

## La vida como daño y la protección del *nasciturus*

Andrea Alarcón Peña, Ph.D.<sup>a</sup>

La Sentencia C-055 de 2022 generó amplios debates que se extendieron más allá de las fronteras legales. La cuestión respecto a la protección del no nacido, los derechos de la gestante y las cuestiones bioéticas consecuentes produjeron los más encendidos debates que, una vez más, recordaron las orillas distantes que caracterizan a las respuestas a estas cuestiones.

Desde el punto de vista normativo, el artículo 90 de la legislación civil colombiana reconoce que la existencia legal de una persona comienza al nacer. Esta circunstancia permite advertir que, en Colombia, la existencia biológica no supone reconocimiento de personalidad jurídica (Valencia y Ortiz, 2016). La vida, en consecuencia, empieza con la concepción, pero la persona, la personalidad jurídica y la existencia legal desde el nacimiento (Sentencia C-591 de 1995). Al hablar de *non nato*, la categoría jurídica a emplear es la de *nasciturus*, individuo “meramente concebido, mientras permanece en el vientre materno” (Zapata, 2012). Esta postura normativa no acoge la teoría de la implantación o de la concepción.

No obstante lo anterior, el artículo cuatro de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en su numeral uno, señala que toda persona tiene derecho a la protección de su vida y que este derecho se amparará a partir del momento de su concepción. Esta disposición generó serios cuestionamientos respecto del contenido

del artículo 90 del Código Civil. Ante esta aparente antinomia (pues, la CADH hace parte del bloque de constitucionalidad), la Corte Constitucional, en la Sentencia C-239 de 1997, reconoció a la vida una doble naturaleza jurídica: valor constitucional y derecho fundamental.

Como valor se predica su protección respecto de aquellos que no han alcanzado la condición de persona y como derecho su titularidad radica en aquellos que ya tengan esa situación. A partir de esta comprensión se reconoce la obligación que asiste a todos los órganos del poder público y a las autoridades estatales de proteger la vida como un valor.

Pero esta protección no es absoluta y se da de forma progresiva. Mientras el *nasciturus* está en el vientre, es posible indicar que se está frente a una vida en potencia y su grado de amparo registra un nivel diferente de aquel que se reputa para la persona, titular de derecho a la vida (Sentencia C-013 de 1997). Una argumentación diversa exigiría resguardo absoluto del valor de la vida, circunstancia que supondría una cosificación de la mujer ante la imposibilidad de ponderar y armonizar la expectativa de vida de aquel y la diversidad de derechos de la gestante (Sentencia C-326 de 2006). Esta postura corresponde a la que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al indicar que “la protección del derecho a la vida con arreglo a esta

<sup>a</sup> Editora Revista Prolegómenos. Universidad Militar Nueva Granada.

disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (1979).

La protección de la vida desde la concepción se predica como un valor y no como un derecho. Como valor se enumera como una cláusula general o finalidad que, igual que las reglas, se encuentra positivizado. A diferencia de los principios, que pueden tener consagración explícita o implícita, pues se extraen de las reglas, constituyen mandatos de optimización y pueden ser inferidos a partir de interpretación armónica y sistemática (Freixes y Remotti, 1992). Los valores tienen eficacia interpretativa, pero su concreción se observa en principios y reglas, circunstancia por la cual tienen eficacia indirecta y no sirven por sí solos para resolver situaciones jurídicas (Estrada, 2011). Frente a ellos ha señalado la Corte Constitucional, que se prioriza, en su desarrollo, la competencia que corresponde al legislador, circunstancia que no se traduce en una ausencia del deber de observancia y satisfacción.

Por esta razón, la protección del valor de la vida, prescrito de manera expresa en la norma superior, no tiene el mismo grado que el principio - derecho fundamental de la vida. La garantía de la vida, como derecho en cabeza del nacido, se protege pero ante la imposibilidad de predicar su carácter absoluto, como cualquier derecho, es posible su ponderación. Circunstancia que hizo la Corte en la Sentencia C-355 de 2006 y, en la reciente, la C-055 de 2022, por medio de las cuales reconoció como derecho fundamental la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Mención especial debe hacerse en relación con este último pronunciamiento, pues como uno de los más progresistas en el mundo, permite la IVE hasta la semana 24, sin restricción alguna, más allá de la voluntad de la gestante.

