

Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTIAGO DE CALI**

HONORABLE SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE DR. JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD  
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL  
RADICACIÓN: 76 0013103005 2019 00166-01  
DEMANDANTES: MARGOTH EDA CAMPO CAMPO Y OTROS  
DEMANDADAS: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL  
DE SALUD S.A. Y OTRAS

**ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**CARLOS DAVID ALVARADO SAAVEDRA**, actuando como apoderado de los demandantes, por medio del presente escrito; estando dentro de la oportunidad procesal para el efecto, procedo a sustentar el Recurso de Apelación propuesto por el suscrito en contra del fallo de Primera Instancia proferido al interior del proceso de la referencia.

Respecto a la inaplicación por parte del A-QUO de la Ley 23 de 1981, conocida como norma de ética del Arte Médico; desarrollada entre otros pronunciamientos jurisprudenciales por la Sentencia T-636 del 2007 de la Corte Constitucional; me permito insistir que el fallo reprochado no tuteló el derecho sustantivo del paciente a un correcto, acertado y oportuno diagnóstico médico, error negligente por parte de los especialistas médicos adscritos a las Instituciones Prestadoras de Salud con convenio para ese momento con **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.**, quienes a pesar que la madre embarazada hubiera asistido a todos los controles médicos, ecografías, exámenes, citas con ginecobstetra, que ella y su nonato padecían síntomas de salud muy marcados y evidentes, sumado a las comorbilidades de base de la madre que llevaron a catalogar el embarazo como de "alto riesgo", estos profesionales no advirtieron las más de ocho (8) graves y protuberantes malformaciones físicas del feto que le hacían y hacen a la fecha inviable su vida; bajo el precepto de la dignidad humana y los criterios de la Honorable Corte Constitucional; negándole a la gestante el derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo (IVE), generando hasta la actualidad gravísimos cuadros médicos del menor, dado que justamente

en el momento de la elaboración de este escrito, el menor especial que padece una enfermedad huérfana, se debate entre la vida y la muerte, debido al mal funcionamiento de su sistema digestivo que lo tiene en la UCI de un centro asistencial.

El artículo 16 de la citada norma determina que ..."*La responsabilidad del médico no va más allá del riesgo previsto, el cual debe ser advertido al paciente o a sus familiares y allegados*". Es decir que sus diagnósticos deben ser precisos y acertados tomando como base los estudios de laboratorio realizados al paciente.

En efecto, así lo ha decantado la Corte Constitucional respecto que uno de los principales derechos del paciente es conocer los diagnósticos médicos los cuales deben ser acertados, y así poder tomar decisiones respecto de su organismo.

Este derecho al diagnóstico médico se relaciona con el principio de autonomía que pone de presente la libertad que tiene el paciente para adoptar sus propias decisiones, es decir tal y como lo indica esta Ley, el diagnóstico es un deber de resultado y no de medios contrario a lo que generalmente ocurre con los actos realizados en desarrollo de la práctica médica.

En tal sentido y de manera errónea el A- QUO., confundió que lo que se reclama en este proceso; no es que los galenos no cumplieron con su deber de sanación, lo cual no es motivo de discusión en la demanda, por el contrario lo pretendido es que se declare la Responsabilidad Civil, debido al error negligente y omisión de un diagnóstico acertado sobre las malformaciones del feto durante la gestación; con lo cual la embarazada sin lugar a dudas hubiera interrumpido su embarazo; dadas las graves malformaciones físicas del feto; que le hacen inviable su vida.

En tal sentido la Honorable Corte Constitucional a sostenido que el derecho fundamental a la salud incluye el derecho a un diagnóstico acertado de conformidad con las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional:

***... "En relación con el derecho al diagnóstico, estima la Sala pertinente recordar la definición contenida en el literal 10 del artículo 4º del Decreto 1938 de 1994 de conformidad con la cual debe entenderse por diagnóstico "todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad". En ese orden, negar la realización de un examen diagnóstico significa privar a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento e implica, en tal sentido,***

