

EL NACIMIENTO COMO NUEVA FRONTERA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: REVISIÓN DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO

Mónica Lucía Fernández-Muñoz³

Mi intervención va directamente dirigida a hacer una pequeña revisión respecto a los últimos avances que se están viendo en materia de responsabilidad civil médica. Tiene que ver con la concepción o con la percepción del nacimiento como una nueva fuente de responsabilidad civil.

Lo primero que podemos decir es que en el ámbito internacional, usualmente, los juristas se encuentran frente a la temática de la responsabilidad civil del médico. También, por supuesto, de las estructuras sanitarias, por los daños ocasionados debido al nacimiento indeseado de un hijo. Es decir, cuando se da el nacimiento de un hijo, pero ese hijo no ha sido planeado, no ha sido planificado; y en consecuencia, no es deseado. Lo primero que también hay que afirmar es que en Colombia ya existen los primeros pronunciamientos a favor de una indemnización de los daños ocasionados debido al nacimiento indeseado de un hijo y atribuible a la negligencia médica.

En el ámbito internacional se han identificado tres tipos de reclamaciones que están asociadas directamente al nacimiento de una persona: por un lado, están las acciones o reclamaciones de *wrongful birth*, es decir, del nacimiento injusto; por otro lado, tenemos las reclamaciones de *wrongful life*, relacionadas con la vida injusta y, por último, las reclamaciones de *wrongful conception*, que están directamente referidas a reclamaciones por anticoncepción fallida, o por concepción no deseada. Las dos primeras, *wrongful birth* y *wrongful life*, parten de una premisa que es la falta de información, en tiempo oportuno, que se le deja de dar a la gestante, es decir, a la mujer embarazada, sobre una posible malformación del feto que se encuentra en su vientre. De esta manera, se le niega a esta madre gestante la posibilidad de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, se le niega la posibilidad de abortar ese hijo.

³ Abogada de la Universidad del Cauca, especializada en responsabilidad y daño resarcible y en docencia universitaria, Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superior Sant'Anna di Pisa (Italia). Conjueza de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Investigadora y profesora del Politécnico Granacolombiano.

Entonces, miremos rápidamente en qué consiste cada una de ellas. La primera, *wrongful birth* o nacimiento injusto, es una reclamación que permite a los padres la posibilidad de solicitar y obtener un resarcimiento del daño por el nacimiento no deseado de su hijo a causa de una intervención negligente de parte del médico o entidad sanitaria. Estas acciones, por supuesto, suponen una actuación negligente del profesional. Los padres del hijo que nace malformado o con una discapacidad severa, inician un proceso por considerar que han sido privados de una información fundamental sobre el estado de salud del feto y, que de haber recibido oportunamente, hubiesen podido acudir a la interrupción del embarazo. En consecuencia, esa conducta negligente del médico lo que ha hecho es hacerles perder la oportunidad de abortar.

Estas acciones de *wrongful birth* requieren: primero, una conducta culposa por acción u omisión de información por parte del médico. ¿Cómo se puede dar esto? Porque informa erróneamente, cuando al no descubrir la enfermedad congénita del feto, informa de la inexistencia de la misma. Entonces, la mujer confiada en la información recibida sigue adelante con el embarazo y finalmente nace un niño con malformación. La conducta culposa negligente también se puede presentar cuando el médico no informa *pudiendo y debiendo hacerlo*. En consecuencia, no aconseja sobre la conveniencia de llevar, por ejemplo, un diagnóstico prenatal. Es decir, cuando los síntomas o los signos que muestra la madre gestante indicarían unas condiciones de las que ese médico hubiese tenido que aconsejar adelantar exámenes de diagnóstico prenatal y no lo hace. ¿Qué más requieren este tipo de acciones? Además de la culpa o negligencia por parte del médico en el sentido que les acabo de decir, también se requiere que esa malformación, anomalía o discapacidad con la cual nace el hijo sea incurable. Finalmente, el tercer requisito, es que estén dadas las condiciones legales para que se pueda practicar el aborto en estas circunstancias.

Observen que hay una particularidad muy especial en este tipo de reclamaciones por nacimiento injusto, y es que hay un requisito necesario y consiste en que el ordenamiento jurídico admita el aborto en caso de malformación del feto o de grave enfermedad incurable; o el aborto voluntario o a petición de parte; o el aborto libre, sin alegación de causa, es decir, esas son las condiciones para que esa acción pueda prosperar.

