción de conciencia está siendo mal empleada, pues se ha convertido en un instrumento para obstaculizar el ejercicio de los derechos de las mujeres; se realiza sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, negándose a brindar información, intentando persuadir a la mujer y sin la remisión efectiva que es requerida, cometiendo actos de maltrato o discriminación y vulnerando la confidencialidad de la paciente así como el secreto profesional.

Algunas instituciones de salud han establecido que sus profesionales firmen pactos colectivos para objetar conciencia o se han rehusado a proveer los servicios de aborto como se puede evidenciar por ejemplo en la sentencia T-209/08 como resultado de los efectos de la sentencia C-355 de 2006, en donde se evidencia la respuesta del Ministerio de la Protección Social al expedir la Resolución Número 004905 de 2006 (14 de diciembre), por medio de la cual se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo –IVE.

Las acciones de wrongful birth y wrongful life, que traducidas hacen referencia a "acciones de nacimiento inapropiado" y "acciones de vida inapropiada", en donde el caso de wrongful life, normalmente el bebé y los padres demandarán al doctor o al hospital por no proporcionarles la adecuada información que les habría permitido saber la malformación durante el embarazo, o una mala disposición genética de alguno de los padres antes de quedarse embarazada. Si les hubieran avisado habrían podido abortar o ni siquiera pensar en concebir al hijo. O en caso de quererlo según sus creencias religiosas, se habrían preparado mentalmente para ello. Por esto se hace necesario observar el tema y debate jurídico relacionado con la responsabilidad médica inherente a la realidad social colombiana y las repercusiones de la despenalización del aborto en los tres casos legales actualmente existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.4 CONTROVERSIAS DE LAS ACCIONES “WRONGFUL”

Los avances científicos ha permitido que las nuevas técnicas de diagnóstico prenatal de malformaciones detectables en el embrión y en el feto, junto con la amplia legislación como respuesta a las controversias a cerca de la despenalización del aborto parcial o totalmente en algunos países, entre estos Colombia (con la despenalización del aborto de manera parcial, mediante Sentencia 355 de la Corte Constitucional de 2006), han promovido la aparición de las demandas judiciales interpuestas por padres o hijos contra los profesionales –médico, genetista– o las instituciones públicas o privadas, en los casos en donde nace un hijo con alguna malformación o defecto que pudo haber sido detectado durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo, y sin embargo no se avisó oportunamente. Esto ha dado paso a la presentación de

demandas mediante dos acciones principales denominadas "wrongful birth" y "wrongful life", y su utilización jurídica, se ha ido extendiendo por distintos países con el paso del tiempo.

Las controversias acerca de las acciones wrongful birth y wrongful life han existido en legislaciones de otros países frente a la reacción jurídica de legislar sobre el tema del aborto, en donde la mayoría de los tribunales frente a estas cuestiones han rechazado abrumadoramente acciones de wrongful life, mientras que al mismo tiempo aprueban las de wrongful birth, esto ha ocurrido porque los tribunales han encontrado que es más aceptable identificar la elección sobre la vida del niño que tienen los padres, que la lesión de responder a la pregunta metafísica de si la "no-existencia" es siempre preferible a la vida. En contraste, muchos estudiosos sobre agravios en materia de responsabilidad médica que han abordado esta cuestión han llegado a la conclusión de que tanto las acciones de wrongful birth como la acción de wrongful life se les debe permitir seguir adelante. Razonan que ambos agravios se corresponden bien con los principios de negligencia tradicionales. (Díez-Picazo, 1998).

CAPITULO II.

FUNDAMENTOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Como referente internacional se ha observado que las personas con discapacidad han hecho avances significativos hacia la integración y la aceptación en la sociedad estadounidense en los últimos cincuenta con la aprobación de la Ley para Americanos con Discapacidades o "Americans with Disabilities Act" ("A.D.A.") En 1990, y las leyes estatales comparables, que representan para muchos el primer reconocimiento público acerca de cómo la discriminación contra las personas con discapacidad es inmoral e intolerable, incluso cuando se hayan cometido por particulares. En ningún otro momento de la historia de Estados Unidos, la promulgación de la ADA inspiró una auténtica esperanza de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad y ser bien recibidas en todos los aspectos de la vida americana. Las demandas de la integración y la aceptación fueron verdaderamente reemplazadas por la tolerancia, y el objetivo parecía ser alcanzable.

Algunos estudiosos han llegado a la conclusión de que la ADA y la legislación similar fue provocada en parte por la transformación de la comunidad de discapacitados de un grupo de individuos dispares a un cuerpo colectivo que insistía en los derechos civiles de todo el conjunto. El entusiasmo y el optimismo que existía en la raíz de la aprobación de la ADA han disminuido desde entonces. Son relativamente pocas las personas con discapacidad las que han tenido éxito en la arena legal bajo la ADA, y las actitudes de la sociedad hacia la discapacidad han sido impugnadas por las pruebas genéticas prenatales y los agravios correspondientes a las acciones de wrongful birth y wrongful life. Después de algún tiempo, la creación de pruebas, utilizadas y practicadas correctamente, lograron avisar e informar a una mujer embarazada de ciertos defectos de nacimiento que su hijo no nacido posee o era probable que tuviera , como el síndrome de Down, anencefalia, o la enfermedad de Tay-Sachs. Con la finalización del Proyecto Genoma Humano, el conocimiento científico de los marcadores genéticos está explotando. Actualmente existen cientos de pruebas que dan a las mujeres embarazadas la posibilidad de detectar las

condiciones humanas que van desde las personas severamente discapacitadas a las personas que muchos consideran como "aflicciones insignificantes". (Alonso Parreño, 2005)

Como el número de las pruebas médicas para detectar las malformaciones genéticas se ha expandido, también lo ha hecho el número de demandas alegando negligencia en contra de la profesión médica. Cuando se detectan alteraciones genéticas en el nacimiento de un niño, algunos padres han optado por demandar bajo la responsabilidad civil de "wrongful birth", alegando que se habría evitado la concepción o abortado su futuro hijo si se hubiese diagnosticado el deterioro o la malformación correctamente. La lesión identificada en estos casos es el derecho sobre la elección de los padres sobre si debe o no llevar a un niño discapacitado a término de vivir. Alternativamente o además de tales reclamaciones, las acciones de wrongful life se han iniciado en el nombre del niño afectado por las malformaciones, debido a que la supuesta negligencia en realidad no se causa por la malformación o del niño, sino que la negligencia se refleja de manera fáctica, por el simple hecho de que Permitir que el niño venga a la existencia y se le permitiera vivir, sabiendo que ciertas lesiones pueden ser operables, pero no la vida del niño en sí.

2.1 INTERACCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LAS ACCIONES WRONGFUL EN ESTADOS UNIDOS.

El inicio de las acciones wrongful birth y wrongful life se puede ver reflejado en EEUU:

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 A. , 2006).

Posteriormente, en el caso *Jacobs vs. Theimer* (1975) en donde se admitió la indemnización por wrongful birth, basada en el nacimiento de un niño con defectos congénitos

debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

Hay autores que muestran el posible dilema que podría plantearse al niño con discapacidad si le dieran a escoger entre nacer o no nacer. A este respecto se argumenta que si los niños tuviesen la oportunidad de decidir, es posible que algunos prefiriesen no haber nacido, mientras que otros, con discapacidades incapacitantes, estarían a favor de la vida. Estas actitudes opuestas dependen de la naturaleza de la discapacidad (física, mental o de ambos tipos), la personalidad e inteligencia de la persona con discapacidad y sus experiencias vitales, en otras palabras, de su conciencia de la vida. Asimismo, hay autores que estiman que no todos los tipos y calidades de vida han de ser ciega y sistemáticamente preservados. De hecho quienes piensan así consideran que el nacimiento en ciertas circunstancias puede suponer un perjuicio no sólo para el hijo en sí, sino también para el resto de la sociedad. (Alonso Parreño, 2005)

2.2 INCIDENCIA DE LAS ACCIONES WRONGFUL EN ESPAÑA.

En España, la presentación de la primera demanda *wrongful birth* data de 1997 [STS 6 jun. 1997 (RJ 1997, 4610)]. Configura un supuesto inédito hasta entonces en la jurisprudencia española: Una gestante, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital en el que se le prescribe por el facultativo la realización de una amniocentesis. Dicha prueba fracasó, conociéndose su resultado el 7 de julio, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio aquélla demostrara su interés en conocer el resultado. Cuando la paciente conoció el fracaso de las pruebas ya no se podía proceder de manera legal y correcta a interrumpir voluntariamente su embarazo por haber transcurrido el plazo legal para ello. En base a todo ello, la madre, en nombre propio, interpuso demanda de responsabilidad en reclamación del daño derivado del nacimiento de su hijo con síndrome de Down. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia; pero el Tribunal Supremo acogió parcialmente el recurso y condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50

millones de pesetas (aprox. 300.000 Euros) en concepto de daños morales y materiales. Es destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 17 sep. 2002 (AC 2002, 1929) por su contenido clarificador sobre el concepto, la naturaleza y la viabilidad de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. En este punto nos interesa la definición ofrecida de las merítadas acciones: “grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido” (Macía Morillo A. , 2005).

