



Título: Rastros de restos serie 13

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***LA LUCHA CONTINÚA: NECESIDAD DE
AMPLIAR LAS CAUSALES
DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO
CUANDO EL EMBARAZO REPRESENTA
UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA
DE LA MUJER Ó SUBSIDIARIAMENTE
INDEMNIZACIÓN PARA ESTA CUANDO
SE LE DAÑA SU PROYECTO DE VIDA
AL IMPONERLE LA MATERNIDAD.****

* Este artículo fue extraído del trabajo de grado presentado y aprobado para obtener el título de abogada denominado “Daño al Proyecto de Vida a causa de un hijo no deseado” en el año 2010.

Fecha de recepción: septiembre 26 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 16 de 2011

**LA LUCHA CONTINÚA: NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES
DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO REPRESENTA
UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DE LA MUJER Ó SUBSIDIARIAMENTE
INDEMNIZACIÓN PARA ESTA CUANDO SE LE DAÑA SU PROYECTO DE VIDA
AL IMPONERLE LA MATERNIDAD.***

*Natalia Zapata Mejía***

RESUMEN

En este artículo se estudiará el tratamiento y la solución jurídica que se deben dar, en el evento en que una mujer habiendo decidido libremente no tener más hijos o simplemente no tener hijo alguno, elige un método de planificación definitivo, como lo es, la ligadura de trompas (tubectomía) y se somete a dicha intervención quirúrgica; la decisión de no ser madre se ve frustrada por una conducta negligente o imperita del médico, lesionando de esta manera la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; alterando las condiciones de existencia y trayendo como consecuencia un sin número de perjuicios materiales e inmateriales, y tal vez, el más importante, pero el cual no se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico y que resulta gravemente lesionado, como lo es, “EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”. Es así, que se plantean dos necesidades, la primera consistente en ampliar las causales de despenalización del aborto, incluyendo una más, tendente a consagrar los casos que se presenten bajo los supuestos enunciados, y la segunda respecto al surgimiento de la obligación de indemnizar por parte del galeno o de la institución médica, el daño generado al proyecto de vida de la mujer cuando por error médico se le impone a esta la maternidad.

Palabras clave: Daño a la persona, daño moral, libertad, libre desarrollo de la personalidad, patriarcado, proyecto de vida, tubectomía.

**CONTINUING STRUGGLE: NEED TO EXPAND THE CAUSES
OF DECRIMINALIZATION OF THE ABORTION WHEN THE PREGNANCY
REPRESENTS DAMAGE TO LIFE PROJECT OF THE WOMAN
OR ALTERNATIVELY INDEMNITY FOR THAT WHEN HER LIFE PROJECT
IS DAMAGE.**

ABSTRACT

This article studies the treatment and the juridical solution that should give, when a woman decides don't have more children, she chooses o method of family planning, like a tubal ligation, and the mother's decision is frustrated by the negligent conduct of the doctor, and this produces restrictions of free development of personality, changes the conditions of existence and producing a lot of material and immaterial damages, the most important and the less use is “damages to the project of life”. There are two needs, the first is expanding the causes of decriminalization of the abortion when happened that, and the second is the indemnity by the doctor or hospital when they commit a mistake in a tubal ligation.

Keywords: Damage to the person, moral damage, freedom, free development of personality, patriarchy, life project, tubectomy.

** Abogada Universidad de Antioquia, año 2010. Correo electrónico nataliazame27@gmail.com

LA LUCHA CONTINÚA: NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO REPRESENTA UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DE LA MUJER Ó SUBSIDIARIAMENTE INDEMNIZACIÓN PARA ESTA CUANDO SE LE DAÑA SU PROYECTO DE VIDA AL IMPONERLE LA MATERNIDAD.

“La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos –madre e hijo– a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana”

*Salvamento de voto sentencia C-133 de 1994
Magistrados: Eduardo Cifuentes Muñoz
Carlos Gaviria Díaz
Alejandro Martínez Caballero*

1. Sobre el daño al proyecto de vida

Aunque en Colombia la figura del daño al proyecto de vida es todavía muy desconocida jurídicamente hablando, desde 1985 este tema se ha venido desarrollando en varios trabajos publicados en libros y en revistas en el Perú¹, abordado y sustentado desde un daño a la libertad fenoménica y ontológica del ser humano. En dichos trabajos se asegura que, “el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su *proyecto de vida*, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a nuestra personal vocación”²; en definitiva es una grave limitación al ejercicio de la libertad.