La segunda acción o reclamación que se desarrolla a nivel internacional alrededor del nacimiento de un ser humano como fuente de responsabilidad médica es la denominada *wrongful life*, la reclamación por la vida injusta. Es una reclamación ontológicamente distinta a la anterior. Aquí lo que se discute es la atribución de la legitimación de accionar para otorgar la reparación, no a los padres como en la primera, sino otorgar la reclamación al hijo mismo que ha nacido en condiciones de discapacidad, malformación o anomalía severa. Ese hijo lamenta el daño de vivir una vida de sufrimiento, sea por decisión de los padres, es decir, porque los padres aun habiéndose enterado de que iba a nacer malformado decidieron que naciera; o sea frente al médico, debido a que el actuar negligente por parte de él dio como consecuencia que naciera en esas condiciones. En esta segunda acción o reclamación de *wrongful life* el actor es el hijo, no el padre, es el hijo quien solicita que los daños le sean reconocidos respecto de una vida que hubiese preferido no vivir, debido a su estado de incapacidad.

En la mayor parte de los casos esta acción se dirige contra el médico, y el argumento principal para poder demandar a un médico por esta vía, es que si no hubiera habido negligencia por su parte, la madre habría podido poner fin al embarazo a través del ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo. De esta manera, el hijo no habría nacido afectado con estas malformaciones o enfermedades genéticas que hacen de su vida, una vida insostenible.

En este caso, no se intenta atribuirle al médico la discapacidad en la malformación con la cual nace ese hijo, sino que se intenta atribuirle responsabilidad por el error y la culpa que cometió en el diagnóstico prenatal. Esa culpa o ese error en el diagnóstico prenatal hizo que la madre perdiese la posibilidad de iniciar el proceso de aborto. También este tipo de acciones pueden presentarse contra los mismos padres, como les decía hace un momento, a quienes se les considera culpables de haber traído al mundo al hijo en esas condiciones; privándolo del derecho a una vida familiar normal.

Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, reclamación por nacimiento injusto o reclamación por vida injusta, se explican con el famoso caso Perruche que ocurrió en Francia, y sobre el que la Corte de Casación francesa se pronunció en el año 2001. Se encuentra fácilmente en internet. Se refiere a una mujer que durante los primeros meses de su embarazo recurre al médico tratante para verificar que no hubiese sido infectada por rubeola, ya que su otra hija había adquirido la enfermedad. Manifestó su intención de abortar al médico, en el caso de que los resultados y análisis resultaran positivos. ¿Qué pasó allí? El médico y el laboratorio de análisis consideraron y

le informaron a ella que estaba inmunizada contra esa enfermedad. En consecuencia, ella se sintió tranquila y siguió adelante con el embarazo. Cuando nace el niño, que es Nicolas Perruche, se descubre que nació afectado por patologías que atestiguaron el contagio por rubéola y, por tanto, atestiguaban la culpa en el diagnóstico que se había emitido por parte del médico y del laboratorio.

Luego de varias vicisitudes, en el año 2001, la Corte de Casación francesa declaró que debido a los errores cometidos por un médico y el laboratorio en función del contrato concluido con una mujer embarazada que piensa ejercer su propia elección para interrumpir el embarazo (para evitar el nacimiento de un niño discapacitado), se puede exigir una indemnización por el daño causado por su propia discapacidad. Por supuesto, la profesora Aude Denizot, aquí presente, puede ser testigo de las noticias sobre las fuertes reacciones que generó esta decisión por parte de la Corte de Casación francesa.

Incluso se realizaron protestas de algunos padres de hijos con discapacidad severa. Ellos consideraban y manifestaban que tener un hijo con discapacidad severa no constituía un daño indemnizable. Finalmente, después de todas las discusiones que se generaron a partir de la posición de la Corte de Casación en Francia, el legislador francés finalmente intervino para solucionar el caso y en el año 2002 se dio una importante reforma al Sistema de Salud en Francia. Para evitar afirmar la consolidación de un derecho a no nacer, en el artículo primero establecieron lo siguiente: "*Nadie puede valerse de un perjuicio por el hecho de su nacimiento*". En consecuencia, hoy en día, el nacimiento de un hijo discapacitado o malformado no puede constituir un perjuicio para este.

La tercera reclamación, *wrongful conception* (anticoncepción fallida o concepción no deseada) permite también la posibilidad de solicitar y de obtener el resarcimiento del daño por el nacimiento de un hijo que, aunque es sano, no es deseado. La diferencia entre las dos acciones anteriores y esta última de anticoncepción fallida es que, en esta última, el niño nace sano, no hay malformación, no tiene ningún tipo de problemas, es un niño totalmente sano, pero es un niño que no ha sido deseado. Entonces, se trata de una reclamación por la concepción no deseada de un hijo sano, debido usualmente al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas a causa de la intervención negligente por parte de un médico o de la estructura hospitalaria.

