Voces: CIVIL - RESPONSABILIDAD MÉDICA - NACIMIENTO - ABORTO - DERECHO COMPARADO

Título: El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano - Fernández Muñoz, Mónica

Autor: Fernández Muñoz, Mónica

Fecha: 31-dic-2017

Cita: MJCH_MJD4681 | MJD4681

Producto: MJ

Sumario: Introducción; I.- La legitimación del aborto por vía de Jurisprudencia Constitucional; II.- Hipótesis de responsabilidad médica vinculadas al derecho al aborto; III.- Conclusión; IV.- Notas y Referencias Bibliográficas

---

NdR: Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXX N °2 - Diciembre 2017, Páginas 317-337

Por Mónica Fernández Muñoz(*)

Resumen

La legitimación del aborto unido a los descubrimientos científicos en el ámbito del inicio de la vida, ha abierto paso para que el nacimiento, y no más la muerte de una persona, se esté convirtiendo hoy en una de las nuevas fronteras de la responsabilidad civil, evidenciando así el dinamismo de esta figura para acoplarse al nuevo panorama social. Si bien existen diversas posturas que aprueban o desaprueban la práctica del aborto, el presente artículo no pretende realizar un juicio de valor moral. La intención con este estudio de caso es mostrar el estado actual del fenómeno en Colombia y cómo este procedimiento se convierte en una nueva frontera de la responsabilidad médico-sanitara.

Nacimiento — aborto — responsabilidad médica

Abstract

The legitimation of abortion linked to scientific discoveries in the field of early life, has made its way to be the birth, and no death, currently becoming one of the new frontiers of liability, demonstrating therefore the dynamism of this figure to fit the new social landscape. While

there are several opinions that approve or disapprove the practice of abortion, this article is not meant to make a judgment of moral values. The purpose with this case study is to show the current state of the phenomenon in Colombia and how this procedure becomes a new frontier for medical and health liability.

Birth — abortion — medical liability

INTRODUCCIÓN

Muchas definiciones han sido elaboradas para conceptuar respecto del aborto.Ejemplo de ellas es la que otorga Eichmann1, según él, el aborto es "la expulsión intencional del fruto humano aun no viable", o la elaborada por Gaarraud y Stoppato2 quienes lo definen como "la expulsión prematura del producto de la concepción, violentamente provocada", o la definición de aborto que adopta la Organización Mundial de la Salud (OMS) como "la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno"3 y este límite de viabilidad o capacidad de sobrevivir fuera del ambiente uterino varía, pues depende no solo de aspectos del desarrollo biológico intrínseco del feto, sino también de la tecnología, cuyo desarrollo influye en gran medida la posibilidad que tenga el feto de sobrevivir fuera del vientre de su madre, estableciéndose de este modo límites a las 24 y 28 semanas4.

El aborto es, en suma, una conducta que interrumpe la vida de los seres no nacidos, por lo que ha generado diversos movimientos en pro y en contra de su práctica. Los opositores del aborto apelan al carácter inviolable del derecho a la vida, rechazando como inmoral y criminal este tipo de actos. Por su parte, los partidarios del aborto defienden la libertad de elección y, en este sentido, reivindican el derecho de la mujer a desarrollarse libremente como ser humano y a ejercer una autonomía responsable en asuntos reproductivos5.

Si bien el aborto constituye una práctica milenaria, en el contexto latinoamericano por mucho tiempo fue rechazada, debido, entre otras razones, a la firme oposición por parte de la Iglesia católica, que sostiene que desde el momento de la fecundación del óvulo se inicia la vida humana que procede de Dios y el hombre no puede disponer de ella6.En la sociedad prehispánica el aborto era una de las maneras de regular el crecimiento de la población privilegiando la vida de los varones y daba solución al embarazo no deseado frente a seres con defectos congénitos; sin embargo, con la llegada de los españoles y el advenimiento del cristianismo se impuso el castigo de esta práctica7.

Esta postura de la Iglesia católica del ser humano desde la concepción, cuya protección prohíbe el aborto y la utilización de métodos anticonceptivos distintos al método de la abstinencia y del oginio-knaus, si bien es compartida por los católicos, que según los más recientes estudios representaba el 70,9% de colombianos en el 20108, ha originado, sin embargo, toda una problematización de los valores católicos y las orientaciones morales de la Iglesia católica, generando algunas preguntas en torno a situaciones respecto de las cuales la Iglesia no ha dado aún una respuesta exacta9. Así, no obstante la Iglesia católica domina aún el campo religioso en Colombia, se siguen practicando diariamente abortos10, lo que genera un interrogante acerca de si a la hora de orientar o regular la vida, para muchas personas estaría pesando más la conciencia personal que los principios religiosos.

A partir de los años 60 se inició el movimiento para lograr la despenalización o legalización del aborto, generando un giro inesperado en el debate público, al desplazarse la discusión hacia los derechos de la mujer a su autodeterminación en cuestiones reproductivas.Este periodo

estuvo marcado por los fenómenos de secularización y modernización de la sociedad colombiana que permitieron debilitar la influencia de la Iglesia católica sobre la sociedad y el Estado, implicando una disminución de la capacidad de control social de la Iglesia sobre la población y permitiendo la emancipación de las esferas sociales de su tutoría11.

Como expresión de este movimiento, la Corte Constitucional colombiana en el famoso fallo C-355 de 2006 y luego de casi cien años12, autorizó la despenalización parcial13 de esta práctica en los siguientes eventos, considerando que obligar a la mujer a llevar a fin su embarazo en estos tres episodios supone una carga desproporcionada en detrimento de sus derechos: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) 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 consentidas, o de incesto.

El debate de fondo en esta materia estuvo dado por la ponderación de dos principios que resultaron enfrentados, el de la madre a decidir sobre su cuerpo a su propia voluntad y el del nasciturus a nacer, para decidir cuál era más valioso que el otro.Es decir, el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía procreativa de la mujer versus el valor de la vida14, intereses y eventualmente derecho a la vida del feto15.

Sin embargo, ya que en la historia ha predominado la constante de la valoración diferenciada de la vida humana en formación y de la vida de los no nacidos16, la Corte concluyó la ponderación en el fallo C-355 de 2006, estimando que la protección a la vida del feto no podía protegerse en detrimento de la persona de la mujer en ejercicio pleno de sus derechos, en tanto que ser autónomo, libre, dueña de su cuerpo y de su proyecto de vida17. Es decir, concluyó que los derechos a la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer prevalecían sobre la protección de la vida del que está por nacer.

De acuerdo con la experiencia de varios países en el mundo, la legitimación del aborto ha abierto paso para que el nacimiento, y no más la muerte de una persona, se esté convirtiendo hoy en una de las nuevas fronteras de la responsabilidad médica. Sin embargo, en Colombia, la liberalización parcial de la regulación del aborto ha tenido una respuesta tardía en materia de desarrollo del régimen de responsabilidad médica aplicable en este campo, en la medida que, como se analizará más adelante, solo hasta la actualidad se están construyendo las hipótesis fuente de responsabilidad vinculadas a la práctica del aborto y no existe aún la primera declaratoria de responsabilidad civil o del Estado en este ámbito por parte de los jueces competentes.