A partir de la semana en cuestión, solo será posible el ejercicio del derecho en tres casos: cuando continuar con el embarazo genere peligro para la vida o salud de mujer (es preciso un concepto médico, como se precisó en la Sentencia SU-096 de 2018), cuando el feto tenga una grave malformación que haga inviable la vida extrauterina y

cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, acto sexual abusivo, inseminación artificial no consentida o transferencia de óvulo fecundado no consentida e incesto.

Estas trascendentales decisiones judiciales se encuentran en armonía con lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en la observación general No. 22 de 2016, relacionada con el derecho a la salud sexual y reproductiva, indicó que este derecho hace parte del derecho a la salud, lo que constituye una visión de salud integral y multidimensional. A partir de esta consideración, los Estados deben asumir la obligación de suprimir cualquier medida normativa y administrativa que restrinja el aborto y garantizar que se practique en condiciones que no supongan riesgo o afectación significativa a los derechos de la mujer.

En idéntico sentido es posible encontrar en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Organización de Naciones Unidas, de 1979, la premisa de que los derechos de las mujeres, con especial mención de los sexuales y reproductivos, son derechos humanos.

El tema objeto de esta investigación produce tensiones en estas tres ciencias. La cuestión entre ellas se presenta en la medida en que involucren situaciones en las que son protagonistas la protección de la dignidad humana, el derecho a la vida e integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos, la autodeterminación y la libertad del paciente. Todos estos pueden encontrarse en tensión al realizar un ejercicio de ponderación de principios propios de la bioética médica y la salud pública del que está por nacer. Estas cuestiones derivan en acciones judiciales por responsabilidad, en las que los derechos de la madre gestante, los del que está por nacer y los del nacido experimentan lesiones.

En estas acciones, el operador judicial analiza la culpa médica al dirimir el conflicto entre la madre del niño y el profesional de la medicina que ha generado un daño. Cualquier decisión que adopte la gestante en relación con el *nasciturus* es

autónoma, salvo a partir de la semana 24, cuando deberá acreditar alguna de las tres causales que señaló la Sentencia C-355, de 2006. Como ha sido reconocido de manera reiterada en la jurisprudencia constitucional, la autonomía de la voluntad de la mujer es el requisito esencial que debe concurrir cuando se ejerce el derecho fundamental a la IVE.

En la Sentencia C-341, de 2017, la Corte exhortó al Congreso para que legisle, en un tiempo prudencial, sobre el periodo en que el ejercicio de este derecho pueda ejercerse, siendo precisa “la sola voluntad de la mujer”. Más adelante reiteró el tribunal constitucional, que una vez haya sido expedida la certificación médica, solo se requiere la manifestación de la voluntad de la mujer de continuar con el procedimiento de IVE (SU-096 de 2018).

Esta postura fue reiterada en las sentencias T-171 y T-988 de 2007, T-209 y T-946 de 2008, T-009 y T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 y T-841 de 2011, T-398 de 2019, T-284 y C-088 de 2020, que reiteran la prevalencia de la autodeterminación reproductiva de las mujeres para ejercer el derecho fundamental en cuestión. Este punto, además, ha sido analizado por Pérez (2020), que puntualizó sobre la necesidad de estudiar la autonomía de la voluntad de la gestante, los vicios del consentimiento, en perspectiva del derecho civil, y las posibles afectaciones que la salud mental de la mujer podría experimentar al ejercer este derecho. Se trata de una mirada holística.