Vemos que las reclamaciones por nacimiento injusto y la reclamación por vida injusta, están vinculadas directamente con la práctica del aborto o con la posibilidad de ejecutar el aborto y, de acuerdo con la experiencia en varios países del mundo, esa legitimación del aborto o de la posibilidad de ejecutar la interrupción voluntaria del embarazo, viene abriendo paso para que el nacimiento (y no solo la muerte de una persona) se esté convirtiendo en una de las nuevas fronteras y fuentes de la responsabilidad médica.

Estas tres reclamaciones: *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*, se efectúan no solo frente al nacimiento de hijos con serias malformaciones o enfermedades incurables, que si se hubieran detectado durante el embarazo habrían permitido la posibilidad de abortar; sino también, por el nacimiento de hijos sanos que no son deseados. Aquí hay que hacer una precisión y es que las acciones de reclamación por nacimiento injusto y la reclamación por vida injusta tienen una relación estrecha con la hipótesis de despenalización de aborto eugenésico; y también con aquellos supuestos donde aplica el aborto libre, el aborto a voluntad, es decir, el aborto donde una mujer puede ir y decir sin la relación de causa que quiere practicarse la interrupción del embarazo. Es el caso de Francia, Italia, España. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que estas dos acciones (en principio y como están las cosas en Colombia, donde la posibilidad de abortar solo ocurre en tres causales específicas), no se permitirían en este momento histórico porque en Colombia: primero, no hay aborto eugenésico y, segundo, en Colombia no hay aborto libre, aborto a voluntad o sin negación de causa.

Recuerden que la Corte Constitucional en la famosa sentencia sobre el aborto, la C-355 de 2006, lo que despenalizó fue el aborto en tres casos específicos: (1) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. Observen que no se trata de aborto eugenésico, sino de un aborto que es posible en aquellos casos de grave malformación que haga inviable la vida extrauterina del feto; y (3) cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentido, o de incesto.

Nótese que la Corte Constitucional de Colombia consagró, por un lado, el aborto terapéutico, es decir aquel que se utiliza por la necesidad de salvaguardar la vida o la salud de la mujer embarazada; también consagró el aborto moral, es decir la posibilidad de

interrumpir el embarazo que inició con la violación, el acceso carnal, o porque es el fruto de un incesto. Pero no consagró el aborto eugenésico, porque es aquel que se practica para evitar el nacimiento de fetos con serias y graves malformaciones, es decir, esa parte no quedó considerada para practicar el aborto en Colombia.

Dentro de la formulación de ese fallo C-355 de 2006, se ha concluido: Primero, una naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva. Segundo, que la interrupción voluntaria del embarazo en esas tres hipótesis, por supuesto de excepción, es parte de ese derecho fundamental de la autodeterminación reproductiva y, en consecuencia, en Colombia se estima que la interrupción voluntaria del embarazo tiene un carácter de derecho fundamental. Como efecto de ello, el Estado y los particulares que participan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tienen frente al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, las mismas obligaciones de respeto y de garantía que tienen con relación a todos los demás derechos de esa categoría.

Retomando la temática de la exposición, podemos enfatizar que en Colombia el nacimiento si se está convirtiendo en una nueva frontera de la responsabilidad médica desde dos perspectivas. Primero, a través de lo que constituye una respuesta tardía en materia de desarrollo del régimen de responsabilidad médica aplicable en materia de aborto. ¿Por qué respuesta tardía? Porque solo hasta hace pocos años se están construyendo las primeras hipótesis que podrían dar lugar a una fuente de responsabilidad civil, es decir, la indemnización de los daños derivados de la interrupción voluntaria del embarazo.

No existe, hasta donde yo conozco y hasta el momento, la primera declaratoria de responsabilidad en este sentido. Pero la Corte Constitucional, como lo veremos más adelante, se ha venido pronunciando alrededor de eso. Han sido sentencias a nivel de tutela que han abierto la posibilidad o han declarado la indemnización del daño en abstracto, abriendo la probabilidad de que la madre gestante demande por la indemnización del daño causado.

La segunda perspectiva que nos muestra que el nacimiento sí se está convirtiendo en una frontera de responsabilidad médica en Colombia, es a través del conocimiento por parte de la jurisprudencia colombiana del

primer supuesto de responsabilidad médica por anticoncepción no deseada. Voy a referirme brevemente al segundo, ya que del primero tuve ocasión de hablar con ustedes el año pasado en el marco de estas mismas jornadas.