Este hecho es el que motivó el desarrollo de esta investigación, a efecto de analizar cuál ha sido el impacto que en materia de responsabilidad médica ha tenido en Colombia la promulgación del fallo C-355 de 2006.Así, el presente artículo involucra los resultados finales de la primera fase de una investigación que actualmente continúa en desarrollo en la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Fase que tuvo como objetivo evidenciar los tímidos adelantos que, en el marco de esta problemática, se han ido presentando en el sistema jurídico colombiano, otra vez gracias a la intervención de la Corte Constitucional, por medio de su facultad de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política. Primeros avances que permiten evidenciar una tendencia inicial hacia la identificación del

nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad civil médica, no obstante la aún ausente regulación de varios aspectos trascendentales para la correcta práctica de este procedimiento, como se evidenciará más adelante.

En este orden de ideas, desde la perspectiva de la estrategia metodológica, para dar respuesta al problema de investigación planteado, alcanzar los objetivos formulados y teniendo en cuenta la forma de investigación proyectada, se aplicó el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción como métodos generales de investigación, combinados con otros particulares como la observación, la conceptualización y el estudio de caso, bajo un enfoque esencialmente cualitativo y con un alcance exploratorio, descriptivo y analítico.En detalle, las estrategias metodológicas utilizadas se resumen en un análisis de contenidos de todas las fuentes de información consultadas y que han afrontado, a nivel doctrinal y jurisprudencial, la problemática planteada en el ámbito colombiano con algunas referencias del campo internacional.

Así pues, en primera medida se contextualizará, analizando el desarrollo y contenido de la despenalización del aborto en Colombia (I) y, en segundo lugar, se abordará el estudio de aquellos eventos de nacimiento de niños malformados, de niños sanos y de nacimientos derivados de obstáculos administrativos, que se evidencian como nueva frontera de la responsabilidad médica en este país (II).

I.- LA LEGITIMACIÓN DEL ABORTO POR VÍA DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A. Contenido de la despenalización del aborto en Colombia

Desde el punto de vista moral, tradicionalmente han existido dos posiciones opuestas en torno al aborto. La primera, llamada conservadora, afirma que el derecho a la vida aparece desde la fecundación, por lo que defiende el derecho absoluto a la vida del no nacido y considera el aborto como un homicidio a un ser humano inocente; la segunda, denominada liberal, que defiende la separación entre derecho, religión y moral, acepta moralmente el aborto, considera que el embrión y el feto no son personas sujetos de derechos, pues simplemente tienen una expectativa de vida que debe ceder al derecho de la madre a decidir sobre su nacimiento, en tanto que ella tiene un derecho ilimitado a disponer de su propio cuerpo18. Las dos posiciones analizan el fenómeno desde perspectivas distintas, esto es, desde la filosofía, la antropología, la moral y el derecho. Así, la primera teoría se ubica en el gran debate desarrollado alrededor de la equivalencia o no entre las nociones de ser humano y persona, haciendo parte de aquella postura que defiende la equivalencia de ambos conceptos, basándose para ello esencialmente en el argumento de la continuidad biológica, según esta, el ser humano es persona desde el momento de la fecundación, aun cuando no haya desarrollado sus capacidades.Desde ese instante hasta su muerte se limita a crecer, por lo que su existencia es absolutamente continua19. La segunda teoría hace parte de aquella corriente que considera que el embrión y el feto no son una persona humana, en consecuencia, no son sujetos de derecho, por tanto, cualquier intento de dotar de personalidad jurídica a un no nacido sería una ficción jurídica o dogmática artificiosa e innecesaria.20

La Corte Constitucional colombiana, abandonando los iniciales razonamientos clericales21, reafirma el pluralismo y la libertad de conciencia, al permitir que las creencias religiosas respecto del asunto cobijen únicamente a quienes se sientan comprometidos con las mismas22. Se trata de una manifestación clara de la bioética de origen latino, que aplica el principio de la dignidad de la persona humana, asumiendo que el concebido no es persona y

entiende como persona aquella que vive y, en consecuencia, tiene una dignidad que debe ser defendida por el ordenamiento jurídico23 .

De este modo, la Corte distinguió claramente entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental24, aclarando que el derecho a la vida solo se reconoce desde el nacimiento, pues este supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. Concluye así que en Colombia no existe un derecho a la vida del no nacido o del niño por nacer, pero dicho nasciturus sí es objeto de protección constitucional en virtud del bien de la vida.

Bajo esta perspectiva, se afirma que el fenómeno de laicización del Estado moderno conllevó a que la condena general del aborto expandida por la Iglesia cristiana a todos sus pueblos fuese replanteada25. Expresión de ello es el tratamiento que la materia ha tenido en Colombia, e igualmente, en un número significativo de países occidentales que han ido permitiendo progresivamente esta práctica.En América Latina, por ejemplo, la mayoría de los países, a excepción de Chile donde el aborto está penalizado sin excepción26, permiten este procedimiento en caso de peligro para la vida de la madre, violación o incesto y solo en Colombia, Uruguay y eventualmente Chile en caso de ser aprobada la actual propuesta legislativa, se permite la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en caso de malformación del feto incompatible con su vida extrauterina.

De esta manera, se estima que el derecho a la vida admite excepciones, abriendo la posibilidad de ejecutar la IVE por la necesidad de salvaguardar la vida o salud de la madre (aborto terapéutico), para interrumpir un embarazo que se inició por una violación o es fruto de un incesto (aborto moral) o para evitar el nacimiento de fetos con serias y graves malformaciones que hagan inviable su vida extrauterina. Así, al permitir excepcionalmente el aborto, se consideró que en ciertas ocasiones, como por ejemplo en casos de violación, la obligación de tener un hijo imponía una carga desproporcionada a la mujer; por tanto, la intromisión del Estado en la esfera más íntima de su personalidad, negándole el derecho a decidir, causaba a la mujer un perjuicio grave, al privarla de su derecho a una vida digna y autónoma27. Tesis sustentada no solo en la prohibición de desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno, sino además, en la consecuente obligación de tratarla como tal en lugar de considerarla como un simple instrumento de reproducción de la especie humana y en el deber de proteger su intimidad, invadida cuando otros deciden sobre su cuerpo y su propia vida, mediante la prohibición de poner fin al embarazo.

La autonomía de la mujer acerca de su proyecto de vida y respecto de su cuerpo, se convierte así en la expresión de valores jurídicos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra.Autonomía que al entrar en tensión con el valor jurídico de la protección al embrión o eventualmente al feto, se resuelve a la luz del principio de la dignidad humana que considera a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio expuesto a la instrumentalización de su existencia, a su cosificación, de la que deciden los demás. De este modo, la libertad permite la facultad de elegir de entre las distintas opciones de vida, la que más y mejor se avenga con la concepción de mundo profesada28.

Con esta decisión, por primera vez, se identificaron los derechos de la mujer relevantes para el caso y se reconstruyó de modo completo el bloque de constitucionalidad, por medio de la

integración de normas internacionales que reconocen y garantizan su dignidad, libertad e integridad29. De otro lado, la Corte colombiana desarrolló el derecho al libre desarrollo de la personalidad, indicando que este hace referencia al ámbito de las decisiones propias del individuo como su plan de vida o su modelo de realización personal, dentro de las que se encuentra la decisión libre de ser o no madre.