Gracias a estos importantes aportes sobre el concepto referido, el autor argentino Jorge Mosset Iturraspe, en 1992, en un escrito expresa que, de los trabajos elaborados en el

1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Daño a la Persona en el Código Civil de 1984, en: autores varios. Libro Homenaje a José Barandiarán. Editorial Cultural Cuzco. Lima. 1985.

2 *Ibid.*, p. 164.

Perú se desprende que, “*daño a la persona, en su más honda acepción ... es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona*”³ y además aclara que, cuando se trata de un daño de este talante “*truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación*”⁴.

Es así, como en países como Perú y Argentina se han encargado de estudiar y desarrollar ampliamente el concepto de *daño al proyecto de vida*, hasta el punto de lograr introducir en su legislación interna, específicamente en sus códigos civiles, esta figura y las consecuencias de su vulneración.

Carlos Fernández Sessarego, trece años después, en un ensayo sobre el mismo tema, reitera que el *daño al proyecto de vida* es un componente genérico del *daño a la persona* y en una publicación del Portal de Información y Opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú⁵, desarrolla ampliamente el concepto del *daño al proyecto de vida*, lo describe como un perjuicio que se genera a lo más íntimo del ser humano que lesiona su libertad, perteneciente al concepto general de los perjuicios inmateriales.

Es un perjuicio de carácter inmaterial y que como tal debe ser reconocido e indemnizado, antepone que en virtud de que el proyecto de vida es una manifestación fenoménica ontológica de la libertad del ser humano, es necesario valerse de la filosofía y específicamente de la filosofía existencial que surge en la primera mitad del siglo XX, donde se hace un redescubrimiento de la libertad, en cuanto al ser del hombre. El proyecto de vida es posible por cuanto el ser humano es un ser libre, coexistencial y temporal.

Sessarego comienza por exponer una definición de lo que es el ser humano, partiendo del filósofo Alemán Martín Heidegger, quien presenta al ser humano como un ser temporal. “El proyecto de vida se despliega en el tiempo existencial. A partir del presente y basado en el pasado el ser humano se proyecta constantemente hacia el futuro, el ser humano es tiempo”⁶.

3 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El Valor de la Vida Humana*. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 1992, p. 327.

4 *Ibid.*, p. 328.

5 http://dike.pucp.edu.pe/?ba_fs.htm. Fecha de consulta 23 de agosto de 2009

6 HEIDEGGER, Martín. *El Ser y el Tiempo*. Traducción del alemán José Gaos. Fondo de Cultura Económica. México. 1951, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en: *El Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *En: Derecho Puc.* (Lima), No 56, Dic. 2003, p. 669.

Luego aborda al existencialista Francés Jean Paul Sartre, quien por su parte sostiene que, la existencia individual y única del ser humano se temporaliza como libertad y categóricamente que, “la libertad no es un ser: es el ser del hombre”⁷. El autor precisa que:

[...]El ser humano es tiempo. Constituye un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde este, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto. Si el ser humano es temporal es, también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad. [...] El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los “otros” y con las “cosas” del mundo. [...] El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de hacer según sucesivos proyectos. El proyecto tiene como condición la temporalidad.⁸

Dicha definición le permite al jurista peruano postular que: “como seres libres y temporales estamos condenados a proyectar. El proyecto de vida, por consiguiente, se sustenta en la libertad, en la coexistencialidad y en la temporalidad del ser humano.

El ser humano es un ser coexistencial por cuanto se es *con* los demás, razón por la cual debe vivir en sociedad y servirse de los otros en su propósito de lograr los fines elegidos haciendo uso de su libertad, es por esto que el proyecto de vida se va realizando en la dimensión coexistencial.