Este segundo supuesto fue fallado en una sentencia del Consejo de Estado, es el primer caso que se decide en el país mediante sentencia del 5 de diciembre de 2016. Lo que pasó en este caso es que una señora, madre de 4 hijos, acudió al servicio de anticoncepción a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud y manifestó su deseo de no tener más hijos y someterse al tratamiento de anticoncepción. Entonces el médico le formuló unas inyecciones y la señora empezó a aplicárselas cada mes. Llevando este procedimiento de anticoncepción queda embarazada, demanda y el Consejo de Estado declara la responsabilidad de la institución prestadora del servicio de salud, reconociendo el daño moral. Dice el Consejo de Estado: el daño moral causado a la víctima demandante, debido a la deficiencia en la prestación del servicio de contracepción. ¿Cómo catalogó el Consejo de Estado esa deficiencia en el servicio de contracepción? Para el Consejo de Estado, esta deficiencia está constituida en la falta o falla en el deber de información, en la medida en que el médico tratante había omitido informar a la mujer sobre los eventuales riesgos que ella podía correr de quedar embarazada aún utilizando el método anticonceptivo prescrito. Con ello, se le habría privado de la posibilidad de ejercer (ahí sí no de abortar, porque este caso no cabe dentro de las tres circunstancias para que proceda); pero sí se le habría privado de su derecho de acceder a la libertad reproductiva de manera informada.

Varias anotaciones se pueden hacer a este fallo que genera tantas dudas y tantos interrogantes. La primera es que este caso no se encuentra dentro de aquellos que tradicionalmente han venido siendo reconocidos en el ámbito internacional como hipótesis de responsabilidad por anticoncepción fallida, porque usualmente dichas se aplican o se refieren a aquellos eventos de esterilización fallida: cuando se practica la ligadura de trompas y queda mal hecha, o cuando el médico no le manifiesta a la paciente la posibilidad de que la trompa vuelva a unirse y, en muchos casos, pasa que las mujeres se han hecho la ligadura de trompas y después de 10 años o más vuelven a quedar embarazadas. Otra hipótesis tradicionalmente referida a estas acciones de reclamación por concepción indeseada se refiere, por ejemplo, a anticonceptivos que no producen el resultado esperado: el médico coloca negligentemente el dispositivo intrauterino o subdérmico o prescribe un método inadecuado de anticoncepción para la paciente, o no ordena ningún anticonceptivo por la errónea creencia de la situación de esterilidad de la paciente.

Esos son básicamente los casos en los cuales, tradicionalmente en el ámbito internacional, se ha reconocido o se ha abierto la posibilidad de indemnizar a la madre en estos eventos de anticoncepción o de concepción no deseada o anticoncepción fallida.

Entonces, el caso que decide el Consejo de Estado en Colombia no se circunscribe a ninguna de esas hipótesis que les estoy manifestando. De esta manera, se amplían los eventos donde cabe hablar de responsabilidad por anticoncepción fallida a aquellos eventos donde hay una falla en la información suficiente. Es una falta de información que se estima igual a una vulneración al derecho de la autodeterminación, y tal como estamos hablando acá de principios de constitucionalismo, este caso evidencia la supremacía de los derechos fundamentales, cuya vulneración genera una indemnización en el ámbito civil, en el ámbito de la responsabilidad civil.

Segundo, el reconocimiento de este tipo de responsabilidad marca una clara tendencia de ampliación de los efectos de la responsabilidad médica, logrando tener la función tradicional que la institución de la responsabilidad cumple porque trata de identificar un responsable desde un contexto que resulta problemático... no solamente frente a la consolidación del daño, sino también frente a la consideración del elemento del nexo de causalidad, y es que la falta de información no es la causa del nacimiento indeseado. Entonces, la solución a la cual llega al Consejo de Estado es que por esa vía, al manifestar que la vulneración, el incumplimiento del deber de información, vulneró el derecho a la autodeterminación reproductiva; lo que está haciendo es aligerando la carga probatoria referida al supuesto de nexo causal o relación de causalidad.

Tercero, el daño se identifica, no con la mera privación al derecho de la información, sino con el efecto que esta vulneración conlleva. Es decir, con la imposibilidad de la madre de decidir respecto a otras opciones en ejercicio de su capacidad, en uso de la autodeterminación. Al no haber sido informada la mujer de que aun utilizando este método anticonceptivo habría el riesgo de embarazo, se le privó, según el Consejo de Estado, de la posibilidad de tomar otras medidas como reforzar el método anticonceptivo, utilizando uno o dos, métodos de barrera, etc.