B. La interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental

Desde la promulgación del fallo C-355 de 2006, la jurisprudencia ha desarrollado una línea consistente en el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos reproductivos, insistiendo en que tanto la Constitución de 1991 como varias normas pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad reconocen esta categoría de derechos, dándoles la naturaleza de fundamentales30.

En efecto, a nivel internacional, varios instrumentos han establecido la necesidad del respeto y protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres31. Respecto de la salud sexual se ha afirmado que debe entenderse como la integración de aspectos somáticos, emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, mediante formas que realzan y enriquecen la personalidad, la comunicación y el amor.Por su parte, la salud reproductiva se ha entendido como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva incluye la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, la capacidad de procrear y, además, la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia32.

De este modo, se considera que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente en el proyecto de vida de la mujer, pues es en su cuerpo en donde tiene lugar la gestación. Los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la información, a la salud y a la educación, entre otros; en consecuencia, se estima que los derechos reproductivos están protegidos constitucionalmente, ya que "han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos"33.

Así pues, en Colombia existe un derecho reproductivo de carácter fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en las hipótesis despenalizadas desde la sentencia C-355 de 200634.Dicho carácter fundamental deriva per se del hecho de hacer parte de los derechos reproductivos y más exactamente de la autonomía reproductiva, cuyo rango fundamental fue reconocido en la misma sentencia, cuando afirmó que "los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos" y que estos "incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de los hijos".

De esta manera, se ha concluido que al consagrarse una naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y debido a que la IVE, en las hipótesis de excepción, es parte de ese derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, es lógico concluir que esta facultad también es de carácter fundamental, y como efecto de ello, el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen frente al derecho a la IVE las mismas obligaciones de respeto y garantía que tienen en relación c on todos los demás derechos de esta categoría35.

II.- HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA VINCULADAS AL DERECHO AL ABORTO

A nivel de derecho comparado, las hipótesis de responsabilidad médica vinculadas a la práctica del aborto han tenido un importante desarrollo a partir de aquellas reclamaciones efectuadas por los padres por el nacimiento de hijos con serias malformaciones o enfermedades incurables, que si se hubieran detectado durante el embarazo habrían permitido la posibilidad de abortar.Se trata de lo que en derecho norteamericano se denominan como acciones de wrongful birth (la interpuesta por los padres) y wrongful life (la interpuesta por el propio hijo discapacitado)36.

Si bien estas acciones tienen una relación estrecha con hipótesis de despenalización del aborto eugenésico y con aquellos supuestos de aborto a voluntad, como es el caso de Francia, Italia y España, estas causales no se permiten en Colombia; sin embargo, una breve mención a sus desarrollos permite no solo evidenciar cómo los regímenes de responsabilidad médica han progresado acoplándose a las nuevas necesidades derivadas de la despenalización del aborto, sino además, cómo actualmente ya se ha abandonado la posibilidad de calificar como daño la propia vida del hijo nacido con una discapacidad o malformación. En efecto, la decidida intervención del legislador francés mediante la denominada Ley Kouchner37, puso fin al gran debate que se generó con el caso Perruche alrededor del perjuicio por el hecho de nacer38, concluyendo en su artículo 1,1 que "nadie puede valerse de un perjuicio por el hecho de su nacimiento", en consecuencia, el nacimiento de un niño discapacitado no puede constituir un perjuicio para este.

Así, a nivel de derecho comparado, actualmente se afirma que tanto Francia, como Italia y España admiten las acciones de wrongful birth pero rechazan las acciones de wrongful life cuando proponen como perjuicio indemnizable el nacimiento mismo, sin embargo, las primeras siguen planteando problemas fundamentalmente de nexo causal39.Aunque la doctrina estima que en estos eventos el nexo de causalidad es una mera fictio a la que se recurre para endosar una responsabilidad a quien esté en grado de hacerle frente40, el nexo de causalidad es el problema de fondo, pues siempre subyace el dilema de poder determinar si la culpa del médico fue la "causa" de que la madre no pudiera abortar; y además de verificar que si aun habiéndose dado el primer curso causal y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, esta habría decidido hacerlo41.

En este orden de ideas, las acciones wrongful birth suponen que por la actuación negligente del profesional, los padres del hijo que nace con malformación o discapacidad hayan sido privados de una información fundamental para poder acudir a la interrupción del embarazado, haciéndoles perder dicha oportunidad. Estas acciones requieren, entonces, no solo una culpa por acción u omisión en el deber de información por parte del médico, porque informa erróneamente cuando al no descubrir la enfermedad congénita del feto informa de la inexistencia de peligros o riesgos que se encuentran realmente presentes, o porque no informa pudiendo y debiendo hacerlo, en consecuencia, no aconseja respecto de la conveniencia de llevar a cabo el diagnóstico prenatal; la acción wrongful birth requiere, además, que la malformación, anomalía o enfermedad sea incurable y que estén dadas las condiciones legales para la práctica del aborto en estas circunstancias. Es decir, para que los padres puedan iniciar una acción de este tipo, es requisito necesario que el ordenamiento jurídico admita el aborto en caso de malformación del feto o grave enfermedad incurables o el aborto a voluntad.

En Italia, por ejemplo, de acuerdo con la ley que regula la interrupción del embarazo42, la

mujer puede abortar dentro de los primeros 90 días en presencia de anomalías o malformaciones del concebido, alegando que esta circunstancia pone en serio peligro su salud física o psíquica.En España, igualmente, la ley que regula el aborto43 consagra la posibilidad de interrumpir el embarazo a petición de la mujer dentro de las primeras 14 semanas de gestación e igualmente se consagra la posibilidad de interrumpir el embarazo por causas médicas cuando exista riesgo de graves anomalías del feto siempre que el aborto se practique dentro de las 22 semanas de gestación y cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico. Finalmente, Francia44 permite el aborto a petición o aborto libre sin alegación de causa siempre que el procedimiento se practique dentro de las 10 primeras semanas de embarazo. Posterior a este plazo, la IVE se realiza cuando la continuación del embarazo pone en peligro grave la salud de la mujer o cuando exista una notoria probabilidad de que el hijo sufrirá una afección de una particular gravedad y reconocida como incurable al momento del diagnóstico.

Si bien estas hipótesis de responsabilidad no pueden ser replicadas en Colombia en razón a que no existe el aborto a voluntad y la despenalización ha sido reconocida cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; también, como se indicó anteriormente, el análisis de la responsabilidad involucrada en materia de aborto no ha tenido en Colombia un desarrollo por medio de la acción de responsabilidad civil o patrimonial de competencia de los jueces civiles o contencioso-administrativos según el caso, sino por la acción constitucional de tutela, que si bien no tiene una función esencialmente indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales como lo es la IVE, permite de manera excepcional ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente para asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado, así como de los demás perjuicios a que haya lugar45.Como se verá a continuación, el comportamiento de la jurisprudencia constitucional permite evidenciar una clara tendencia de apertura hacia el reconocimiento de otras fuentes de responsabilidad, principalmente con fundamento en el desarrollo de la causal de aborto por afectación a la salud mental de la mujer.