**vulnerar su derecho fundamental a vivir una vida en condiciones de calidad y de dignidad.**

**El derecho al examen de diagnóstico debe garantizarse siempre que de no efectuarse tal examen (i) se pone en peligro la salud y la vida del paciente (Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2001); (ii) se impide prevenir el agravamiento de una enfermedad o su tratamiento efectivo o el manejo a largo plazo de la misma (Corte Constitucional. Sentencias T-260 de 1998, T-185 de 2004); (iii) se desconoce la estrecha relación que existe entre el resultado del examen y el tratamiento integral de la enfermedad (Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2004); (iv) se imposibilita que el paciente pueda ser tratado médicamente en forma tal que se le facilite “desarrollar al máximo sus actividades diarias y desempeñarse normalmente en sociedad” (Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 2005).**

**La Sala indicó en las consideraciones de la presente sentencia, cómo la jurisprudencia constitucional ha establecido de modo reiterado que el derecho al examen de diagnóstico forma parte integral del derecho constitucional fundamental a la salud. El examen de diagnóstico no sólo resulta indispensable para determinar el estado de salud de las y de los pacientes sino para efectos de establecer cuál ha de ser el procedimiento a seguir con el propósito de obtener, bien sea su mejoría o plantear las alternativas que puedan asegurarles vivir en condiciones dignas, libres de padecimientos extremos o de obstáculos que impidan su realización personal”.**

En efecto, la Sentencia T-636 del 2007 la Corte Constitucional Colombiana fallo de tutela en el que se determina que el correcto diagnóstico hace parte indefectible del derecho a la salud.

Los fines del arte médico buscan o intentan el diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como la rehabilitación de las deficiencias o defectos físicos, y por tanto, el diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación correcta de manera directa, de laboratorio y los síntomas y padecimientos del paciente, generando una obligación del médico a dar a conocer al paciente su situación de salud y las posibles alternativas y riesgos que puede generar la relación médico paciente actuando con absoluta diligencia y cuidado reduciendo de manera considerable los riesgos inherentes a la terapia diagnóstica o curativa.

En ese mismo sentido, los médicos tienen el deber de dar a conocer sobre el estado de salud y enfermedad a sus pacientes en virtud de la obligación de información que tienen los médicos.

Ahora bien, con base en las pruebas practicadas en el proceso, específicamente los dictámenes periciales iniciando por el informe y sustentación del médico especialista ginecoobstetra Dr. **FERNANDO ZULUAGA** ofrecido por la demandada **SOS COMFANDI**, se demostró que para la época del embarazo de la señora **MARGOTH EDA** SI era posible detectar con las ecografías de modo bidimensional y Doppler las malformaciones del feto consistentes en:

1. suturas cabalgadas en la unión de los 8 huesos de la cabeza.
2. La Fontanela anterior puntiforme en forma de pirámide.
3. Forma del cráneo a nivel frontal triangular.
4. Hendidura entre los párpados.
5. Pies largos y en forma de mecedora.
6. Dedos de la mano superpuestos unos sobre otros.
7. Turricefalia que es la Dilatación anormal de los ventrículos del encéfalo por acumulación de líquido cefalorraquídeo.
8. Pabellones de las orejas instaladas por debajo de lo normal.

Al preguntársele a este perito científico, sobre si para la época de este embarazo era posible a través de las ecografías realizadas a la paciente detectar estas malformaciones físicas, el médico una a una dijo que **SI** eran posible detectarlas con las ecografías tomadas con lo cual se hubieran podido activar otros protocolos de diagnóstico más precisos o simplemente realizar una ecografía de mayor nivel para detectar las malformaciones físicas de orden genéticas de este nonato, que según las reglas de la experiencia más de los que somos padres sabemos y hemos visto en las ecografías un nivel tal de detalle; que se pueden evidenciar las facciones y parecidos físicos de los no nacidos con sus padres pero infortunadamente para los demandantes, los médicos tratantes no advirtieron

nada anormal pese a todos los síntomas de la paciente, los antecedentes médicos de esta y los problemas médicos del feto durante su gestación.

Respecto de la peritación ordenada de Oficio, y pese a las respuestas genéricas, aligeradas y sin un estudio completo del caso, evidentemente mal preparado para rendir el informe que había realizado la universidad CES, el doctor **JORGE ANDRES JARAMILLO GARCIA** aseveró que dada la advertencia de la ecografía practicada por la doctora **MARIA CLEMENCIA CORREDOR**, en la semana 26 de embarazo, aportada al proceso, dentro de la cual se hacía la observación que dada la posición del feto no había sido posible ver su rostro, indicando este perito que lo que se debía haber hecho por parte del Ginecobstetra, era tomar una tercera ecografía de mayor nivel de detalle; con la cual se evidenciarían todas las malformaciones de cabeza, extremidades, cara y rostro del nonato o por el contrario se demostraría el normal desarrollo físico de la criatura.