Al tratarse de un derecho, establece que las mujeres gestantes pueden acceder, sin ningún tipo de barreras u obstáculos, a este servicio. De la misma manera, deben recibir atención integral y de amplia calidad, que sea respetuosa de su decisión, de su elección autónoma y libre, que no la estigmatice ni culpabilice. Para ello, las empresas prestadoras de salud (EPS) deberán contar y poner a disposición de las gestantes que opten por esta decisión, el listado completo y claro de profesionales de la salud que en las diferentes instituciones prestadoras de salud (IPS) estén habilitados para la práctica del procedimiento de IVE

(Sentencia T-209 de 2008). En idéntico sentido y de conformidad con el principio de no maleficencia, las EPS e IPS deberán prevenir a la gestante de la obligación que les asiste de salvaguardar los derechos del que está por nacer, para que cuente con la información clara y suficiente que le permita establecer juicios morales acerca del proceso asociado con la vida.

Para el profesional de la salud, en este momento, se generan conflictos entre los principios de autonomía de la voluntad de la gestante y la no maleficencia. De conformidad con el mandato de respeto a la voluntad de la paciente que desea interrumpir de forma voluntaria su embarazo, el médico debe salvaguardar la vida del *nasciturus*. Esta protección se da a partir del reconocimiento de su existencia biológica, con independencia de las anomalías que harían inviable su vida extrauterina. A pesar de esta cuestión, debe respetarse la autonomía de la gestante, pues es ella, la que en ejercicio de su proyecto de vida, decide de forma libre si desea o no ser madre, cómo espera que se produzca este proceso y en qué condiciones. En caso de que el profesional de la medicina omita información sobre la existencia de la deformidad y suministre a la gestante información que no se ajusta a la realidad objetiva que tiene el *nasciturus*, la legítima para emprender las acciones *wrongful birth* y *wronful life* con ánimo indemnizatorio.

Lo anterior se explica en la medida en que, producto de la negligencia o mal *praxis* del médico, se priva a la gestante de su derecho a decidir y se produce un daño que se concreta en la vida del menor que nace con alguna patología, alteración o deformidad. Nacimiento y vida que podría haberse evitado si el médico comunicara de manera efectiva y suficiente los datos ciertos sobre la condición del feto a la gestante. Ante esta circunstancia, los padres y el menor están habilitados para reclamarle responsabilidad al profesional de la medicina.

En estos casos, la acción *wrongful birth* es adelantada por la madre o por los padres de aquellos niños que nacen con anomalías, contra el profesional de la salud que no detectó de

manera adecuada la condición del *nasciturus*, o que habiéndola detectado no la comunicó a los padres de forma oportuna. Se pretende, entonces, una indemnización que cubra la reparación de los daños morales y económicos por el nacimiento de un hijo con anomalías congénitas o patologías. La acción *wrongful life* se impetra por el niño, por medio de sus representantes legales, contra el personal médico que no informó o lo hizo de forma errónea, y como resultado de esta circunstancia se permitió su nacimiento (Garibo, 2019).

Pensar en la vida como un daño genera cuestiones problemáticas. De alguna forma, en el país, el debate se ha encendido, no solo desde la doctrina. Con seguridad, futuras decisiones judiciales discutirán estas cuestiones.

## Referencias

- Estrada-Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41-76.
- Freixes-Sanjuán, T., y Remotti-Carbonell, J. C. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista española de Derecho constitucional*, 97-109.
- Garibo Peyró, A. P. (2019). El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de wrongful birth y wrongful life sobre las personas con discapacidad. *Persona y Derecho*, 81, 323-348. <https://doi.org/10.15581/011.81.323-348>
- Valencia Zea, A., y Ortiz Monsalve, A. (2016). *Derecho civil. Tomo I. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Zapata Mira, C. (2012). ¿Es persona el nasciturus? Reconocimiento jurídico de los derechos del nascitur en la legislación colombiana. *Revista Universidad Católica de Oriente*, 87-97.

## Sentencias

- Sentencia C-326 de 2006
- Sentencia C-355 de 2006
- Sentencia T-171 de 2007
- Sentencia T-988 de 2007
- Sentencia T-209 de 2008
- Sentencia T-946 de 2008
- Sentencia T-009 de 2009
- Sentencia T-388 de 2009
- Sentencia T-585 de 2010
- Sentencia T-636 de 2011
- Sentencia T-841 de 2011
- Sentencia T-398 de 2019
- Sentencia T-284 de 2020
- Sentencia C-088 de 2020
- Sentencia C-055 de 2022