A. Responsabilidad por el nacimiento de un niño sano

La jurisprudencia constitucional colombiana no solo permite el aborto de un niño cuya malformación hace inviable su vida extrauterina, sino que además permite el aborto de un niño sano no deseado, porque la imposición de continuar el embarazo viola en ambos casos y en igual medida la dignidad, la autonomía y los derechos de la mujer46. Este último evento plantea la posibilidad de analizar si la creación de una vida sana, pero no deseada, puede generar algún tipo de responsabilidad, es decir, si el nacimiento de un hijo sano pero no deseado puede comportar un daño resarcible.

Se trata de lo que en derecho comparado se conoce como acciones wrongful conception de aplicación en casos de esterilización fallida, también por el uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado, interrupciones de embarazo fallidas por negligencia médica y embarazos no detectados oportunamente, esto es, antes del plazo fijado legalmente para la IVE47. Para la doctrina, la evolución de la responsabilidad hacia estos eventos responde a un desarrollo necesario del derecho de daños, como protección del derecho de los padres y es la consecuencia de un cambio de mentalidad social donde tiene cabida la idea de que el nacimiento puede generar daños48.

Se plantea, entonces, la posibilidad de demandar por responsabilidad civil frente al nacimiento

de un hijo cuya concepción no se ha planeado.Si bien Colombia, acorde con el desarrollo de esta materia en el derecho comparado, ha dado aplicación a la wrongful conception declarando el primer caso de responsabilidad del Estado por la transgresión del derecho de los padres a decidir en materia reproductiva al haber posibilitado a la madre un método anticonceptivo que resultó fallido49, es posible ahora preguntarse si estas acciones también tendrían cabida en aquellos eventos de privación de la facultad de abortar, en los que se genera como consecuencia el nacimiento de un hijo que aunque sano no es deseado.

Este interrogante no es de poca monta si se tiene en cuenta que según el informe presentado para Colombia por la organización Guttmacher Institute50, a excepción de los casos de malformaciones fetales graves o enfermedades maternas serias, la gran mayoría de abortos son consecuencia de un embarazo no deseado. El estudio estimó que de 1.357.600 embarazos que hubo en el 2008 en Colombia, 593.300 terminaron en abortos espontáneos o inducidos y, según estos hallazgos, se estimó que cada año en Colombia aproximadamente dos terceras partes (67%) de todos los embarazos son no deseados por distintas razones, entre las más importantes, por carencia de recursos para criar un hijo, porque la mujer ha sido víctima de violencia sexual, porque no ha terminado sus estudios, o no tiene una relación estable con su pareja, o la pareja no desea tener el hijo, o porque la mujer ya ha tenido el número de hijos que deseaba.

En Colombia encontramos el antecedente que podría encuadrarse en esta hipótesis. Se trata de una menor de 12 años que resultó embarazada y acudió a solicitar la IVE previo el concepto de un médico que certificó el riesgo para su salud mental y física, diagnosticándose una reacción depresivo-ansiosa frente al embarazo no deseado.Ante la negativa de la entidad hospitalaria a practicar el procedimiento, argumentando que la certificación no había sido expedida por un médico adscrito a la institución y debido al retardo en la atención, la madre de la menor embarazada interpuso acción de tutela que fue denegada basada en el mismo argumento. Dicho fallo fue posteriormente seleccionado por la Corte Constitucional para revisión y debido a que a la fecha de la decisión el hecho ya había sido superado, pues la menor ya había dado a luz a su hijo, la Corte decidió que lo único que procedía en el caso, de acuerdo con lo consagrado en el art. 25 del Decreto 2591 de 1991, era el resarcimiento de los daños que hubieran podido originarse por la pretendida violación del derecho fundamental a la IVE51, condenando en abstracto a la Institución de Salud demandada a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa de practicar el aborto y ordenando que la citada entidad prestara todos los servicios de atención en salud tanto a la madre menor como a su hijo, igualmente, se compulsaron copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigara y sancionara las posibles faltas en que hubiera incurrido la entidad hospitalaria.

De este modo, al momento que la Corte señala que la Institución de Salud demandada debe pagar no solo el daño emergente, sino también "todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa de practicar la IVE", deja abierta la posibilidad para que la madre pueda reclamar vía acción de wrongful conception la indemnización de los gastos que acarrea el sostenimiento del hijo, el daño moral por el embarazo no deseado e incluso el daño derivado de la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.Igualmente, como se observa, la probabilidad de esta hipótesis de responsabilidad se explica por el contenido de la causal de aborto terapéutico, que como arriba se indicó, procede en aquellos casos donde se considera que la continuación del embarazo constituye un peligro no solo para la vida, sino también para la salud de la mujer. De esta forma, la extensión de la despenalización del aborto hacia la afectación al derecho a la salud de la madre, permite que

en Colombia se abra la posibilidad de declarar la responsabilidad en eventos como este, de nacimiento de hijos sanos pero no deseados.

B. Responsabilidad frente al nacimiento de un niño malformado

Al enunciar la jurisprudencia constitucional colombiana la despenalización del aborto "cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida", ha hecho referencia a una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto52, es decir, un evento distinto a lo que en algunos países se estima como aborto eugenésico53. En efecto, en Colombia se autoriza el aborto únicamente en aquella hipótesis en la que el feto probablemente no vivirá debido a una grave malformación y para ello se exige que medie una certificación expedida por el médico, la que debe atender a los estándares éticos de la medicina y ser completo, en el sentido de comprender los dos requisitos exigidos para la configuración de la causal, es decir, la verificación de la existencia de la malformación y la calificación de la misma como incompatible con la vida del feto.En este sentido, se ha estimado que la sola verificación de la existencia de una malformación no es suficiente para la activación de esta causal de atipicidad y tampoco lo es la mera expresión de la voluntad de la mujer para terminar su embarazo, requiriéndose como requisito sine qua non para la configuración de la causal, el concepto médico que indique la inviabilidad del feto.

De este modo, en esta hipótesis de anuencia del aborto en caso de malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina, se considera que el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente porque se trata de una vida inviable y si bien se ha establecido que sancionar penalmente en este evento entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, porque ella tendría que soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable, lo que significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su dignidad, la ausencia de una definición técnica precisa o la indeterminación conceptual respecto de lo que debe entenderse por malformación que haga imposible el ejercicio de la vida54, es quizás la principal barrera que se enfrenta para el adecuado uso de este supuesto.

En efecto, esta causal de aborto abre la discusión respecto de lo que la jurisprudencia colombiana ha entendido como malformación del feto, en la medida que su comportamiento en este evento específico podría estar conduciendo hacia una interpretación más amplia, incluso cercana a lo que se conoce propiamente como aborto eugenésico. Realizando una revisión de los fallos de tutela proferidos en Colombia, se observa una tendencia hacia la autorización de abortos en eventos que no comportan una malformación que haga inviable la vida stricto sensu.De este modo, la inviabilidad de la vida que se plantea como requisito para que opere la excepción no podría entenderse como un criterio que deslegitime la reclamación por responsabilidad, máxime cuando el itinerario de la jurisprudencia hace que se concluya una no aplicación estricta del mismo, o incluso si se quiere, una apertura hacia una excepción en cualquier caso de malformación del feto.