Luego entonces el error negligente de los galenos si es evidente porque además de lo que pudieron observar en las ecografías a la madre, no tuvieron en cuenta que el embarazo era de alto riesgo dado que la madre padecía de diabetes gestacional, era de un alto grado de obesidad, con una prueba de toxoplasmosis positiva al inicio de su embarazo, tampoco tuvieron en cuenta los bloqueos del corazón del feto, su inmovilidad en el vientre, y graves síntomas de la madre que tal y como lo declararon los testigos, este como su segundo embarazo para ella fue muy tortuoso, no comía, no podía descansar, todo el día sufría fuertes escalofríos e hinchazón en cara, manos y cuerpo, lo cual la llevaba a manifestarle copiosamente al especialista y a suplicarle a los médicos que la ayudaran, pero tristemente por ser una persona humilde y de raza india, la respuesta del especialista **ANDRES FELIPE NUÑEZ (Q.E.P.D.)** era que *"dejara de ser floja porque las indias son así y mejor que se dedicara a hacer ejercicio."*

Además de lo anterior, los médicos, especialmente el especialista en Ginecología asignado por la EPS doctor **ANDRES FELIPE NUÑEZ (Q.E.P.D.)** no atendió la recomendación de la ecógrafa doctora **MARIA CLEMENCIA CORREDOR** quien en su informe advirtió que no se le veía el rostro al feto y por tanto se hacía necesario una ecografía más avanzada.

Tan solo con el alumbramiento los médicos advirtieron que la enfermedad de base del recién nacido era predecible durante la etapa de gestación ya que le faltó una parte en el cromosoma # 9 P 23, enfermedad denominada síndrome de lución 9 P., razón por la cual se causaron las graves y protuberantes malformaciones físicas tanto externas como internas en su organismo.

En efecto, en la calificación de discapacidad que hizo **COMFENALCO** al menor cuyo nombre es **EMMANUEL PARRA CAMPO**, le determinó una pérdida de capacidad laboral del 97.7% derivada de su **DIMORFISMO**, es decir, por sus múltiples malformaciones congénitas, ya que además de sus ocho malformaciones físicas indicadas anteriormente, el feto venía con la mitad del cerebro “quemado” su sistema digestivo sin terminar de formarse entre otras afectaciones en su organismo descritas en la historia clínica.

Es lamentable que todas estas malformaciones absolutamente detectables en las ecografías realizadas a la madre, no fueran advertidas por los médicos, porque de haber sido así, se hubiera podido profundizar en los laboratorios al menor y con una translucencia nucal entre otras pruebas médicas haber identificado el grave problema genético deformativo de cuerpo y salud de esta criatura.

La literatura médica hace saber que “ la medicina ha realizado tales avances en los métodos de diagnóstico prenatal, que más de la mitad de las malformaciones congénitas pueden ser detectadas antes del nacimiento en un estudio de rutina de la embarazada. De esta forma, no solo se cuenta con la valiosa información que supone para los padres un diagnóstico antes del momento del nacimiento, si no que abre las puertas a multitud de terapias y posibilidades para solucionar en lo posible el supuesto defecto.

Entre los métodos de diagnóstico prenatal, destaca con mucho la ecografía que, en manos expertas, es el medio ideal para la detección precoz de las malformaciones congénitas.

Durante el primer trimestre de embarazo está indicado en todas las gestantes hacer una prueba de detección de cromosopatías como el síndrome de Down.

Esta prueba suele consistir en la realización de una ecografía para medir el pliegue nucal y en la determinación de ciertas sustancias y hormonas que son normales en el embarazo pero que si se encuentran por encima o por debajo de sus niveles normales pueden indicar la presencia de alteraciones en el niño.

Una de estas sustancias es la **alfafetoproteína** que se puede medir tanto en sangre materna como en el líquido amniótico. Valores disminuidos de alfafetoproteína sugieren un riesgo incrementado de síndrome de Down fetal. Sin embargo, cuando los niveles de esta sustancia se encuentran aumentados lo más probable es que se deba a malformaciones, siendo la más frecuente en este caso los defectos del cierre del tubo neural.