No obstante, la verdadera dificultad en las demandas de *wrongful birth* es determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u omisión del médico, que se encuentra quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar o no. 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)

Gracias a la Sentencia de 18.12.2003. Se crea un fundamento en donde se puede cumplir una función subsidiaria en aquellas demandas de *wrongful birth* en que, si bien los padres no tuvieron conocimiento de las malformaciones porque no se les informó de ello, ya que la demanda no podría prosperar, por un lado porque no se cumplían los requisitos dispuestos para la despenalización legal del aborto, o porque se demuestra de forma clara que, de haber tenido la posibilidad de abortar, la madre no lo habría hecho.

A pesar de ello, los padres podrán ejercitar una demanda de reclamación de los daños morales derivados del shock psicológico que sufrieron en el momento del parto al conocer unas malformaciones frente a las que no pudieron prepararse psicológicamente antes. Esta solución ha sido aplicada ya por algunos tribunales en Italia (Tribunale di Perugia de 7 de septiembre de 1998, Foro it. N. 6, Giugno 1999, p. 1804, comentada por A. PALMIERE, p. 1805), y en Francia (A. M. DUGUET, Wrongful life; the recent French Cour de Cassation decisions (Duguet, 2002, pág. 142)

En el tema de responsabilidad, es necesario encontrar el nexo causal para determinar sobre quien recae la posible indemnización de los perjuicios acusados, en este caso, las malformaciones y la vida injusta como resultado de las mismas, por lo cual, en los casos anteriormente mencionados, desarrollados en otros países, se crea una controversia, al no solo involucrar en la relación causal a los padres y al médico por la posible negligencia al tener la posibilidad de evitar el nacimiento del feto con dichas malformaciones; sino que también entra a hacer parte de dicha relación causal, los ecógrafos, ya que son los responsables de indicar a los padres a cerca de las malformaciones del feto, por la relevancia de tal información para que la madre pueda ejercer la opción de interrumpir legalmente el embarazo.

2.3 CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA E INTERNACIONAL.

LEY, SENTENCIA, DECRETO	ARTICULO	COMENTARIO
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 SEPTIEMBRE 1998 (RAJ 1998, 7548)		La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional, no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, sino proporcionarle todos los cuidados profesionales sanitarios que requiera según el estado de la ciencia. Asimismo la carga de la prueba, se reitera, se excepciona en dos supuestos en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado

		constatada por el propio Tribunal en términos análogos a los de otros casos.
TRIBUNAL SUPREMO DE 4 FEBRERO 1999 (RAJ 1999, 748)		La no imputación en función de un simple error científico o de diagnóstico equivocado, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulte de extrema gravedad; Tampoco se considera como elemento constitutivo, sin más de la imprudencia el hecho de carecer el facultativo de una pericia que pueda considerarse extraordinaria o de cualificada especialización; No es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto de que se trate; Por consiguiente, más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, diligencia medida por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo, no lo hace dentro del campo de actuación ordinaria de un profesional de la medicina.
LEY 599 DE 2000	ARTICULO 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.	La Corte Constitucional mediante la sentencia C-355 de 2006 modifica la concepción del derecho a la vida al considerar que sólo son titulares de ese derecho las personas nacidas y no las que están por nacer.
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ART. 8 LEY 41/2002 NUMERAL 1 Y 4	1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 4. Todo paciente o usuario tiene	El paciente en todo caso debe ser informado de todos los riesgos y el procedimiento que existan en los casos correspondientes. En el paso particular que nos reúne, implica que a la madre en periodo de gestación por obligación se le debe brindar todas las herramientas existen para optar por la mejor decisión para su vida.

	<p>derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.</p>	
<p>SENTENCIA C-355/06 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.</p>		<p>Para la Corte Constitucional, la decisión del legislador de sancionar el aborto cuando el embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de un hecho punible como el acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto, es desproporcionada, ya que se trata de una intromisión estatal de tal que anula el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de las mujeres en cuanto termina considerándolas como mero receptáculo para la reproducción, y no consulta su consentimiento para, ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser. También resulta desproporcionado sancionar penalmente el aborto en aquellos casos en los cuales está amenazada la vida y la salud, física y mental, de la mujer gestante, es excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. Y, en la última hipótesis, relacionada con las malformaciones del feto, certificadas médicamente, cuando éstas lo hacen inviable, también se consideró desproporcionado sancionar el aborto, pues pierde peso el deber del Estado de proteger la vida, y entrañaría la imposición de una conducta a las mujeres que excede la que normalmente es exigible a la madre, 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.</p>

T-841 DE 2011
CORTE
CONSTITUCIONAL

En esta tutela se evidencia la línea jurisprudencial que adoptó la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006. El caso en concreto no indica la decisión de la corte en hacer efectivo la interrupción voluntaria del embarazo de una niña de doce años, en la cual su vida corría peligro por el embarazo.

CAPITULO III

POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE ACCIONES WRONGFUL EN COLOMBIA.

Históricamente, el modelo médico ha dominado el pensamiento público sobre el deterioro y la discapacidad. En este modelo, la discapacidad es un rasgo personal que resulta de las limitaciones funcionales internas de un individuo. Estas limitaciones son "típicamente vinculados a la incapacidad y la dependencia, la cual, a su vez, puede llevar al aislamiento social y económico." Los médicos sirven como guardianes de la discapacidad con respecto tanto a la identificación, así como la rehabilitación de los trastornos. Se trata de un supuesto tácito de que la comunidad médica puede identificar con precisión las deficiencias y evaluar con precisión la funcionalidad. Debido a que la discapacidad es vista como procedente de fuentes internas y no externas, las experiencias subjetivas de las personas con discapacidad son simplemente ignoradas. La biología es, en efecto, el destino. Dado que la sociedad no causó las desventajas sociales que fluyen naturalmente de la biología, que no tiene ninguna obligación, moral o de otro tipo, para aliviarlos. A la luz del enfoque del modelo médico de la biología, la solución del modelo de la discapacidad es también biológica. Centros de la política social " eliminando tanto la discapacidad como sea posible, mediante el uso de la tecnología médica para curar la discapacidad existente o prevenir la discapacidad futura.

En la demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño nacido con discapacidad, representada en la acción de wrongful birth, el médico o genetista es responsable de un daño al no proponerle a la madre una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley.

“La demanda puede ser ejercitada por ambos progenitores o por sólo uno de ellos – generalmente la mujer” (Macía Morillo A. , 2005, págs. 2-3)

El fundamento estriba en la reclamación de una indemnización basada tanto en el quebranto moral como en el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad o anomalía genética.

Los progenitores ejercen esta acción contra el médico ya que la gestante, debido a su negligencia, se vio privada de la oportunidad (teoría de la pérdida de la oportunidad) de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Lo relevante aquí no es el sentido en que la madre hubiera ejercitado dicha facultad, sino la pérdida de la facultad misma. No obstante, la aplicación en este ámbito de la señalada teoría ha sido criticada por algunos autores por poner en duda que exista una verdadera ocasión perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio, la conducta negligente del médico que ha impedido ejercitar la facultad de interrumpir legalmente el embarazo lesiona el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la madre; por tanto, los daños indemnizables serán aquéllos que deriven de dicha lesión. (Martín Casals, 2002, págs. 3-8).

Desde el punto de vista de la responsabilidad médica, en casos de nacimiento de niños con malformaciones, la observancia o no de los protocolos y de la praxis médica habitual es clave para determinar la responsabilidad del médico. Es importante por esto tener en cuenta que el concepto de relación de causalidad introduce algunas de las mayores dificultades en la decisión final y los juicios de los casos de wrongful birth y wrongful life, al ser estas acciones similares a cualquier otra reclamación de daños, es necesario probar que la acción u omisión del demandado fue la causa del daño producido.

Cuando se produce error en el diagnóstico prenatal la mujer ya estaba embarazada y su alegación al demandar es la de que, de haber conocido la enfermedad que afectaba al feto, habría optado por abortar. Evidentemente, el problema al establecer la relación de causalidad está en el concepto de los “cursos causales no verificables”, en el sentido de que la parte demandada puede alegar que no es seguro que la madre hubiera abortado si hubiese sabido de la enfermedad congénita del feto. (Alonso Parreño, 2005)

En este caso, la decisión de la madre se toma como una hipótesis, y no realmente como una certeza, ya que de no ser seguro que la madre hubiese abortado, no se puede demostrar que la única causa de los daños es la actuación del médico, por lo tanto la relación de causalidad entre su conducta negligente y el resultado (nacimiento de un niño con malformaciones) se encuentra mediatizada por una decisión de la madre. En consecuencia, cuando la acción es ejercitada por la madre, parece unánime exigir como elemento necesario, la declaración de que la madre hubiese

abortado legalmente introduciendo un doble razonamiento a realizar entre la conducta culposa del médico y el desenlace, existiendo dos problemas de relación de causalidad, determinando si la culpa del médico fue “causa” de que la madre no pudiera abortar o si hallándose la madre en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría o no decidido hacerlo.