Efectivamente hacen pensar en ese sentido casos como aquel donde la madre solicitó la práctica del aborto con fundamento en la presencia de una hidrocefalea bilateral no comunicante y durante el tiempo que demoró entre una y otra entidad de salud a la que fue remitida luego de varias excusas administrativas, le fue practicada una valoración psiquiátrica que determinó la presencia de un cuadro de afectación emocional secundario y se recomendó,

en consecuencia, la práctica del procedimiento IVE lo más pronto posible, con posterior apoyo psicoterapéutico a la paciente según su necesidad.

En este caso el niño nació y no obstante ello la Corte se pronunció aduciendo que si bien en este evento nunca se había expedido una certificación médica acerca de la inviabilidad del feto y el hecho del nacimiento permitió apreciar que esta causal no se configuraba, sí se había vulnerado el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en la medida que el concepto de la médico psiquiatra respecto de la afectación de la salud mental de la madre que implicaba la necesidad de realizar el procedimiento, aunado al consentimiento de la madre para la realización del mismo, había perfeccionado el derecho fundamental a la IVE; en consecuencia, según el criterio de la Corte, sí se había configurado la causal de peligro para la salud mental de la madre que ameritaba la práctica del procedimiento55.

Así pues, no obstante en el evento se declaró la carencia actual de objeto debido a la imposibilidad de acceder al servicio médico requerido en oportunidad, ya que se dio el nacimiento del niño con la malformación diagnosticada, la Corte procedió a condenar al pago de perjuicios a cargo de la entidad de salud involucrada, en razón a la vulneración del derecho fundamental a la IVE de la que había sido víctima la madre.

Desde esta perspectiva, se afirma que en eventos específicos como el antes descrito estaría operando una subsunción de la causal de procedencia del aborto eugenésico en la causal de aborto terapéutico por afectación a la salud mental de la madre. El hecho que en Colombia se haya despenalizado el aborto cuando la continuación del embarazo constituya peligro no solo para la vida sino también para la salud (física o mental) de la mujer, hace que no se considere a fondo la inviabilidad de la vida del feto malformado como condición para que se autorice el aborto, pues de acuerdo con lo que ha quedado regulado, bastará la certificación de un médico donde conste la afectación de la salud mental de la madre, producida incluso como consecuencia del hecho mismo de considerar traer al mundo un hijo malformado.

En adición a lo anterior, se afirma que teniendo en cuenta que mediante la Ley Estatutaria n. 1751 de 2015 se reconoció el carácter fundamental del Derecho a la Salud, superando la tradicional concepción que lo ubicaba como un derecho conexo al Derecho a la Vida; dicha consagración podría abrir la posibilidad de considerar legítimo el aborto realizado en aquellos eventos de simple presencia de una malformación fetal, sin consideración a la viabilidad o inviabilidad de la vida, pues de la presencia de graves malformaciones del feto se derivan graves peligros para la salud mental de la gestante. Más aún si se considera que de acuerdo con los estudios, la interpretación del concepto "salud mental" varía, abarcando no solo la angustia psicológica que sufre una mujer que ha sido violada, o la angustia psicológica derivada del diagnóstico de grave malformación fetal, sino también, incluso, la angustia mental provocada por circunstancias socioeconómicas56.Todas estas consideraciones y el comportamiento de la jurisprudencia colombiana abren pues la posibilidad de reflexionar si en este país pueda eventualmente preverse el aborto eugenésico camuflado de aborto terapéutico por afectación a la salud mental de la mujer.

C. Responsabilidad por negación o retardo en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo

Varios de los estudios adelantados57 confirman que en Colombia aún se presentan como factores que impiden que la mujer acceda de manera oportuna a los servicios de interrupción voluntaria de embarazo, no solo los juicios y percepciones negativas derivadas del hecho que

el aborto sigue siendo una práctica públicamente censurada, sino además, las propias posturas negativas por parte de las Instituciones de Salud por medio de trabas administrativas y obstáculos burocráticos que implican un ejercicio desbordado de las competencias, lo que ocurre con mayor frecuencia cuando se invoca como causal el riesgo en la salud mental de la mujer o la malformación del feto incompatible con la vida.

Según el citado informe presentado por la organización Guttmacher Institute, los obstáculos para obtener una IVE en las etapas tempra nas del embarazo pueden incrementar los riesgos médicos inherentes, e inevitablemente conducir a barreras aún más grandes, ya que muy pocos médicos están capacitados en técnicas de aborto tardío. Una revisión de los casos reportados indica que los servicios de IVE fueron negados a algunas mujeres por más de una institución. En un caso ampliamente divulgado en el 2007, al menos seis instituciones de salud negaron de manera sucesiva el aborto a una joven de 13 años víctima de violación, siendo forzada a llevar a término su embarazo.Todas estas circunstancias ponen en riesgo la vida y la integridad de la mujer y obstaculizan la IVE, optando la madre por continuar con su embarazo, abriendo con ello la puerta a que se presente el compromiso de eventuales responsabilidades, pues se estima que negar el acceso a servicios de aborto legal a mujeres que califican para recibirlos, es una flagrante violación de sus derechos constitucionales, incluido el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

Los estudios han evidenciado que en Colombia existen tres barreras de tipo recurrente que impiden el ejercicio autónomo de la interrupción del embarazo, a saber: (1) el desconocimiento de los alcances del derecho, principalmente entre las mujeres entre 15 y 19 años pertenecientes a estratos más desfavorecidos; (2) la imposición de requisitos adicionales y prácticas irregulares, incluido el ejercicio inadecuado de la objeción de consciencia, lo que puede constituir una grave amenaza al ejercicio del derecho58 y por último, (3) la deficiencia en la disponibilidad de servicios para la práctica de este procedimiento59.

La legalización del aborto demanda que el Estado disponga de medidas legales y administrativas para hacer efectivo el acceso a las mujeres a los servicios médicos de aborto y salud reproductiva, pues el acceso seguro y oportuno al aborto depende de las políticas públicas que lo regulen, las que deberían considerar los derechos humanos de las mujeres60.Se estima que la imposición arbitraria de requisitos adicionales previos a la práctica del procedimiento, además de constituir una violación de los derechos fundamentales de la mujer, produce un aumento de costos en el sistema de salud y un aumento en los riesgos para la salud de la mujer61.

Casos como aquel donde la práctica del aborto fue rechazada por la institución de salud, no obstante haberse determinado que el feto presentaba serias malformaciones consistentes en "dismorfología por lesión abierta de columna lumbosacra, sin meningocele, asociada ventriculomegalia cerebral y desplazamiento de estructuras hacia la fosa craneal posterior, pie equino varo izquierdo"62, abren también la posibilidad de reclamación por vía de responsabilidad. En efecto, en este evento, la mujer interpuso acción de tutela con el fin de que se le ordenara a la Institución realizar la IVE, acción que finalmente no pudo ser resuelta de fondo, porque en el interregno el hijo nació vivo.

Por otro lado, encontramos eventos como el resuelto en la sentencia T-532 de 2014 donde una mujer solicitó la interrupción del embarazo basada en la causal de afectación de su salud psíquica o mental por considerar que no se encontraba ni psicológica ni económicamente preparada para asumir la maternidad, ya que se encontraba estudiando una carrera profesional

y tenía a su cargo a su hija de 5 años y a su padre de 87 años de edad. En este caso, donde se trataba de un feto sano, el concepto de un psicólogo dictaminó el trastorno emocional de la mujer autorizando de este modo el procedimiento, sin embargo, este no pudo llevarse a cabo pues mientras se encontraba en espera de superar las barreras impuestas, el niño nació.