La cuarta afirmación que se puede hacer en consideración a esta sentencia es que reconoce un daño moral presunto. El Consejo de Estado, en este caso, se aleja de la teoría tradicional que ha manejado no solo la jurisdicción ordinaria sino la jurisdicción contencioso-administrativa con relación al reconocimiento del daño moral presunto. Hasta el momento había sido reservado para aquellos eventos de muerte o fallecimiento de familiares cercanos. Con esta sentencia, el Consejo de Estado reconoce un daño moral presunto por la aflicción que le causó la vulneración al derecho de autodeterminación a la madre gestante, como consecuencia de la vulneración al deber de información. En Francia, por ejemplo, se habla de un perjuicio moral por no estar preparado para asumir la maternidad. Aquí se le dio no esa visión de daño moral y la no preparación, sino otra distinta: la aflicción, la tristeza o la congoja que se le causó, dice el Consejo de Estado, a la mujer por haberse vulnerado su derecho a la autodeterminación. Observen que se trata de un daño moral autónomo, donde se valora la ausencia o insuficiencia de la información como un daño moral *per se*, es decir, por la sola lesión de la autodeterminación del paciente.

El quinto comentario que se le puede hacer a este fallo es que no indemniza el daño material, solo indemniza el daño moral presunto (bajísima además fue la indemnización), pero no indemniza el daño patrimonial solicitado: gastos de manutención del hijo actuales y futuros, afiliación al sistema de seguridad social y costo de los estudios hasta la etapa universitaria. ¿Qué dice el Consejo de Estado frente a esos daños patrimoniales? Los niega por tres razones: Primero, porque desde el punto de vista científico no existe un método anticonceptivo con una efectividad plena del 100%; segundo, porque el ejercicio de la sexualidad conlleva determinados riesgos que le corresponde asumir a cada persona, entre ellos, el de engendrar aunque no se desee y se hayan tomado las medidas idóneas más no infalibles para el efecto; y tercero, porque ordenar el pago de una indemnización en estas circunstancias, podría significar que la existencia del hijo se entiende como una situación lesiva. En este orden de ideas, se observa una cierta incoherencia en la solución del conflicto, en la medida que el juez otorga la indemnización del daño moral, pero niega la indemnización del daño patrimonial; por unas razones que curiosamente hubiesen servido para negar también el daño moral, para negar el primer resarcimiento.

En conclusión, este nuevo evento de responsabilidad médica abre el camino hacia el surgimiento de una serie de reclamaciones de responsabilidad por daños relacionados con el nacimiento de una persona. Ello presupone un nuevo reto en el desarrollo del sistema de responsabilidad médica en Colombia, que en esta materia de

wrongful conception se muestra aún incipiente. Este es el primer caso, y en Colombia, como en la mayoría de los países de América Latina, este tipo de acciones todavía carecen de sistematización y persiste un tímido debate en torno a los daños que en eventos de concepción no deseada se puedan generar.

Bueno, creo que voy a dejar allí en la medida en que respecto a la primera parte ya tuve ocasión de conversar con ustedes el año pasado en estas mismas jornadas y cuyas memorias pueden consultar en internet. Hablo específicamente de los eventos en los cuales la Corte Constitucional se ha venido pronunciando alrededor de la posibilidad de indemnizar los daños derivados de la práctica del aborto.

En consecuencia, a este punto operan estas dos conclusiones, el tema del nacimiento como nueva fuente de responsabilidad civil médica lo que está haciendo es que está representando de manera muy clara el dinamismo que viene sufriendo la institución de la responsabilidad civil. Institución que se está acoplando poco a poco a las nuevas transformaciones socioculturales, de las que en Colombia se están apenas recién edificando unos primeros peldaños. Se comienza a observar un paulatino direccionamiento hacia una nueva identificación de una obligación indemnizatoria respecto a daños que se pueden derivar del nacimiento de un niño, o por primera vez, el reconocimiento de una indemnización por daños en casos de una concepción no deseada.

No obstante, la consolidación de la posibilidad de poder unir el concepto de daño indemnizable al comienzo de la vida, debe ser el producto del cambio de mentalidad social, cambio que puede darse por supuesto en el contexto de un constante cambio en los límites de la responsabilidad civil y del concepto mismo de perjuicio indemnizable. Estos eran los dos eventos que quería yo conversar con ustedes para que pudiéramos evidenciar que efectivamente el hecho del nacimiento se constituye como una nueva frontera de la responsabilidad médica en el mundo e incluso en Colombia.