El pertinente análisis jurisprudencial refleja los supuestos en los que se han estimado demandas de wrongful: “falsos negativos” o errores en el diagnóstico consistentes en la emisión de un diagnóstico que no responde a la realidad y que muestra la ausencia de enfermedad allí donde ésta existe; falta de realización de las pruebas diagnósticas indicadas según la *lex artis ad hoc*; incorrecta realización de dichas pruebas; no llegar a su destino el resultado de una prueba; no informar de los riesgos del embarazo de alto riesgo; insuficiencia de la información; falta de toda información. En definitiva, puede decirse que en todos los casos lo determinante a la hora de condenar o no es la observancia de los protocolos obstétricos vigentes en el momento de que se trate y en cumplimiento con los derechos de la embarazada que se recogen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶. Así pues, la información⁷ (que ha de referirse al diagnóstico, al pronóstico, a las alternativas de tratamiento, al grado de urgencia, a los posibles riesgos y a las consecuencias del tratamiento) es la base y el presupuesto del llamado “consentimiento informado”, configurado como “una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” [SSTS 12 ene. 2001 (RJ 2001, 3); 11 may. 2001 (RJ 2001, 6197)]. De ahí que una información defectuosa e inexacta puede ser causa de un vicio en aquél y generar responsabilidad para el médico por los daños en que pudiera materializarse el riesgo creado. (Salàs Darrocha, 2005, págs. 4-9)

Concretamente las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”, suponen reclamaciones planteadas frente al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que, si se hubieran conocido a tiempo habrían permitido a los progenitores la posibilidad de abortar. En el caso de las “wrongful birth” son los padres los que reclaman, mientras que en el caso de las acciones de “wrongful life” es el propio hijo discapacitado el que reclama a los profesionales sanitarios. Como sostiene algún sector doctrinal, la objeción fundamental para la prosperabilidad de estas acciones, es la de calificar

como daño la propia vida del hijo, puesto que choca frontalmente con el derecho a la vida, el rechazo al aborto y con qué la alternativa de ese niño a vivir con discapacidad, era no vivir. Dicho de otro modo, si la anomalía o la malformación se hubiesen detectado a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto, ese hijo no hubiese nacido, o al menos, podría no haber nacido. Puede decirse que, en general, tanto la doctrina española como la jurisprudencia admiten las acciones de "wrongful birth", sobre las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado favorablemente ya en un número considerable de Sentencias, aunque no siempre de forma homogénea en su tratamiento, (que después se comentaran), y se rechazan las acciones de wrongful life, es decir, las entabladas por el propio hijo discapacitado, por las objeciones que plantea reclamar una indemnización por su propia existencia. No obstante, estas acciones siguen planteando problemas, fundamentalmente en relación con la determinación del daño y la relación de causalidad.

La doctrina coincide en afirmar, que constituye un requisito imprescindible para la admisión de estas acciones que el ordenamiento jurídico en cuestión admita el aborto, o por lo menos 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 y en el caso colombiano, es ello posible, ya que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-355 de 2006 reconoció el derecho de las mujeres colombianas a interrumpir de manera voluntaria el embarazo en tres circunstancias: Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, Cuando el embarazo sea el resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Sentencia n. 188/2013 de AP Girona, Sección 1a, 6 de Mayo de 2013, 2013)

La teoría más reciente articulada por los estudiosos es sobre un grupo minoritario relacionado con el modelo de la discapacidad, que se inicia, al igual que el modelo social, con la premisa que la discapacidad es principalmente una función de las relaciones sociales y la discriminación en vez de la existencia de limitaciones funcionales inherentes. Va más allá del modelo social, sin embargo, mediante el uso de este reconocimiento como el fundamento de identidad de grupo para las personas con discapacidad. Históricamente, la divergencia en el tipo y

el grado de las limitaciones funcionales dominadas por encima de cualquier experiencia compartida entre las personas con discapacidad. La noción de que una discapacidad es única y personal, implica que es un esencialmente problema privado para resolver, vencido o vencido por el individuo esfuerzo y no por las políticas públicas o de los servicios sociales. Una vez que los problemas asociados a la discapacidad se reconocen como externamente generado, sin embargo, los deterioros individuales en un segundo plano a lo universal, la experiencia de la discriminación y la estigmatización. Los individuos con discapacidad alientan a los discapacitados a verse a sí mismos como miembros de una discreta grupo minoritario, similar a otros en la sociedad. Este grupo se transforma la concepción de individuos relativamente sin poder en un órgano político insistente sobre la erradicación de las prácticas sociales de exclusión y las estructuras como una cuestión de derechos civiles.

Los primeros casos que implican nacimiento injusto y vida injusta, no lo hicieron con implicación de las pruebas genéticas, pero, en cambio, el resultado del nacimiento de niños sanos, que eran, por una variedad de razones, ya sea inesperados o no deseados por sus padres. Los tribunales de razonamiento emplearon para evaluar la cuestión de si un "Daño" se había producido en tales circunstancias proporciona una visión única de los casos posteriores que se centran en los niños con discapacidades. (Romero Coloma, 2010, págs. 03-10)

3.1 ACCIONES WRONGFUL MEDIANTE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Gracias a la adhesión del estado Colombiano a los tratados y convenios internacionales mediante la ratificación, y el reflejo de esto mediante el Bloque de Constitucionalidad, que hace referencia a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución; se puede analizar, la forma en la cual nuestro sistema jurídico, puede incorporar normatividad de otros países, para así marcar precedente judicial, y de cierta manera complementar el ordenamiento jurídico, por esto, ante la evolución de las acciones wrongful birth

y wrongful life, se puede deducir la aplicabilidad de las mismas, con el respectivo respaldo constitucional que nos brinda el bloque de constitucionalidad.

Son seis los artículos de la Carta que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno: a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia; b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” c) El artículo 94, que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.” e) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, y f) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”. (Arango Olaya, 2004)

Como el pensamiento público sobre los derechos y funciones de las personas con discapacidad ha cambiado con el tiempo, el derecho de daños ha tenido problemas para mantener el ritmo, sobre todo cuando se trata de cuestiones que se derivan de la tecnología emergente. En algunas áreas, la ley común ha quedado claramente por detrás de las concepciones modernas de la discapacidad, la culpabilidad moral, y la disuasión. El rápido ritmo de la innovación tecnológica en el ámbito de las pruebas genéticas, sin embargo, ha obligado a los tribunales, voluntariamente o no, para responder a los temas de vanguardia en huelga en el centro del movimiento de derechos de los discapacitados. Incluso una lectura superficial de la jurisprudencia abordar nacimiento injusto y vida injusta refleja los juzgados de la incertidumbre y el malestar se sienten cuando tienen que enfrentarse a los problemas que implican los objetivos

fundamentales, ya veces divergentes, de ley de responsabilidad civil y el significado de la vida misma.

3.2 PRIMER CASO DE ACERCAMIENTO DE ACCIONES WRONGFUL EN COLOMBIA.

Las primeras reclamaciones relacionadas con las acciones wrongful birth y wrongful life, a menudo denominados "concepción ilícita" o "embarazo ilícito", fueron traídos por los padres, ya sea en contra de los médicos que habían realizado procedimientos negligentes de esterilización o abortos, o los fabricantes que han desarrollado productos anticonceptivos defectuosos. En ambos tipos de circunstancias, los acusados de negligencia resultó en el nacimiento de un niño sano a pesar de los padres claramente expresado el deseo de evitar la concepción. Hasta cierto punto, este tipo de acciones son consistentes con las acciones de negligencia médica y de responsabilidad por productos tradicionales, ya que los demandantes pueden establecer fácilmente, pero por negligencia de la demandada, el niño en cuestión no habrían sido concebidos. Como resultado, la mayoría de las jurisdicciones han reconocido fácilmente este tipo de acción de responsabilidad extracontractual. En casi todos los casos, los tribunales han concedido a las madres demandantes sus gastos médicos y daños por angustia emocional asociados con el embarazo y el parto. Sin embargo, la mayoría de los tribunales han rechazado la expansión de este tipo de daños y perjuicios a los costos de la crianza del niño inesperada a la edad adulta, como en el caso de la Sentencia T-209/08, en donde la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional y decide condenar en abstracto a la entidad de salud (Coomeva EPS, y solidariamente a las IPS de su red), y a los profesionales de la salud que atendieron el caso y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor, por la violación de sus derechos fundamentales.

3.3 DERECHO COMPARADO DE ACCIONES WRONGFUL.

Existen diversas sentencias judiciales acerca de las acciones de wrongful birth y wrongful life, ente estas se encuentra una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 septiembre

2002, donde se observan los siguientes argumentos jurídicos: “Nos encontramos con una tipología de daños determinantes de posible responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de la persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia –o no se descubre o no se informa a tiempo- del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido. (Alonso Parreño, 2005, págs. 10-13)

Estas hipótesis han dado lugar a las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life, muy numerosas en la jurisprudencia norteamericana y cuyas denominaciones (en inglés) se mantienen en los distintos trabajos y resoluciones judiciales sobre el particular. La distinción entre la acción de wrongful birth y wrongful life consiste en que la primera es entablada por los padres del niño contra el médico, mientras que la segunda quien la entabla es el hijo. En la primera los padres alegan que, al no haberse detectado o no haberseles informado sobre la posibilidad de que la madre concibiese o diese nacimiento a una criatura con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión “informada” sobre si procrear o no, sobre si dar o no lugar al nacimiento. En la segunda, acción de wrongful life, el hijo demandante argumenta que “de no haber sido por” el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad.