Del mismo modo se encuentra el caso de una mujer en situación de discapacidad que padeciendo el síndrome de Pradder Willy, fue víctima de acceso carnal violento y quedó embarazada. Su madre solicitó la práctica del aborto y allegó la denuncia penal respectiva.No obstante el cumplimiento de los requisitos para poder acceder al aborto, el médico presentó objeción de consciencia pero omitió remitir de manera inmediata a la paciente a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento. Una vez instaurada la acción de tutela a efecto de lograr la práctica urgente del procedimiento, el juez de primera instancia negó el amparo argumentando que el tiempo de gestación era ya de 22 semanas y el juez de segunda instancia confirmó igualmente, porque el embarazo ya tenía un tiempo de gestación igual a 25 semanas. En sede de revisión la Corte Constitucional consideró procedente pronunciarse sobre el caso aunque hubiera operado la carencia actual de objeto, yendo más allá del reconocimiento del amparo de los derechos sexuales y reproductivos, de la integridad y la libertad de la madre, al condenar a la Institución de Salud y solidariamente al médico que atendió el caso a pagar los perjuicios causados a la madre en condición de discapacidad, por violación de sus derechos fundamentales63.

En casos similares de mujeres en condiciones de discapacidad que siendo víctimas de acceso carnal violento quedan embarazadas y solicitan la práctica del aborto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las instituciones prestadoras del servicio de salud no pueden solicitar requisitos adicionales a la denuncia penal, pues se trataría de requerimientos desproporcionados que significan un desconocimiento de la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 200664. De este modo, se ha reiterado la necesidad de eliminar las barreras que impidan el acceso a los servicios de IVE en los casos y condiciones que se permite y, además, refiriéndose a la especial protección de las personas en situación de discapacidad, se ha reafirmado el deber del Estado de ofrecer una protección especial a estas personas por razón de sus limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales en situación manifiesta de debilidad, pudiéndose equiparar la omisión de este deber a una medida discriminatoria.Finalmente, se señala que cuando se solicite la interrupción del embarazo en mujer discapacitada, la institución de salud no puede poner obstáculos de orden formal ni hacer exigencias irrelevantes o imposibles de cumplir, recordando adicionalmente que la solicitud de IVE puede ser presentada por los padres de la mujer en situación de discapacidad u otra persona que actúe en su nombre, sin más requisitos formales adicionales a la denuncia penal.

Como se observa, estos eventos que involucran no solo la negación del servicio, sino además el retardo en su prestación, configuran una omisión que la jurisprudencia está identificando como fuente de responsabilidad, abriendo paso para que en un futuro inmediato se ponga en ejercicio la acción de responsabilidad a efecto de solicitar además de la indemnización por daño emergente que, dadas las limitaciones de la acción de tutela, es la que reconoce un juez constitucional, la indemnización del daño extrapatrimonial que pueda ser demostrado en el proceso.

En este ámbito resultará de especial consideración la nueva categoría de daño extrapatrimonial, distinto al daño moral y al daño a la salud o a la vida de relación, que desde los últimos años se ha venido reconociendo tanto en la jurisdicción ordinaria (daño por

afectación a derechos personalísimos de relevancia constitucional)65 como en la contencioso-administrativa (daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente protegidos)66, en la medida que, como se ha indicado, en Colombia la interrupción voluntaria del embarazo se ha reconocido como un derecho de carácter fundamental.

Por último, es preciso indicar que hay dos temas sensibles y aun no resueltos en Colombia y que tienen que ver con la indeterminación temporal de las causales establecidas mediante el fallo C-355 de 2006.En efecto, desde la sentencia T-532 de 2014 la Corte instó al Congreso para que expidiera una regulación referente al establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo67. Igualmente, en reciente sentencia T-301 de 2016 la Corte Constitucional exhortó al legislador para que establezca hasta qué semana de gestación se puede interrumpir el embarazo, aspecto que sigue descuidado y omitido por parte del legislador colombiano, pues en ninguna de las excepciones se hace alusión a dicho límite, lo que genera una grave tensión entre los derechos en conflicto, porque la ausencia de dicho límite temporal haría suponer, en principio, que puede practicarse en cualquier tiempo68.

III.- CONCLUSIÓN

El aborto constituye un verdadero drama social en Latinoamérica. En la mayoría de países las leyes son restrictivas y se presentan altos niveles de aborto inseguro, clandestino y en condiciones de riesgo. En la sociedad colombiana, como en la mayoría de los países latinoamericanos, subyacen barreras para el acceso al procedimiento IVE; además, los estudios demuestran que su práctica sigue constituyendo un estigma sociocultural, una experiencia excepcional y un fenómeno marginal.

Aunque la sentencia C-355 de 2006 está todavía vigente, continúa latente la necesidad de mejorar su implementación y asegurar que se respeten las directrices para la prestación de servicios de IVE en los casos excepcionales. Del mismo modo, resulta necesario que la despenalización del aborto venga acompañada de políticas claras de educación sexual y prevención, para evitar que se convierta en una opción anticonceptiva de la mujer.

El tema analizado en el presente artículo representa claramente el dinamismo de la responsabilidad civil que se está acoplando a las nuevas transformaciones socio-culturales derivadas de la despenalización del aborto y constituyen un manifiesto avance del sistema colombiano en materia de expansión de la responsabilidad médica hacia una nueva frontera en la que recién se están edificando sus primeros peldaños.Así, luego de once años, en Colombia se comienza a observar un paulatino direccionamiento hacia la identificación de una obligación indemnizatoria respecto de los daños que se puedan derivar del nacimiento de un hijo.

No obstante, la consolidación de la posibilidad de poder unir el concepto de daño indemnizable al comienzo de la vida, debe ser el producto de un cambio en la mentalidad social. Cambio que puede darse en un contexto de constante ampliación de los límites de la responsabilidad civil y del concepto mismo de perjuicio reparable.

IV.- NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(*) Ph.D. en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa (Italia). Conjuez de la Corte Suprema de Justicia,

investigadora y docente universitaria. Este artículo corresponde al resultado de la investigación adelantada dentro del Grupo "Economía, Derechos y Globalización" del Politécnico Grancolombiano Institución Universitaria. La investigación en mención ha sido financiada por la citada institución. Correo electrónico: tutorias.mfernandez@gmail.com

1 Citado por Flórez, J.D., Sentido y alcance de la protección constitucional a la vida humana del nasciturus frente a la permisibilidad del aborto bajo el imperio de la Constitución Política de Colombia, Editorial Universidad Libre, Socorro, 2011, p. 64.

2 Ibíd, p. 65.

3 Molina, C., El derecho al aborto en Colombia. Parte I: El concepto jurídico de vida humana, Editorial Universidad de Medellín, 2006, p. 58.