Uno de los aspectos más importantes en el diagnóstico de estas enfermedades congénitas es la **identificación de los factores de riesgo**, no solo genéticos sino también ambientales, dietéticos, patológicos... Un buen diagnóstico prenatal, unido a una adecuada información dirigida a detectar los diversos factores de riesgo, constituye un tipo de prevención que asegura que las personas con alto riesgo puedan ejercer el derecho a la reproducción de manera informada y responsable.

Pruebas de diagnóstico prenatal no invasivas **Ecografía de la semana 12:** Tiene como objetivo comprobar la viabilidad fetal (latido fetal), el número de fetos, calcular la edad gestacional y la medición de la translucencia fetal. La ecografía junto al análisis de sangre, nos dan el riesgo de alteraciones genética como el Síndrome de Down, Síndrome de Turner o el Síndrome de Edwards.

- [Ecografía de la semana 20:](#) También llamada ecografía morfológica. Es una ecografía de gran importancia, ya que en ella es posible detectar gran parte de los defectos y malformaciones fetales.
- [Screening bioquímico en el primer trimestre:](#) Análisis de sangre para medir los niveles de PAPP-A y b-hCG. Acompañan a la ecografía del primer trimestre en la que se mide la translucencia nucal informando del riesgo de alteraciones genética como el Síndrome de Down, Síndrome de Turner o el Síndrome de Edwards.
- [Screening bioquímico en el segundo trimestre:](#) Análisis de sangre para determinar los valores de b-hCG y alfafetoproteína. Una alteración en estos niveles significa un mayor riesgo de cromosomopatías.

Pruebas de diagnóstico prenatal invasivas [Amniocentesis:](#) es la prueba prenatal más empleada en la actualidad para el diagnóstico de defectos congénitos. Consiste en la extracción de una muestra del líquido amniótico que rodea al feto. Es posible detectar la mayoría de alteraciones cromosómicas como el Síndrome de Down, trastornos genéticos como la fibrosis quística y defectos del tubo neural.

- [Biopsia corial:](#) es la técnica de elección en el primer trimestre para la detección de anomalías cromosómicas. Consiste en la extracción de una muestra de vellosidades coriales de la placenta.
- [Cordocentesis:](#) técnica diagnóstica utilizada para detectar si el feto padece una infección o una enfermedad genética. Consiste en la extracción de una muestra de sangre fetal dentro del útero."

Por tanto, la medicina es una disciplina muy sofisticada, en la que se ha acumulado una enorme fuente de pronósticos, diagnósticos, tratamientos y

procedimientos fidedignos según el buen hacer profesional, que la han elevado a los más altos niveles y minimizan el ámbito de lo fortuito porque acrecientan el margen de lo previsible, sin que ello signifique que las circunstancias atribuibles a la fatalidad hayan desaparecido por completo.

Es esperable que a mayor comprensión sobre los procedimientos y técnicas idóneas que rigen un ámbito especializado de la ciencia, más grande es el poder de control sobre el mismo y mayores las posibilidades de evitar resultados adversos, lo que aumenta el grado de exigencia de responsabilidad de los galenos.

Indica la abundante literatura médica que en el caso de la mujer embarazada, los exámenes de ultrasonido son realizados para detectar los casos de mayor riesgo de problemas maternos o fetales. Además, tienen como objetivo más específico obtener una apreciación de las características y conformación general del bebé, placenta y líquido amniótico.

La ecografía es la forma de examinar clínicamente al paciente antes que nazca. Por lo mismo, es fundamental que la realice un profesional con formación adecuada y con entrenamiento en centros de alto nivel, ya que son claves en el manejo y toma de decisiones durante el embarazo.

Tal y como está probado y así lo determinan los protocolos médicos, el primer examen se debe de hacer antes de la semana diez del embarazo para confirmar el diagnóstico de gestación, la ubicación del feto, edad gestacional, número de embriones y normalidad de las estructuras propias del embarazo.