Las decisiones adoptadas por el ser humano se traducen en actos o conductas. Sartre nos recuerda, precisamente que, “el acto es la expresión de la libertad”⁹. Las decisiones de las personas están dirigidas a realizar su vida dentro del marco de su proyecto de vida. Las múltiples y permanentes decisiones de las personas, por insignificantes que estas parezcan deben ser respetadas.

Sessarego, refiere que el *daño al proyecto de vida* se ubica dentro del llamado “Daño a la persona” y muestra como en las últimas décadas se ha presentado una fuerte influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, y

7 SARTRE, Jean Paul. El Ser y la Nada. Tomo III. Editorial Iberoamericana. Buenos Aires. 1494. Pág. 20, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en: El Daño al Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Derecho Puc. (Lima), No 56, Dic. 2003, p. 669.

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El tema se vuelve a tratar. Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida. En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, diciembre de 1996. Pág. 47-97.

9 SARTRE, Jean Paul. El ser y la nada. Op. Cit. p. 665.

resalta que, en su ensayo: “El daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984”¹⁰, es donde por primera vez se hace una referencia importante sobre el daño al proyecto de vida.

“El más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación.”¹¹

Además afirma que el ser humano, en tanto ser libre no sólo se proyecta sino que también se ve en la necesidad de valorar, pues para decidir debe elegir, optar por algún proyecto teniendo a la vista el abanico de posibilidades u oportunidades que le brindan las circunstancias, el medio en el cual desarrolla su vivir. Valorar es preferir entre sus opciones, una que para él tiene valor y le otorga sentido a la vida.

Es necesario resaltar, la distinción entre el daño moral y daño a la persona, ya que:

El “daño moral” no es otra cosa que una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y esta, obviamente, es la del daño a la persona. Lo “moral”, quien lo duda, es sólo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano. [...] El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento. [...] El daño a la persona significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana. [...] Debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de daño a la persona. Y es que el daño moral no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico.¹²

Para ampliar esta idea de que el “daño a la persona”, incluye el “daño moral”, pero que no se puede reducir a este último, el doctrinante recuerda las palabras de Mosset Iturraspe, quien sostuvo que,

La reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral. [...] El centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad,

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El daño a la persona en el Código civil de 1984”. Op. Cit. p. 202.

11 Ibid., p.170

12 Ibid., p. 171.

sus virtualidades, sus apetencias.”Dicha definición muestra por sí sola como el concepto de Daño a la persona, cobra una mayor importancia, en el orden jurídico.¹³

Luego de estas precisiones Fernández Sessarego explica cómo debería distinguirse una primera clasificación del “Daño”, según sea el tipo de ente afectado. Donde existe un daño subjetivo, que lesiona al ser humano en sí mismo, y un daño objetivo, que se centra en las cosas del mundo, en el patrimonio del ser humano. Para luego agregar una nueva distinción que se refiere al daño, ya no en función del ente dañado sino en razón de las consecuencias que de él se derivan, ya sea tratándose tanto de la lesión al ser humano mismo como a las cosas que posee.

Dicho autor, establece la primera y básica clasificación de los daños:

Daño subjetivo: es el que agravia o afecta a los seres humanos.

Daño objetivo: es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas.

Luego agrega: “El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al “ser humano”, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al “haber” del sujeto de derecho.”¹⁴

Pasa luego el autor a precisar qué tipo o tipos de consecuencias se derivan de los daños de que ha sido víctima la persona, afirma que además del daño biológico y del daño a la salud, hay un daño que frecuentemente se ignora o se olvida por quienes no logran aún descubrir o concebir la calidad ontológica del ser humano como ser libre y temporal, que se propone fines, los mismos que están contenidos en su proyecto de vida.

Finalmente dicho autor plantea la cuestión: ¿Existe un daño al proyecto de vida?

Para abordar la cuestión, reitera que: “el «proyecto de vida» es posible en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal”¹⁵. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea este mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad, coexistencia y tiempo son por consiguiente, los supuestos existenciales del

13 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El Valor de la Vida Humana*. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 1992, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en: *El Daño al Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *En: Derecho Puc.* (Lima), No 56, Dic. 2003, p. 670.