Por decirlo de otro modo, en la acción de wrongful birth la culpa del médico consiste en un error “que ha conducido al nacimiento” del hijo de los padres demandantes; y en la acción de wrongful life el error médico que se invoca es el que “ha conducido a la vida” del propio hijo enfermo demandante.”

Según considera la sentencia, con tales referencias iniciales, en las acciones de wrongful birth los padres demandantes reclaman normalmente la indemnización del daño consistente en el quebranto moral y económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad congénita. El daño moral es el constituido por la aflicción, el pesar y la carga que lleva consigo la existencia de un hijo afectado por una dolencia irremediable y de ordinario muy penosa. El daño económico viene determinado por la necesidad de hacer frente a los gastos y desembolsos

especiales que la misma enfermedad impone, es decir, adicionales a los que exigiría el mantenimiento de un hijo sano. Después de algunas vacilaciones iniciales, los Tribunales norteamericanos se han mostrado propicios a admitir la demanda y condenar al médico demandado al pago de los gastos extraordinarios ocasionados por el nacimiento y la existencia del hijo enfermo, si bien han acudido con frecuencia al argumento moderador de la indemnización consistente en la valoración de la paternidad; una especie de compensación entre el quebranto patrimonial que el nacimiento del hijo enfermo implica y la ventaja o beneficio que la existencia del hijo entraña.

Por otro lado, en las acciones de wrongful life el hijo demandante solicita la condena del médico para que le indemnice de los daños consistentes en:

a) En primer lugar, el hecho mismo de nacer, pues se suele alegar que habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones que lo hace;

b) En segundo término, los daños económicos que acarrea su vida enferma (cuidados médicos, asistencia de otras personas, habilitación especial de la casa o vehículo, etc.).

Al respecto, los Tribunales, salvo raras excepciones, han rehusado estimar tales reclamaciones de wrongful life, considerando entre otros argumentos, que no se sufrían daños “reconocibles por la Ley” y, también, que no cabía la indemnización tanto por la “imposibilidad lógica” de comparar la vida con la no existencia –la vida dañada y la no vida- como por la dificultad práctica de medir los presuntos daños. No obstante, ello parece abrirse hoy día la tesis de no descartar de forma absoluta la estimación de la demanda entablada por el propio hijo (acción de wrongful life) si con ella se pretende exclusivamente la indemnización de daños materiales experimentados por él, siendo muy dudoso, por el contrario, que sean indemnizables los daños morales puros (el hecho, en sí, de nacer o estar enfermo).

La Audiencia Provincial estima en dicha sentencia que la acción independiente del hijo puede entenderse embebida en la ejercitada por la propia madre ya que, de forma inevitable, se hacen coincidir y duplican idénticos –o, cuando menos, parecidos- daños a resarcir, sobre la base de idéntico fundamento alusivo a un derecho impedido a una tercera persona y nunca de posible ejercicio ni disposición por el hijo.

Vamos ahora a analizar la jurisprudencia española que se ha ido originando en estos años, y lo vamos a hacer considerando los siguientes elementos:

- Casos en que se ha condenado a indemnizar y casos en los que no se ha condenado
- Daños indemnizables
- Sujetos a los que se exige la responsabilidad (médico, hospital, Administración)
- La supuesta postura de la madre ante el aborto (problema de los cursos causales no verificables)

Casos en que se ha condenado a indemnizar y casos en los que no se ha condenado

Se han estimado demandas en los siguientes casos:

a) Fracaso de una amniocentesis:

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio 1997 contempla un caso de un niño nacido con síndrome de Down tras la inadecuada actuación sanitaria de los profesionales (fracaso de una amniocentesis), que motivó que los padres no decidieran el aborto eugenésico. En ella se habla de daño moral pero también de otros perjuicios materiales, como la necesidad de una atención fija permanente hacia el hijo, y por lo común asalariada, reconociendo una indemnización a favor de los progenitores y a cargo de la Administración, en la cantidad de cincuenta millones de pesetas. (Díez-Picazo, 1998)

La estimación de la demanda se basó en el nacimiento de un “ser” (esta es la palabra que utiliza la sentencia) con las deficiencias descritas y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente. La conducta médica que impidió lo anterior “hace que surja lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su sentencia de 6 julio 1995 la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses. En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos”. “Desde luego aquí surge la figura conocida en el

derecho americano con el nombre de wrongful life, el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido; ahora bien, el daño derivado del referido dato no es patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada.”

Por todo ello la indemnización se elevó de los 120.202,42 euros fijados inicialmente a 300.506, 05 euros. (Romero Coloma, 2010)

b) No se ofrecieron las pruebas de diagnóstico prenatal

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en sentencia de 17 marzo 2004, estimó la acción contra la Administración porque no se habían adoptado, dados los antecedentes personales y edad de la madre, las pruebas diagnósticas prenatales oportunas para la detección de la cromosopatía consistente en el síndrome de Down. No se remitió a la gestante a la Unidad de Diagnóstico Prenatal. La Consejería de Sanidad reconoció la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración porque no se permitió a los padres optar por la interrupción del embarazo dentro de los plazos legales, conociendo todas las circunstancias.

c) El resultado de la prueba no llegó a su destino

La Audiencia Nacional, en sentencia de 6 junio 2001 reconoció una acción de wrongful birth en un supuesto en que, de una prueba de triple screening practicada en un laboratorio de Zaragoza, su resultado no llegó a la Unidad de Diagnóstico Prenatal, razón por la cual no se valoró el resultado y no se comunicó a la gestante, por lo que no pudo hacerse nuevas pruebas para diagnosticar el síndrome de Down y no pudo abortar acogiéndose a la indicación eugenésica del art. 417. bis. 1.3ª CP.

d) No informar de los riesgos del embarazo de alto riesgo. (Romero Coloma, 2010)

La Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 28 mayo 2003, señaló que no informar a la gestante sobre los riesgos del embarazo de alto riesgo ni facilitarle el acceso a las pruebas de diagnóstico prenatal, constituye daño moral que se debe indemnizar. Hubo un informe

de la Consejería de Sanidad, que reconocía la responsabilidad de la Administración en este caso. El informe constató la falta de información a la paciente de los riesgos del embarazo y de la posibilidad de someterse a pruebas diagnósticas prenatales. A ello añadía que

“El consentimiento y la información son elementos integrantes de la *lex artis*”.

Por el contrario, se desestimó la demanda por una amniocentesis fracasada, por la Audiencia Provincial de Baleares, en sentencia de 6 junio 2001, que no condenó a dos médicos porque la amniocentesis admite un margen de error entre un 2 y el 20 por 100 y porque “no se ha acreditado reproche a la *lex artis* empleada por los médicos” por lo que “hay que atribuir el evidente resultado erróneo del análisis a las limitaciones de la ciencia médica”. (Macía Morillo A. , 2006)

Un informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Barcelona determinó que a la gestante le fue indicada “La pauta de control y consejo reproductivo con arreglo a los protocolos obstétricos y médico-legales”. (Romero Coloma, 2010)

En un caso igual ante la Audiencia Provincial de Málaga, el resultado fue al contrario porque los informes del ginecólogo y el genetista eran contradictorios sobre a cuál era atribuible el error en el resultado de la amniocentesis. (Díez-Picazo, 1998)

La conclusión que podemos extraer de los casos descritos es que lo determinante a la hora de condenar o no es el cumplimiento con los protocolos obstétricos vigentes en el momento de que se trate y el cumplimiento con los derechos de la embarazada que se recogen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

CAPITULO IV

FINALIDADES DE LAS ACCIONES WRONGFUL EN COLOMBIA

Las acciones wrongful birth y wrongful life permiten brindar una respuesta social y jurídica a la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional colombiana que despenaliza el aborto en los tres casos establecidos en la misma, al ser un mecanismo por la cual en caso de vulnerar los derechos reafirmados en esta sentencia, se logra a través de estas acciones otorgar una protección a la familia que podría sufrir los presuntos daños, e incluso si se habla de wrongful life, para proteger todos los derechos que se desprenden del niño o niña sobre el cual se causa la afectación, primando interés morales y económicos, si se habla de una indemnización, para que como finalidad total se asuma las consecuencias y repercusiones despenalizar de manera parcial el aborto en Colombia.