El segundo examen se realiza generalmente por vía abdominal entre las 11 y 14 semanas de embarazo, con el fin de evaluar la anatomía fetal y descartar anomalías estructurales importantes. También se puede detectar el riesgo de algunas anomalías cromosómicas mediante la medición del espesor del tejido de la región nuchal o translucencia nuchal, la presencia del hueso nasal, el flujo en el ductus venoso, etcétera.

El tercer examen se concreta entre las semanas 22 y 26 de embarazo. Ahí se estudia en detalle la anatomía fetal y la irrigación uterina placentaria. Pueden ser diagnosticadas la mayor parte de las alteraciones anatómicas severas, como también crecimiento fetal, características de la placenta, entre otros.

El cuarto examen, se efectúa entre las 32 y las 34 semanas de gestación. En esa

ocasión se puede observar el adecuado crecimiento, talla y vitalidad de su bebé y la proyección de peso al término del embarazo.

Fuente:

Dr. Roberto Benítez Cirujano, Médico Generalista y especialista en Radiología y Diagnóstico por Imágenes.

<https://www.natalben.com/malformaciones-congenitas-en-el-embarazo/diagnostico>

De otra parte la Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia C-355 del 2006 indicó que son tres causales específicas en Colombia para la interrupción voluntaria del embarazo: **primera por la malformación del feto**, condición de salud (discapacidad física o mental) de la mujer que se encuentra en estado de embarazo, dos por acceso carnal violento (violación), incesto y tres por la inseminación artificial no consentida.

Así las cosas el aborto para este caso era totalmente procedente porque existía y era absolutamente detectable durante la etapa de gestación las graves malformaciones del feto que hicieron inviable su vida y la del resto de sus familiares.

Según los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales; cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable e indigna su existencia.

La Sentencia T-171 del 2007: reitera por la Corte el deber de las entidades judiciales y de salud de proteger el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de una mujer que engendra un nonato con grave malformación del feto y hace inviable e indigna su vida fuera del útero.

Dentro de las actividades médicas especialmente controvertidas, de las que podrían destacarse innumerables supuestos y especialidades; a nivel internacional se han ido dando una serie de pronunciamientos que han tenido como resultado el nacimiento o la asunción de las denominadas acciones de wrongful birth, y las wrongful life action. demandas que algunos autores estudiosos del tema han traducido como "acción por nacimiento erróneo", y "acción por vida errónea", respectivamente.

Esta demanda está encaminada a decretar la responsabilidad civil médica derivada del diagnóstico deficiente, erróneo y viciado dados por los profesionales

médicos, originado por actividades médicas especialmente problemáticas o controvertidas. La denominada **WRONGFUL BIRTH ACTION** (demanda por nacimiento erróneo) son los propios progenitores los que interponen la demanda en los Tribunales, ya que NO se les informó que su hijo nacería con graves deformidades u otras anomalías psíquicas.

La razón de ser de esta acción por nacimiento injusto y por vida errónea no es otro que la privación de la facultad de abortar de toda mujer en Colombia dentro de los supuestos exigidos por la Jurisprudencia Nacional tal y como la Sentencia C-355 del 2006.

La acción de **WRONGFUL BIRTH Y/O WRONGFUL LIFE**, se identifican con el deber de información por parte del profesional Médico a su paciente, es decir, que este conocimiento que el médico debe brindarle a su paciente es fundamental, ya que sin el no se da a la embarazada la posibilidad de elegir dentro de las posibles opciones que la ciencia médica y jurídica le ofrece.

Preciso es decir que en el caso de que se identifique el daño con el nacimiento de un hijo con malformaciones u otro tipo de discapacidad, puede destacarse que estas posturas también tienen sus fervientes defensores dentro de la doctrina internacional.

En conclusión, de todo lo anterior consideramos que faltó por parte del juzgador una evaluación exhaustiva de todo el material probatorio; para con ello llegar al convencimiento inexorable que las malformaciones, anomalías, taras y/o enfermedades de **EMMANUEL PARRA CAMPO** pudieron ser detectadas durante su periodo gestacional de acuerdo con los conocimientos científicos del momento, los indicios presentes de la gestante y el concepto de la radióloga. De allí surge la negligencia de los médicos adscritos a la **EPS SOS COMFANDI e I.P.S. COMFANDI**.

Cordialmente,

---

**CARLOS DAVID ALVARADO SAAVEDRA**

C.C. No. 14.651.033

T. P. No. 144.112