14 *Ibid.*, p. 176.

15 *Ibid.*, p. 179.

proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal. Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar y precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestro inevitable existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. El vivenciamiento de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. Por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial.¹⁶

Después de estos planteamientos, el autor, expresa que sería lícito preguntarse si fuera posible causar un daño de tal magnitud que frustrase nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. A lo cual da una respuesta afirmativa. Precizando que:

Si bien, el hombre vive proyectándose es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, al menos uno de entre ellos que tiene la característica de su fundamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida.

[...] El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad, es la consecuencia de un daño psicosomático, ya que no es posible dañar “directamente” aquello de lo que se tiene «experiencia» pero que carece de «ubicación» en tanto se trata del ser mismo del hombre. [...] No podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que acarrea consecuencias biológicas -lesiones de todo tipo- y efectos en su salud –es decir, en el bienestar integral, con el daño a la libertad misma del sujeto, el que se traduce en la frustración de su «proyecto de vida».¹⁷

Como está dicho, el daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por lo tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera

16 *Ibíd.*

17 *Ibíd.*, p. 181.

de ser”. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino que se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital.

La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras, en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en qué consiste la vocación personal. Cada ser humano vive «según» y «para» su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una «manera de vivir», en su cardinal modo de existir.¹⁸

Es de anotar que resulta un gran avance jurídico, que el daño al proyecto de vida, entendido como una *limitación al ejercicio de la libertad*, haya sido tema de discusión, análisis y reparación en una Corte de rango Internacional como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Esta circunstancia deja claro que actualmente es totalmente válido hablar de la vulneración del derecho a la libertad y que, como consecuencia de ello debe existir una compensación, que hace parte de los múltiples perjuicios de carácter inmaterial diferente a la reconocida por los denominados perjuicios morales.

Este tribunal de rango internacional ha emitido por lo menos tres sentencias, donde deja por sentado que existe una categoría de daños inmateriales con vida propia, denominado *daño al proyecto de vida*: la del 27 de noviembre de 1998 sobre el caso de “María Elena Loayza Tamayo” contra el Estado Peruano; la de “Los Niños de la Calle” contra el Estado de Guatemala del 26 de mayo de 2001 y la sentencia “Cantoral Benavides” contra el Estado Peruano del 03 de diciembre de 2001.

En la sentencia del caso de “María Elena Loaiza” se trató el tema de reparación de daños ocasionados a María Elena Loayza, quien había sido absuelta del delito de traición a la patria (terrorismo agravado) por la justicia militar peruana, para luego inexplicablemente ser procesada nuevamente por el delito de terrorismo por la justicia común.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce que se violaron garantías jurisdiccionales reconocidas por la Convención Americana de Derechos Humanos,

18 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El tema se vuelve a tratar. Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida. Op. Cit. p. 63.

concretamente el principio del *non bis in idem*. Además reconoce que como consecuencia de esa vulneración se le truncó su proyecto de vida.

Es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico.¹⁹

Por otra parte en la sentencia de los Niños de la Calle contra el Estado de Guatemala, que se trató del brutal asesinato en Guatemala de cinco menores de edad, quedando además otro gravemente herido, al referirse al *daño al proyecto de vida de este la Corte Interamericana expresa que, “la eliminación y reducción de las opciones de vida de estos jóvenes ha limitado objetivamente su libertad y constituyen la pérdida de una valiosa posesión”*²⁰.

Frente al caso “Cantoral Benavides” como lo comprobó este Tribunal supranacional, el señor Luis Alberto Cantoral Benavides, fue sometido a condiciones de reclusión hostiles y restrictivas, siendo torturado y sometido a diferentes tratos crueles, inhumanos y degradantes y esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales. Por lo que la Corte consideró, que los hechos demostrados “[...] ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides” y que, “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo profesional”. Todo esto concluye la Corte “ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida.”²¹

De modo tal que seguir ignorando el proyecto de vida significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empequeñecer el «valor de la vida humana».²²

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Caso María Elena Loayza Tamayo contra el Estado Peruano. Parágrafo 150 de la sentencia.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Caso Los Niños de la Calle contra el Estado de Guatemala. Apartado 86 de la sentencia.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sentencia del 03 de diciembre de 2001. Caso “Cantoral Benavides” contra el Estado Peruano. Punto 60 de la sentencia.