Es importante recalcar como una finalidad importante e indirecta, la responsabilidad del Estado colombiano en temas polémicos como el aborto, al garantizar un respeto de los derechos fundamentales de cada persona respecto a situaciones que rodean y abarcan las diferentes problemáticas relacionadas, como lo son la responsabilidad médica y el sistema de salud del país, lo cual conllevaría a ofrecer más alternativas para evitar o resolver los conflictos que pueden ser objeto de las acciones wrongful, en donde se descartan demandas civiles o de cualquier otro tipo, al no encontrar un mecanismo propio dentro del ordenamiento que permita proteger los derechos derivados de la despenalización del aborto y a su vez evidenciar la necesidad de incorporar estas acciones al ordenamiento jurídico colombiano, al no existir una figura jurídica para proteger estos derechos y recurrir a saturar acciones mediante las cuales no se podría satisfacer correctamente lo que se quiere. (Macía Morillo A. , 2005)

Al ser totalmente desconocidas estas acciones en el ordenamiento colombiano y al no existir el primer caso donde se apliquen estas, sino simples acercamientos donde no se da una respuesta clara a problemáticas relacionadas con la despenalización del aborto, como lo es la Sentencia T-209/08, donde se hace una condena en abstracto y donde es claro que no se tiene un

concepto claro al resolver sobre un caso relacionado con la práctica del aborto en el país, por lo tanto, es claro que la finalidad de estas acciones es darle el uso adecuado a todas las problemáticas que se puedan presentar como resultado de la “práctica legal” del aborto en Colombia, con fundamento en la sentencia C-355/06, y así a parte de actualizar nuestro ordenamiento brindar soluciones a esos “casos difíciles”, que solo se podrían resolver por vía jurisprudencial y precedentes, pero que al no existir absolutamente nada al respecto, ni siquiera un solo precedente judicial, no se podría resolver una situación por no tener las bases jurídicas acertadas, evidentemente por ser una normatividad relativamente reciente como lo es la sentencia C-355/06, haciéndose necesario brindar respuestas jurídicas y sociales a través de la aplicación de las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico colombiano, y a su vez prevenir que casos como el de la Sentencia T-209/08, queden con una respuesta jurídica que no logre satisfacer la protección adecuada de los derechos fundamentales de las personas implicadas y se pierda cierta objetividad en el momento de fallar, por no existir claridad en el estudio de un caso, al no encontrar normatividad aplicable como respuesta a la Sentencia C-355/06, que indudablemente dejó muchos vacíos jurídicos, que podría llenar la aplicación de las acciones wrongful birth y wrongful life, y su necesaria incorporación al ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, convocados principalmente a las familias colombianas en conflictos relacionados con la práctica del aborto en los casos legalmente permitidos producto de la sentencia C-355/06. (Macía Morillo A. , 2006)

4.1 METODOLOGÍA HERMENÉUTICA E INTERPRETATIVA

El Método de Investigación usado en el Proyecto es el Método Hermenéutico, en el cual se hace uso de un método de interpretación normativa, para así obtener resultados fiables y útiles para mejorar situaciones sociales, basando la investigación en la participación social para así determinar mejor el objeto a investigar, para lograr entender el problema planteado en nuestra investigación y tratar de estudiarlo reflexivamente con el estudio de principios de investigación colectiva y experimentación basados en evidencia e historia social, ya que dentro de un proceso

hermenéutico, se procurara comprender las normas y la jurisprudencia a partir del ejercicio interpretativo intencional y contextual.

El Método Hermenéutico permite un mayor acercamiento a temas innovadores o muy recientes, en los cuales se encuentra muy pocas fuentes de investigación, y es necesario recurrir a una investigación conceptual y normativa, en donde se relacione mucho mejor el estudio a realizar con la sociedad a la cual se dirige el mismo.

Como segundo método utilizaremos la aplicación del método Investigación Acción Participativa (I.A.P.) integrando tres aspectos básicos de trabajo: Participación (la vida en la sociedad y democracia), acción (compromiso con la experiencia y la historia), e investigación (solidez en el pensamiento y el desarrollo del conocimiento), en donde la acción se une, orgánicamente con la investigación y los procesos colectivos de auto investigación, aunque generalmente, en este tipo de investigación, la comunidad en la que se hace la investigación, o para cual se hace, no tiene injerencia en el proceso, ni en los resultados; ella, solo puede llegar a conocer las conclusiones, sin quitar los valores que tiene, permitiendo a su vez conducir a procesos de transformación o a cambios estructurales y el valor que tiene la comunidad participante, particularmente aquella más necesitada.

En nuestro Proyecto el método que se va a aplicar como principal es el método de Hermenéutico, ya que permite aplicar un método conceptual y a su vez interpretativo-cualitativo por el medio del cual, podemos resaltar nuestro objeto de investigación, que al ser tan reciente, necesita un trabajo de campo por medio de entrevistas a expertos, que lo complementen y profundicen, ya que se necesita dicho complemento del eje sobre el cual gira el tema principal de nuestro proyecto, "Las Acciones de Wrongful birth y Wrongful Life", que a su vez permite una producción de un conocimiento propositivo y transformador, mediante un proceso de debate, reflexión y construcción colectiva de saberes entre los diferentes actores de un territorio con el fin de lograr la transformación social, como es el objetivo base de la Investigación Hermenéutica, ya que esta metodología combina dos procesos, el de analizar y el de comparar, involucrando en ambos a la población cuya realidad se aborda, ya que también es un proceso que combina la teoría y la praxis mediante la interpretación, y que posibilita el aprendizaje, la toma de conciencia crítica de la población sobre su realidad, su empoderamiento, el refuerzo y ampliación de sus redes sociales, su movilización colectiva y su acción transformadora.

A continuación se plasmará el posible cuestionario a realizar para la consecución de la entrevista referente a la Metodología planteada anteriormente, en donde se involucra el Método Hermenéutico con ayuda del Método I.A.P., para la consecución y análisis de resultados.

4.2 DISEÑO DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Previamente a la realización de este cuestionario, se mantuvieron conversaciones para la realización del mismo, con dos docentes especializados en materias afines a nuestra investigación, sobre el tema "Wrongful birth y Wrongful Life", en donde el primer docente, especialista en responsabilidad civil contractual y extracontractual, manifestó su aprobación para contestar la misma, y en donde el segundo docente, especialista en el área de Derecho Privado y Derecho Internacional, nos dejó a la espera de la confirmación sobre la aceptación para responder el cuestionario planteado. (Ver Anexo 1)

Como resultado de la anterior muestra de información y conceptos recolectados en un profesional de Derecho Internacional de Colombia, se evidencia un avance normativo en el país, en donde a través del concepto del precedente jurisprudencial, podemos incorporar normatividades que se ajusten a los cambios sociales que se perciben en la realidad latente en el país, por esto como lo indica el doctor Gabriel Andrés Cano Marín, es posible brindar una seguridad a la incorporación de las acciones Wrongful Birth y Wrongful life, en cuanto a que el desarrollo de nuestro ordenamiento permite acoger casos análogos y lograr una incorporación normativa de estas dos acciones, por lo tanto se puede dar un desarrollo de las mismas por medio del desenvolvimiento de estas con el acogimiento de nuestro Derecho Internacional interno, en donde se pueda brindar una relación consecuencial al resultado de la Sentencia 355 del 2006.

En forma de cierre del resultado obtenido gracias a la aplicación del diseño e instrumento de investigación, como lo fue las entrevistas antepuestas, se evidencia que las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life, son un elemento jurídico de actualización normativa necesario para Colombia, que puede ayudar a prever situaciones sociales que pongan en riesgo derechos fundamentales de las personas y contradicciones normativas como resultado de la aplicabilidad

de la Sentencia 355 del año 2006, por lo tanto es viable que se tomen estas acciones y se implementen de manera ulterior a la realidad que se vive, para así permitir una equidad en los modelos normativos comparados con los de jurisprudencias de otros países, para así buscar una unificación en criterios sobre un tema tan debatido como lo es el aborto, sin dejar a un lado el apoyo ético que merece el concepto de familia y el apoyo a las minorías en condiciones de discapacidad física, para así brindar a su vez una protección a través de mecanismos preventivos para que no se les vulneren derechos fundamentales a través de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life.

4.3 ANÁLISIS DE RESULTADOS.

A través del análisis normativo y la comparación de nuestro marco jurisprudencial con respecto a otros de carácter internacional como el español, se obtiene a través de esta interpretación de la norma como resultado la viabilidad de estas acciones en el ordenamiento jurídico colombiano, y una actualización al mismo, por cuanto a través de herramientas como el bloque de constitucionalidad, en donde estas acciones garantizan los derechos de la mujer y de la pareja de practicar un aborto en los tres casos establecidos a través de la sentencia C-355/06, y también las garantías por medio de estas acciones a la población en discapacidad, abordando el tópico de responsabilidad médica.

Al comparar nuestro ordenamiento jurídico con el ordenamiento español, se observó las determinaciones inherentes a las leyes civiles de los dos países que se pueden tener por medio del derecho comparado en donde se encuentran similitudes que dan paso a concebir estas acciones en nuestro ordenamiento, donde se podrían adecuar en acciones civiles en donde respondería el médico, y se podrían convertir en temas de responsabilidad estatal como lo plantearon los dos expertos en Derecho entrevistados, generando un conflicto normativo que puede resolverse con una actualización en ciertos articulados de nuestro ordenamiento, pero siempre enfatizando a que se da completa viabilidad a estas acciones en nuestro ordenamiento, gracias al proceso de derecho comparado con el derecho español mencionado y evidenciado en el marco teórico atrás referenciado.

Teóricamente, el ámbito jurisprudencial español, sirve de referencia para trazar un procedimiento en nuestra jurisprudencia a través de la generación de precedentes, basados en hechos reales, como se evidencio en la presentación de la primera demanda de wrongful birth de 1997 en España, mostrando las múltiples posibilidades que se tienen de dar aplicación a estas acciones en nuestro ordenamiento, como nos lo explicaron los expertos entrevistados, a través de casos concretos que tracen una línea jurisprudencial que genere los cambios al ordenamiento jurídico colombiano actual y se produzca el impacto de cambio paradigmático a nivel legal y social.