4 Molina, C., ob. cit., p. 54. Casagrandi, D. et al., "Algunos aspectos éticos del diagnóstico prenatal, la medicina y terapia fetales", en Revista Cubana Obstet Ginecol, vol. 31, n. 3 (sept-dic. 2005). Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0138-600X2005000300010 script=sci_arttext

5 Flórez, J.D., ob. cit., p. 57.

6 Azerrad, M., Aborto: despenalización o no un debate necesario, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008. López, A., Una conjura contra la vida humana. Recuento histórico sobre el proceso del aborto en Colombia, Magisterio de la Iglesia.Sociedad de San Pablo, Bogotá, 2007, p. 125. Recuérdese que según los Cánones 1331 y 1398 la Iglesia católica sanciona el aborto practicado de manera libre y voluntaria con la pena de excomunión automática (excomunión latae sententiae). Esta censura priva de la recepción de la Eucaristía y demás sacramentos, hasta tanto se restablezca la comunión con Dios y con la Iglesia, mediante el arrepentimiento y la absolución sacramental.

7 Molina, C., ob. cit., p. 54.

8 Beltrán, W., Del monopolio católico a la explosión pentecostal. Pluralización religiosa, secularización y cambio social en Colombia, Universidad Nacional, Bogotá, 2013, p. 99.

9 Molina, C., El derecho al aborto en Colombia. Parte II, La despenalización parcial, Editorial Universidad de Medellín, 2010, p. 236.

10 Los datos más actuales muestran que en Colombia de 469 casos de IVE atendidos en el año 2009, se pasó a 2.112 en el año 2015. Datos entregados por el Ministerio de Salud y consultados en bodega SISPRO en julio 15 de 2016.

11 Beltrán, W., ob. cit., p. 99.

12 Viana, A., "Sentencia C-355 de 2006. Resistir y emancipar", en Foro Constitucional Iberoamericano, n. 12, año 2005/2006, p. 164.

13 López Michelsen, A., "Salvar una vida a costa de otra. El aborto con criterio jurídico", en Derecho Colombiano, Año 44, Tomo 93, N° 533, mayo 2006, p. 403.

14 De acuerdo con el derecho civil, la vida del nasciturus está sujeta a la vida como valor, no como derecho, ya que al no formar parte del ordenamiento jurídico, su vida solo puede protegerse como un valor y no como un derecho.

15 Flórez, J., ob. cit., p. 61.

16 Arroyo, L., "Prohibición del aborto y Constitución", en Mir, S. (editor), La despenalización del aborto, Editorial Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983.

17 Procuraduría General de la Nación, "Aborto en circunstancias especiales.Concepto del Procurador General de la Nación", Editor Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, agosto 2006, p. 44.

18 Molina, C., ob. cit., p. 228.

19 De Miguel, I., El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico, Comares, Granada, 2004, p. 73

20 De Miguel, I., ob. cit., p. 133.

21 Corte Constitucional C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001.

22 Arango, M., "¿Es ética la ley que penaliza el aborto en Colombia?", Tesis, Editorial Universidad de Medellín, 1999.

23 Busnelli, F., "Bioética y responsabilidad civil: enfoque multicultural", en Advocatus, 13, 2005 II, p. 11. Ferrer, J. y Álvarez, J., "Bioética angloamericana y bioética mediterránea: consideraciones preliminares de cara a un futuro estudio comparativo", en Latinamerican Journal of Bioethics, January, edition 6, 2004, p. 38.

24 Corte Constitucional T-627 de 2012.

25 Procuraduría General de la Nación, ob. cit., p. 43.

26 Donoso, C., "Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de Justicia Social", en Acta Bioethica, vol. 22, n. 2, 2016, p. 159. Dides, C., "Aportes al debate sobre el aborto en Chile: derechos, género y bioética", en Acta Bioethica, vol.12, n. 2, 2006, p. 219. Palavecino, A., "Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile", en Polis, vol. 13, n. 38, 2014, p. 521.

27 Escobar, R., "Corte Constitucional. Comunicado de prensa n. 2. Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 relativa al delito de aborto", en Derecho Colombiano, Año 44, Tomo 93, N° 5 33, mayo 2006, p. 409.

28 Procuraduría General de la Nación, ob. cit., p.21.

29 Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CETFDCM).

30 Corte Constitucional T-732 de 2009, T-585 de 2010 y T-841 de 2011.

31 I Conferencia de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Teherán, 1968). Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994).

32 Corte Constitucional T-226 de 2010.

33 Corte Constitucional T-627 de 2012.

34 Corte Constitucional T-585 de 2010 y T-841 de 2011.

35 Corte Constitucional T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-627 de 2012.

36 Basil, M. "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2001, p. 77. Macía, A., "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life", en Revista de Derecho, n. 27, 2007, p. 3.

37 Ley n. 303 del 4 marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud.

38 Corte de Casación, Nov. 17, 2000, Juris-Classeur Périodique, 2000, II, 10438, concl. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas; Dalloz, 2001 Somm. 332, note D. Mazeaud; Dalloz, 2001 Somm. 336, note P. Jourdain. Muriel F-M., "Avortement et responsabilité médical", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2001, p. 285. Basil, M., ob. cit., p. 77.

39 Cyrill, B. y André, G., "Préjudice", en Le Tourneaun Ph. (Coord.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2014. Elizari Urtasun, L., "El daño en las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life", en Derecho y Salud, vol. 19, n. Extra 1, 2010, p. 139. Andrea Ferrario. Il danno da nascita indesiderata, Giuffrè, 2011, p. 19.

40 Busnelli, F., Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario, Grijley, Lima, 2003, p. 422.

41 Pacheco-Jiménez, M., "Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad médica.Documento de Trabajo. Seminario permanente en ciencias sociales", Universidad de Castilla-La Mancha, 2011.

42 Ley n. 194 del 22 mayo de 1978. Sobre la protección social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

43 Ley Orgánica n. 2 del 3 marzo de 2010. Sobre salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo.

44 Ley n. 7517 del 17 enero de 1975. Sobre interrupción voluntaria del embarazo.

45 Decreto n. 2651 del 19 de noviembre de 1991, art. 25. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

46 Corte Constitucional T-821 de 2011 y T-532 de 2014.

47 Macía, A., La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones wrongful birth y wrongful life), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 55.

48 Macía, A., ob. cit., p. 47.

49 Consejo de Estado, Sección Tercera, diciembre 5 de 2016.

50 Prada, Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias, Guttmacher Institute, Nueva York, 2011, p. 36.

51 Corte Constitucional T-821 de 2011.

52 Jaramillo, C., "Derecho Privado", Ibañez — Universidad Javeriana, Tomo IV, Responsabilidad Civil, Volumen 2, Bogotá, 2014, p. 865.

53 Bermeo, E., Aborto eugenésico, diagnóstico prenatal y bioética personalista, Editorial Universidad del Valle, Cali, 2012. González Salvat, R. y González Labrador, I., "Eugenesia y diagnóstico prenatal", en Revista Cubana Obstet Ginecol, vol. 28, n. 2 (mayo-agosto 2002), Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S013 -600X2002000200003&Ing=es

54 Lasso, J. Daños derivados de la vida, ha despenalización parcial del aborto, una nueva fuente de responsabilidad médica extracontractual del Estado, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012.

55 Corte Constitucional T-301 de 2016.

56 Azerrad, M., ob. cit., p. 47.

57 Dalén, A., ha implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, Ediciones Antropos, Bogotá, 2013, p.19; Prada, E., et al., ob. cit.; Chaparro, N., et al., Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Dejusticia, Bogotá, 2013.