Inherentemente se evidencian las repercusiones legales que trae la aplicación de estas dos acciones en nuestra normatividad, y como lo mencionaron los expertos entrevistados al igual que como se demostró con los resultados teóricos encontrados, se observan las consecuencias en el tema responsabilidad estatal que genera la protección de los derechos tanto de las madres colombianas embarazadas de abortar en los casos establecidos legal y jurisprudencialmente; como en la población en condición de discapacidad que genera el choque normativo secuela de la respuesta social al implantar las acciones wrongful birth y wrongful life, mostrando las falencias de las condiciones estatales al generar protección a derechos fundamentales de la sociedad colombiana en general, como lo es la salud, soportando los argumentos en torno a la responsabilidad médica que deriva de la utilización de estas acciones en un contexto real ante la libertad que se dio con la sentencia C-355/06, al despenalizar el aborto y no abordar legalmente las derivaciones que trajo esta sentencia de la Corte Constitucional.

En cuanto a la afectación social, se evidencia a través del análisis de las respuestas dadas por los expertos y los conceptos obtenidos en la investigación teórica y jurídica, una protección a la población discapacitada en sus derechos fundamentales a través de la protección emanada de estas acciones y el actuar social como resultado del proceso de concientización que tienen implícitamente estas acciones en los temas de responsabilidad médica y en la protección del derecho a la familia y a las opciones y derechos a escoger que tiene la madre como resultado de la sentencia C-355 del 2006, que despenalizó en aborto en los tres pluricitados casos de este trabajo.

En materia internacional, se puede presumirun atraso normativo, evidenciado en el hecho de que estas acciones son totalmente desconocidas en nuestras leyes y normas (nuestro

ordenamiento en general), y que en el estudio anteriormente realizado por medio de derecho comparado con el caso español, es contundente la dilación jurisprudencial que se tiene del ordenamiento jurídico colombiano, respecto al de otros países como España, en donde se pauta a través de las decisiones de altos Tribunales, la estimación de las reclamaciones sociales planteadas de wrongful life y wrongful birth, generando resultados de indemnizaciones a la población afectada y la creación de diferentes ilustraciones jurisprudenciales con el argumento de todo los hechos, acciones, omisiones, daños y perjuicios “reconocibles por la Ley”, planteando bases axiomáticas que enriquecen el ordenamiento interno y que resisten estas y otras acciones mediante un modelo de justicia que se maneja de manera preliminar, a través del estudio de precedentes jurídicos; y que esquemáticamente tiene similitudes con el modelo colombiano, en el tema de procedibilidad; mostrando la viabilidad de estas acciones y los resultados que actualizarían el ordenamiento jurídico colombiano a través del estudio de precedentes, partiendo del estudio de casos específicos, para luego lograr universalizar conceptos que generen nueva jurisprudencia.

Por lo anterior se expone que la aplicabilidad de las acciones wrongful birth y wrongful life en Colombia si es posible, y que trae grandes beneficios legales, que toleran una actualización normativa y que permiten el desarrollo social a través de instrumentos que protejan aquellas minorías como lo son las mujeres en estado de embarazo y la población con discapacidad, mediante mecanismos como las nombradas acciones, que permiten la creación de un nuevo marco legal en donde se piense acerca de la responsabilidad estatal en torno a las sentencias que generan libertades y a su vez vacíos jurídicos como lo fue la sentencia C-355/06, pero a su vez permitiendo el avance normativo a través de la disertación jurisprudencial partiendo de precedentes jurisprudenciales que enriquezcan y contribuyan al mejoramiento del Derecho Colombiano.

CONCLUSIONES.

Gracias al análisis y los métodos utilizados para comparar el Derecho Constitucional Español con el Derecho Constitucional Colombiano en relación a las acciones de wrongful birth y wrongful life, y luego de haber logrado teorizar acerca de lo que son y la forma de aplicación de estas acciones, apoyándonos en los presupuestos consecuenciales basados en la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional colombiana, que despenaliza el aborto en el caso de malformación del feto, se logró estudiar el pronunciamiento de la Corte Constitucional para mostrar las implicaciones de la posible aplicación de estas acciones en el sistema jurídico colombiano, dejando entrever las posibles repercusiones jurídicas y sociales de la aplicación de las acciones Wrongful birth y Wrongful life en el ordenamiento jurídico colombiano y encontrar que estas acciones pueden llegar a ser un mecanismo de protección que asegure una vida digna a los niños, niñas y adolescentes en estado de indefensión y a su respectiva familia, procurando velar por los derechos fundamentales que se tienen a una vida digna como lo consagra nuestra Carta Política y a su vez el apoyo a las minorías en estado de incapacidad física.

A la luz de lo anteriormente plasmado es de considerar que la aplicación de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life en el ordenamiento jurídico Colombiano, es viable en cuanto a que todos los presupuestos normativos, como lo es la Sentencia C-355 del 2006, permiten una intervención del Estado colombiano para dar aplicación a la normatividad vigente y asegurar las garantías y principios emanadas de la Ley, para dar cumplimiento a la protección de los derechos de las personas, y más aún de las minorías que se ven afectadas en sus derechos por la omisión de ciertas normas.

Se logró comparar nuestra jurisprudencia con la jurisprudencia española y como se percibió en la teoría, las acciones wrongful birth y wrongful life se pueden materializar en nuestro ordenamiento jurídico y basta con un trabajo jurisprudencial para abarcar el estudio de las mismas a través del asentamiento de precedentes judiciales como el que ocurrió en España, en donde la presentación de la primera demanda invocando una de estas acciones en 1997 genera aquel un supuesto inédito para la jurisprudencia española de ese entonces, planteándole una problemática real, en donde se ve a la afectación de derechos a la población de aquella época, que comparando con los resultados obtenidos en este trabajo, genera la viabilidad de aplicabilidad de estas acciones a través de precedentes judiciales y como lo indicaron los expertos entrevistados, a

través del planteamiento de casos en donde se hace necesario la aplicación de estas acciones y gracias a las garantías constitucionales colombianas, generan esa aptitud de aplicabilidad de las mismas en nuestra jurisprudencia sin olvidar su inherencia al aspecto social en torno a la responsabilidad Estatal mencionada a lo largo de este trabajo, que es lo que lleva a puntos de quiebre legales, que se mejoran con la actualización de nuestro ordenamiento interno.

Se logró demostrar la importancia de la aplicación de las acciones Wrongful birth y Wrongful life, como un elemento de actualización jurídica, que garantiza la finalidad de un Estado Social de Derecho, como lo es Colombia, en donde se vele por garantizar la dignidad humana y a su vez preserva las libertades individuales, garantizadas constitucionalmente al proteger derechos políticos, económicos, sociales, culturales y de minorías, acompañados de acciones que garantizan su efectividad, como lo son las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life.

A través de la viabilidad de las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life, se enriquece el ordenamiento jurídico nacional y se generan nuevas formas de proteger a minorías vulnerables como lo son las mujeres en estado de embarazo o la población discapacitada, para crear modelos y acciones que tengan garantías reales en su aplicación social y no generen vacíos normativos y favorezcan el desarrollo del Derecho en Colombia.

Las aplicación acciones Wrongful Birth y Wrongful Life al ordenamiento jurídico Colombiano, como se demostró a través de la comparación con el ordenamiento jurídico español generan ajustan y conciertan la creación de mecanismos de protección que aseguren derechos fundamentales de la sociedad colombiana como la vida digna a los niños, niñas y adolescentes en estado de indefensión y a su respectiva familia, la mujer en estado de embarazo y la población discapacitada, para generar cambios sociales partiendo de conceptos argumentativos en donde se deben realizar precedentes judiciales que permitan un estudio de cada caso en particular para dar las garantías estatales en todo el tema que genera la implicación de la responsabilidad médica y la responsabilidad estatal, complementando los avances legales, como en el caso de la Sentencia C-355 del 2006, en donde se dan oportunidades de amplificar las aplicaciones normativas y no generar conflictos jurídicos por la falta de soporte legal que actualmente tiene Colombia y que es ineludible modificar para ir en aras del bien social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alonso Parreño, M. J. (Marzo de 2005). *Demandas Judiciales por nacimiento con Discapacidad*. Recuperado el 18 de Marzo de 2014, de <http://www.down21.org/legislacion/temasinteres/demandasjudic/perspjuridica.htm>

Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Precedente 2004* , 80-81.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1999). “Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones”. *CCJC . Constitución Política*. (1991).

De Ángel Yagüez, R. (1999). “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”. *Rev. Der. Gen. H.* (10).

De la Rosa Guzmán, C. P. (2012). Reflexiones Sobre el Aborto: Eficacia de las Normas que lo Regulan en Colombia. *Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi* , 7.

Díez-Picazo, G. (1998). “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3.

Duguet, A. M. (2002). *Wrongful life; the recent French Cour de Cassation decisions, European Journal of Health Law [EJHL 2002*.

LEY 599, 2. (24 de Julio de 2000). Código Penal Colombiano. Art. 122 . Colombia: Legis.

Macía Morillo, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tirant Blanch.

Macía Morillo, A. (2006). Una visión general de las acciones de responsabilidad por wrongful birth. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* .

Martín Casals, M. (. (2002). “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *CCJC*, nº 60. En U. Magnus, J. Spier y H. Koziol (eds.).

Mendoza Perdomo, J. F. (2012). Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia. *IUSTA* .

Romero Coloma, A. M. (2010). Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (Especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* .

Salàs Darrocha, J. (2005). “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. *Actualidad Administrativa* , 22.

Sentencia n. 188/2013 de AP Girona, Sección 1a, 6 de Mayo de 2013, 188/2013 (Audiencias Provinciales 06 de Mayo de 2013).

ANEXOS

ENTREVISTA A EXPERTO.

Para brindar una ampliación y fundamentación al objeto de la presente investigación, se realiza una entrevista con un experto en Derecho Público, el Doctor Jhonn Vicente Cuadros Cuadros, Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Internacional de la Universidad la Gran Colombia, Egresado de la Universidad Nacional de Colombia, con Maestría en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, en donde por su experiencia y conocimiento de la perspectiva del Derecho español y el Derecho colombiano, puede dar un concepto claro de la viabilidad jurídica de las posibles repercusiones de las acciones de wrongful birth y wrongful life en nuestro país.

1. ¿Cuál es la importancia de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional de 2006, que despenalizó el aborto en los tres casos establecidos en Colombia respecto al ordenamiento jurídico actual?

Es un hito en Latinoamérica debido a que Colombia, pues, a través de su Corte Constitucional ha demostrado determinados avances donde la norma no llega, pues a nivel jurisprudencial, ha tenido unos desarrollos, que el legislador por motivos políticos, no ha tocado estos temas.

2. Según su criterio, ¿Qué importancia tienen las acciones “Wrongful birth y Wrongful Life”?

La importancia es para proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes, protegidos tanto a nivel constitucional como en el bloque de constitucionalidad, que hace parte de las Convenciones de derechos del niño, de la Convención Americana de derechos del hombre, y la Convención Universal de los Derechos Humanos, que protegen en primer lugar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. También una extensión del Derecho a una vida digna y un nuevo elemento que puede entrar a jugar una nueva figura en el ámbito colombiano, ya sea a nivel jurisprudencial o doctrinal que posteriormente se vería reflejado en el orden legal.

3. ¿Cómo considera que se podrían aplicar dichas acciones en el ordenamiento jurídico colombiano como respuesta a la decisión de la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional?

En primer lugar puede haber una ampliación de la jurisprudencia, tomando estas figuras, que son del derecho extranjero, del derecho foráneo.

En segundo lugar, a nivel legislativo, el legislador puede tomar este tipo de figuras y adoptarlas en el derecho colombiano con sus matices de acuerdo a la realidad colombiana.

Y en tercer lugar, doctrinalmente, puede ser la formula desde la academia, desde la producción intelectual, motivar tanto al legislador, como al doctrinante para que a nivel o jurisprudencial o legal, por un trámite legislativo, se implanten estas figuras en Colombia.

4. ¿Cree usted que el Estado colombiano está preparado jurídicamente para soportar la carga de estas dos acciones?

Jurídicamente es posible que sí, pero económicamente no, porque en primer lugar es una demanda, donde se buscan unos perjuicios, donde seguramente la indemnización de perjuicios puede ser mayor, los hospitales serían demandados, ya vemos el volumen de tutelas que demandan continuamente los hospitales, entonces sería un debate bastante interesante en la parte económica.

Las herramientas legales, se podrían asimilar a la responsabilidad civil extracontractual, pues con los matices propios de estas figuras.

5. ¿Podría existir alguna relación entre la responsabilidad estatal en el tema de la salud pública si se aplicaran las acciones "Wrongful birth y Wrongful Life" en Colombia?

Sí, hay una relación bastante importante y teniendo en cuenta que cada vez más el Estado fortalece la red de hospitales, entonces sería uno de los actores fundamentales, en la búsqueda de la protección de estos derechos, que se quieren proteger y que en otros países si tienen aplicación.

Luego, a nivel estatal, regional y municipal, los Hospitales que dependen del Estado, tendrán mayor cuidado, mayores protocolos, para revisar estos tipos de casos particulares.

6. ¿Actualizaría el ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de las acciones "Wrongful birth y Wrongful Life"?

El ordenamiento jurídico continuamente a la par del desarrollo social, tiene que ir adaptando sus normas a los nuevos desafíos, estos son unos nuevos desafíos que se plantean desde la doctrina internacional y depende del legislador y de la misma sociedad colombiana como va a ir interiorizando estas figuras.

No es un trámite sencillo, como le ha pasado, hacia el ejemplo de la acción de inconstitucionalidad, o de la excepción de inconstitucionalidad, que poco a poco fue colonizando la jurisprudencia, y ahora, pues es algo más normal en el mundo jurídico, eso mismo sucedería con este tipo de acciones.

Siempre hay unas resistencias a adoptar nuevas figuras, pero con el tiempo, y con el paso del tiempo, se van adoptando, así hayan muchas resistencias, porque existirían sociedades u organizaciones, dedicadas también a hacerle "contrapeso" a estas figuras para que no sean implantadas, como serían desde la Organizaciones de Hospitales, o de los propios medios.

Como se observó anteriormente, el impacto social en un país como Colombia al implantar las acciones Wrongful birth y Wrongful Life, generaría varias consecuencias que se deben prever a través de un estudio doctrinal y de la elaboración de jurisprudencia, en donde se adecuen estos cambios al ordenamiento actual.

Para ampliar la visión frente al tema, se tuvo la oportunidad de estudiar las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life desde un punto de vista del Derecho Internacional Privado, en donde se obtuvo conceptos básicos sobre los interrogantes que complementan el objeto a desarrollar en este trabajo, a través de los argumentos que tiene el Doctor Gabriel Andrés Cano Marín, abogado de la Universidad Nacional, Magister en derechos fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, profesor de Derecho Internacional en la Universidad la Gran Colombia y de Derechos humanos. A continuación se evidencia lo expuesto desde un ángulo diferente en relación a la aplicación de estas acciones en Colombia.

1. ¿Cuál es la importancia de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional de 2006, que despenalizó el aborto en los tres casos establecidos en Colombia respecto al ordenamiento jurídico actual?

La sentencia de la Corte constitucional tiene, digamos diferentes aportes frente al ámbito jurídico, en primer lugar, desarrolla el principio de la autonomía de la personalidad en el caso de la mujer en estado de gestación y permiten en este sentido la posibilidad que en circunstancias especiales en donde se veía involucrada la vida de la mujer que está por encima de cualquier otra circunstancia se vea protegida, y en segundo lugar, reitera jurisprudencia de hace muchos años, doctrina y ley colombiana que el natus no es un sujeto de derechos aunque tiene protección especial.

2, ¿Cuál es la importancia de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional de 2006, que despenalizó el aborto en los tres casos establecidos en Colombia respecto al tema de responsabilidad médica internacional en materia jurídica?

En ese sentido la Corte no fue clara al estipular la obligatoriedad de los procedimientos permitidos para realizar el aborto en Colombia frente al personal médico, entonces falta una regulación en la materia, en ese caso no puede aplicarse el principio de analogía para que se declare responsable en contra del personal médico.

3. ¿Qué conocimiento tiene acerca de las acciones “Wrongful birth y Wrongful Life”?

Son acciones que buscan el resarcimiento económico por los daños y perjuicios causados, cuando no es posible realizar o cuando el médico se niega a realizar un procedimiento que se encuentra en la ley y que lo obliga como tal a realizar.

4. Según su criterio ¿qué importancia tiene estas acciones en materia internacional?

Tiene una importancia en el sentido que el médico cumple una función pública, en la medida que cumple una función pública que es la protección de la vida de las personas debe cumplirla, incluso cuando se encuentre en contra de sus convicciones personales, si eso implica como tal la posibilidad de causar un daño, y a nivel internacional, pues que el médico se haga responsable de delitos que implican el incumplimiento a estos principios.

5. ¿Cómo considera que se podrían aplicar dichas acciones en el ordenamiento jurídico colombiano como respuesta a la decisión de la Sentencia 355/06 de la Corte Constitucional?

La Corte Constitucional otorga un mandato al Congreso, a la rama legislativa del poder público para que reglamente este tema en específico en relación con el aborto y por lo tanto es solamente mediante una ley estatutaria, una ley reglamentaria que se puede regular el tema de estas dos acciones de resarcimiento de daños y perjuicios

6. ¿Cómo considera usted que podría influir en materia de responsabilidad médica la aplicación de las acciones “Wrongful birth y Wrongful Life” en el país?

Es un desarrollo de la obligación médica generar de protegerla vida y además seguir el protocolo que deben cumplir todos los médicos cuando realizan tratamientos médicos a determinadas personas, es un desarrollo natural y necesario que debe tener frente a la obligatoriedad del médico de cumplir con los protocolos asignados.

7. ¿Cree usted que el Estado colombiano está preparado jurídicamente para soportar la carga de estas dos acciones?

Si está preparado pues ya existen, casos analógicos similares con relación a otros ámbitos menos graves como puede ser las cirugías plásticas etc.

8. ¿Cómo afectaría jurídicamente la aplicación de las acciones “Wrongful birth y Wrongful Life”?

Eliminarían una teoría que existe que es la objeción de conciencia del médico al aplicar un procedimiento, aunque acá en Colombia no se encuentra desarrollado jurisprudencialmente ni legalmente.