58 Corte Constitucional T-388 de 2009.

59 Dalén, A. ob. cit., p. 19.

60 González, A., Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe, Publicación de Naciones U nidas, 2011, p. 30.

61 Dalén, A. ob. cit., p. 20.

62 Corte Constitucional T-959 de 2011.

63 Corte Constitucional T-946 de 2008.

64 Corte Constitucional T-988 de 2007.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, agosto 5 de 2014.

66 Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de febrero de 2013.

67 En similar sentido Corte Constitucional T-821 de 2011.

68 Lasso, J., ob. cit., p. 31.

Bibliografía

Arango, María, "¿Es ética la ley que penaliza el aborto en Colombia?", Tesis, Editorial Universidad de Medellín, 1999. [Links]

Arroyo, Luis, "Prohibición del aborto y Constitución", en Mir, S. (editor), La despenalización del aborto, Editorial Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983. [Links]

Azerrad, Marcos, Aborto: despenalización o no, un debate necesario, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2008. [Links]

Basil, Markesinis. "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2001, p. 77. [Links]

Beltrán, William, Del monopolio católico a la explosión pentecostal. Pluralización religiosa, secularización y cambio social en Colombia, Universidad Nacional, Bogotá, 2013. [Links]

Bermeo, Elias, Aborto eugenésico, diagnóstico prenatal y bioética personalista, Editorial Universidad del Valle, Cali, 2012. [Links]

Busnelli, Francesco, "Bioética y responsabilidad civil: enfoque multicultural", en Advocatus, 13, 2005 II, pp. 11-15. [Links]

Busnelli, Francesco, Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario, Grijley, Lima, 2003. [Links]

Casagrandi, Davide; Zaldivar, Tatiana; Nodarse, Alfredo y Carballo, Sergio, "Algunos aspectos éticos del diagnóstico prenatal, la medicina y terapia fetales", en Revista Cubana Obstet Ginecol, vol. 31, n. 3 (sept-dic. 2005). Disponible en:http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0138-600X2005000300 10&script=sci_arttext [Links] Chaparro, Nina; García, Catherine; Guzmán, Diana; Rojas Silvia & Sandoval, Nathalia, Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Dejusticia, Bogotá, 2013. [Links]

Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de febrero de 2013.

Consejo de Estado, Sección Tercera, diciembre 5 de 2016.

Corte Constitucional C-013 de 1997.

Corte Constitucional C-133 de 1994.

Corte Constitucional C-355 de 2006.

Corte Constitucional C-647 de 2001.

Corte Constitucional T-226 de 2010.

Corte Constitucional T-301 de 2016.

Corte Constitucional T-388 de 2009.

Corte Constitucional T-532 de 2014.

Corte Constitucional T-585 de 2010.

Corte Constitucional T-585 de 2010.

Corte Constitucional T-627 de 2012.

Corte Constitucional T-732 de 2009.

Corte Constitucional T-821 de 2011.

Corte Constitucional T-841 de 2011.

Corte Constitucional T-946 de 2008.

Corte Constitucional T-959 de 2011.

Corte Constitucional T-988 de 2007

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, agosto 5 de 2014.

Cyrill Bloch y André Giudirelli, "Préjudice", en Le Tourneaun Ph. (Coord.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2014. [Links]

Dalén, Annika, La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, Ediciones Antropos, Bogotá, 2013. [Links]

De Miguel, Íñigo, El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico, Comares, Granada, 2004. [Links]

Dides, Claudia, "Aportes al debate sobre el aborto en Chile: derechos, género y bioética", en Acta Bioethica, vol. 12, n. 2, 2006, 219-229. [Links]

Donoso, Claudia, "Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de Justicia Social", en Acta Bioethica, vol. 22, n. 2, 2016, 159-167. [Links]

Elizari Urtasun, Leyre, "El daño en las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life", en Derecho y Salud, Vol. 19, n. Extra 1, 2010, pp. 139-163. [Links]

Escobar Gil, Rodrigo, "Corte Constitucional. Comunicado de prensa n. 2.Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 relativa al delito de aborto", en Derecho Colombiano, Año 44, Tomo 93, N ° 533, mayo 2006, pp. 408-411. [Links]

Ferrario, Andrea, Il danno da nascita indesiderata, Giuffre, 2011. [Links]

Ferrer, Jorge y Álvarez, Juan, "Bioética angloamericana y bioética mediterránea: consideraciones preliminares de cara a un futuro estudio comparativo", en Latinamerican Journal of Bioethics, January, edition 6, 2004. [Links]

Flórez, Jesús David, Sentido y alcance de la protección constitucional a la vida humana del nasciturus frente a la permisibilidad del aborto bajo el imperio de la Constitución Política de Colombia, Universidad Libre, Socorro, 2011. [Links]

González Salvat, Rosa María y González Labrador, Ignacio, "Eugenesia y diagnóstico prenatal", en Revista Cubana Obstet Ginecol, vol. 28, n. 2 (mayo-agosto 2002), Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S013 -600X2002000200003&Ing=es [Links] González Vélez, Ana Cristina, Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe, Publicación de Naciones Unidas, 2011. [Links]

Jaramillo, Carlos, "Derecho Privado", Ibañez — Universidad Javeriana, Tomo IV, Responsabilidad Civil, Volumen 2, Bogotá, 2014. [Links]

Lasso Urresta, Juan Carlos, Daños derivados de la vida. La despenalización parcial del aborto una nueva fuente de responsabilidad médica extracontractual del Estado, Nueva Jurídica, Bogotá, 2012. [Links]

López Michelsen, Alfonso, "Salvar una vida a costa de otra. El aborto con criterio jurídico", en Derecho Colombiano, Año 44, Tomo 93, N° 533, Mayo 2006. [Links]

López, Alfonso, Una conjura contra la vida humana. Recuento histórico sobre el proceso del aborto en Colombia, Magisterio de la Iglesia. Sociedad de San Pablo, Bogotá, 2007. [Links]

Macía, Andrea, "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life", en Revista de Derecho, n. 27, 2007, pp. 3-37. [Links]

Macía, Andrea, La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones wrongful birth y wrongful life), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.[Links]

Molina, Carlos, El derecho al aborto en Colombia. Parte I: El concepto jurídico de vida humana, Editorial Universidad de Medellín, 2006. [Links]

Molina, Carlos, El derecho al aborto en Colombia. Parte II: La despenalización parcial, Editorial Universidad de Medellín, 2010. [Links]

Muriel Fabre-Magnan, "Avortement et responsabilité médical", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2001, p. 285. [Links]

Pacheco-Jiménez, María, "Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad médica. Documento de Trabajo. Seminario permanente en ciencias sociales", Universidad de Castilla-La Mancha, 2011. [Links]

Palavecino, Adriana, "Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile", en Polis, vol. 13, n. 38, 2014, 521-541. [Links]

Prada, Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias. Guttmacher Institute, Nueva York, 2011. [Links]

Procuraduría General de la Nación, "Aborto en circunstancias especiales. Concepto del Procurador General de la Nación", Editor Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, agosto, 2006. [Links]

Viana Garcés, Andrée, "Sentencia C-355 DE 2006. Resistir y emancipar", en Foro Constitucional Iberoamericano, n. 12, año 2005/2006, pp. 164-191. [Links]

Artículo recibido el 18.10.2016 y aceptado para su publicación el 10.7.2017.