9. ¿Podría existir alguna relación entre la responsabilidad estatal en el tema de la salud pública si se aplicaran las acciones “Wrongful birth y Wrongful Life” en Colombia?

Si, en cuanto si es la institución médica la que se opone a realizar el procedimiento y No, si es el médico particular el que se opone, si existe una directiva general de una institución médica que dice que no se van a efectuar esos procedimientos entonces sí podría haber una intervención del Derecho Público en el sentido que se impide la prestación de un servicio público.

10. ¿Actualizaría el ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de las acciones “Wrongful birth y Wrongful Life”?

Si porque yo creo que se encuentran dentro del mandato constitucional de la sentencia C-355 que ordena la regulación del aborto terapéutico.

11. ¿Cómo aplicar el bloque de constitucionalidad respecto a estas acciones?

El bloque de constitucionalidad respecto a estas acciones se aplicaría, desarrollando el tema de autonomía de la personalidad pero el problema que surge frente a la responsabilidad civil del médico pues se aparta del ámbito del bloque de constitucionalidad porque es como su nombre lo indica una responsabilidad civil que no tiene relación directa con los derechos fundamentales ni los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional.

COMPILACIÓN TEÓRICA.

FICHA 1

TEMA	AUTOR	FUENTE	AÑO
Acciones de Wrongful birth y wrongful life	Andrea Macía Morillo	Artículo de revista-La responsabilidad civil medica las llamadas acciones de Wrongful birth y wrongful life	2007
RESUMEN	La evolución de la responsabilidad civil ha llevado a la aparición de nuevas pretensiones de reparación de daños. En este trabajo se analizan dos de ellas, las acciones de wrongful birth y wrongful life, en las que se plantea la posibilidad de calificar la vida como daño ante el nacimiento de un niño afectado por enfermedades o malformaciones de las que no fueron informados los progenitores antes de la concepción o durante el embarazo.		
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	Las acciones comprendidas contra los médicos por parte de las acciones wrongful birth y wrongful life		

PRINCIPALES CONCEPTOS	Responsabilidad civil, wrongful birth, wrongful life, responsabilidad médica, diagnóstico preconcepcivo y prenatal
METODOLOGÍA	Científica
RESULTADOS	En la mayoría de los ordenamientos donde se han interpuesto este tipo de acciones ante a los tribunales, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria ha tendido a rechazar las reclamaciones de responsabilidad por wrongful life, si bien en la mayor parte de las ocasiones este rechazo se ha apoyado sobre la idea de ausencia del daño, no de la relación de causalidad, como aquí he propuesto. En cambio, por lo que respecta a las acciones de wrongful birth, está prácticamente generalizada su aceptación, centrándose el debate sobre la cuantificación de los daños indemnizables.
COMENTARIOS	Las acciones de wrongful birth, y wrongful life, se enfocan en establecer el gran avance en la responsabilidad médica en las acciones existentes en Derecho.

FICHA 2.

TEMA	AUTOR	FUENTE	AÑO
Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español.	AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	Artículo de revista- Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)	2010
RESUMEN	Uno de los temas que enlaza el Derecho de Familia, propiamente dicho, con la responsabilidad civil viene constituido precisamente por el relativo a las acciones de wrongful birth y de wrongful life (que han de ser traducidas al castellano como «acciones de nacimiento inapropiado» y «acciones de vida inapropiada»), que son aquéllas en virtud de las cuales los progenitores de un hijo nacido contaras ejercitan una acción civil de reclamación contra el		

	<p>médico que no informó</p> <p>Adecuadamente, en su día, de la existencia de esas deficiencias en el feto, cuando se trata de las acciones de wrongful birth. En el mismo sentido, y cuando se trata de las acciones de wrongful life, es el hijo nacido con graves deficiencias el que interpone judicialmente la reclamación, aunque pueden entablar esta acción sus progenitores en nombre del hijo. El tema, con su consiguiente problemática, no ha sido suficientemente estudiado en nuestro país, quizá porque nuestra Jurisprudencia se mostraba muy cauta ante estas acciones, muy tímida a la hora de establecer una indemnización, debido a la dificultad que conllevaba la valoración de estos complejos supuestos, y a los intereses en juego, como, por ejemplo, la dignidad del niño así nacido y la valoración del bien «vida».</p>
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español.
PRINCIPALES CONCEPTOS	Responsabilidad civil, wrongful birth, wrongful life, responsabilidad médica, Derecho comparado, Ordenamiento Jurídico español.
METODOLOGÍA	Científica
RESULTADOS	En el ámbito analizado, es decir, en sede de acciones de wrongful birth y de wrongful life, hay que resaltar que serán escasos, evidentemente, los supuestos en que se produzca una exoneración de responsabilidad por esta causa, porque, para que el falso negativo se produzca por la intervención del tercero dentro del proceso de diagnóstico desarrollado, generalmente se tratará de un caso en que esta conducta se haya visto favorecida por la del primer profesional sanitario interviniente, que era el que, precisamente, llevaba a cabo el procedimiento, y hay que señalar que el favorecimiento permite afirmar la imputación objetiva.
COMENTARIOS	El Ordenamiento jurídico Español, ha tratado jurisprudencia encaminada a la incorporación de las acciones de wrongful birth y wrongful life, en donde se observan los alcances generales que conllevan a aceptar las valoraciones jurídicas respecto a la

	valoración de la vida de un determinado sujeto dentro de su papel social, por lo cual se obtiene una observación general, en donde se podrían realizar aproximaciones a través de estudios de Derecho comparado, para analizar estas acciones en el ordenamiento jurídico colombiano.
--	---

FICHA 3.

TEMA	AUTOR	FUENTE	AÑO
Reflexiones Sobre el Aborto: Eficacia de las Normas que lo Regulan en Colombia	CLAUDIA PATRICIA DE LA ROSA GUZMÁN	Artículo de revista- Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia	2012
RESUMEN	<p>En este artículo se pretende, en primer lugar, hacer claridad conceptúa la juicio del autor sobre el aborto y su legalización, dar una mirada a la forma en que se ha tratado el problema en Colombia desde sus fuentes jurídicas, es decir, observar cual ha sido el recorrido jurídico, bien sea, por actos legislativos o a través de sentencias judiciales, que han contemplado el tema y por medio de los cuales ha cambiado en el tiempo y su tratamiento de acuerdo a las diferentes circunstancias de cada época, sin que haya dejado nunca de establecerse como un delito. Por último, determinar qué criterios son aplicables cuando se trata de establecer un escenario de discusión en el que éstos, de acuerdo a lo preceptuado en la Constitución Política de 1991, sean los democráticamente pertinentes y apropiados para buscar una solución válida y eficaz dirigida a contrarrestar las consecuencias sociales que el problema representa.</p>		
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	Reflexión acerca de los alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia.		

PRINCIPALES CONCEPTOS	Aborto, delito, sentencias, actos legislativos, eficacia normativa, escenarios de discusión, objeción de conciencia.
METODOLOGÍA	Científica
RESULTADOS	Resulta para nosotros probable que la ineficacia viene dada en gran parte por el escenario donde se han tomado las decisiones del aborto en Colombia demostrándose que el actual y los que se han utilizado a la fecha, han sido inadecuados porque no existe integridad normativa suficiente que encuentre los esfuerzos estatales e incluso ponen en tensión a la autoridades, quienes deben combatir el delito y al tiempo ser responsables de la efectividad de un derecho que conduce a una actuación similar a la que debe ser penalizada.
COMENTARIOS	La reflexión sobre el aborto en Colombia, conlleva a un gran estudio tanto legal como social, en donde se deben tener en cuenta todos los vacíos legales y normativos presentes en el ordenamiento colombiano, para así implementar las respectivas modificaciones y el pertinente estudio a nivel legal.

FICHA 4.

TEMA	AUTOR	FUENTE	AÑO
Acciones de Wrongful birth y wrongful life	Juan Francisco Mendoza Perdomo	Revista IUSTA- Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia	2012
RESUMEN	En este artículo de revista hace un análisis de la sentencia de constitucionalidad que despenalizó parcialmente en los 3 casos el delito de aborto en Colombia y precisa conceptualmente las clases de aborto lícito y las razones que produjeron su autorización constitucional. Bajo estos parámetros se identifica la intervención de la actividad médica en cada forma de aborto y sus consecuencias jurídicas. Posteriormente se profundiza más en el concepto de objeción de conciencia en la teoría del derecho y en el derecho penal, para con ello precisar los alcances jurídico-penal es de la objeción del médico en la práctica del aborto.		

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	Los alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en la cual coloca a la persona en una posición de desobediencia que faculta al individuo para marginarse de acatar el imperativo obedece a que él cree que el deber jurídico estatal le impone conductas que están prohibidas por sus convicciones morales o religiosas.
PRINCIPALES CONCEPTOS	Aborto lícito, norma de permiso, rol del médico, objeción de conciencia
METODOLOGÍA	Inductiva
RESULTADOS	El médico solo podrá arrogarse negativamente la protección de la vida y la salud de la mujer en el aborto lícito, fundado en la objeción de conciencia que es un derecho constitucional que como especie de libertad permite a los ciudadanos oponer a los deberes jurídicos estatales los deberes de conciencia de índole moral.
COMENTARIOS	En el artículo se explican todos los vacíos legales que dejó la Corte Constitucional en el momento de despenalización del aborto.