22 Ibid.

2. Despenalización

Bajo el amparo del principio y derecho a la libertad y teniendo en cuenta que sin libertad no hay dignidad, resulta totalmente pertinente y necesario ampliar las causales de despenalización del aborto y agregar una más, en la cual se le dé la opción a la mujer de interrumpir un embarazo que no planeó, que no desea y que trató de impedir a toda costa acudiendo a un método de planificación definitivo –ligadura de trompas–, fundamentando esta causal en el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y en el Daño al Proyecto de Vida que se le ocasionaría en caso de verse obligada a asumir el papel de madre y tener que dejar de lado todos los planes que había hecho para su vida.

Cuando una mujer habiendo tomado una decisión libre y responsable de no tener más hijos o simplemente no tenerlos y ha acudido ante una entidad Hospitalaria para que se le realice un procedimiento quirúrgico “TUBECTOMÍA”, ligadura de trompas – método de planificación definitivo y el más seguro de todos – y este método de planificación le falla y queda embarazada, le debe ser legalmente permitido interrumpir ese embarazo, ya que se le vulneran derechos fundamentales, como el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, los que se traducen en el daño al proyecto de vida.

La libertad de la mujer en nuestro país continúa siendo coartada por discursos morales fruto del sistema de dominación patriarcal. El CUERPO de la mujer sigue siendo custodiado por la sociedad, la iglesia y el Estado, los cuales desconocen la autonomía inherente al ser humano para elegir su proyecto de vida.

El patriarcalismo constituye un modelo de dominación, basado en la subordinación de las mujeres a un sistema de valores económicos, sociales, políticos y culturales, que ha mutado en el tiempo en las formas de manifestarse, pero que continúa intacto en cuanto a las concepciones que sobre el cuerpo, la sexualidad y la privatización del vientre (que se traduce en el trabajo reproductivo y en la maternidad) tienen las diferentes instituciones modernas que hoy le dan vida al Estado y a la sociedad. Por ello parte de las instituciones que sostienen el patriarcado²³ alardean públicamente, que tienen una política de género o que su institución cuenta con herramientas de la perspectiva de género y con esto han logrado instrumentalizar una propuesta de transformación social, en cifras que miden cuantitativamente la igualdad entre los sexos. Pero lo que pocas veces entra a hacer parte del debate de dichas instituciones y mucho menos se expresa con indicadores o herramientas

23 Política sexual ejercida fundamentalmente por el colectivo de los varones sobre el colectivo de las mujeres.

para modificar la situación, es que, el hecho de que las mujeres sean incluidas en el sistema económico actual, es decir el capitalismo y en la prácticas patriarcales del ejercicio del poder, no cambia ni re-significa el imaginario y creencias existentes, sobre el cuerpo, la sexualidad, el goce, la privatización del vientre y el trabajo reproductivo de las mujeres.

Estos hechos dan cuenta de que el patriarcado sigue intacto, porque las condiciones de subordinación en las que se funda este sistema no se han modificado. El cuerpo de las mujeres sigue siendo regido y vigilado por la moral cristiana y por los fundamentos principales del patriarcado, cuya intención es privatizar el cuerpo de la mujer, adjudicándole a esta todo el trabajo reproductivo y dándole una condición de inferioridad en todos los ámbitos de la vida. En la actualidad el capitalismo ha reajustado dichos valores a través de una “libertad mercantil”, y por ende una sexualidad del consumo, que en nada modificó el imaginario social y masculino que considera que la mujer es un objeto que hace parte de los bienes sociales y familiares.

A lo largo de la historia se le ha impuesto a la MUJER cumplir un papel que ha sido determinado por el Estado, la sociedad, la iglesia, la educación, y, por supuesto, por el género masculino y al mismo tiempo se le ha negado participar en la toma de decisiones que tengan que ver con el rumbo de la historia y, peor aún, con el rumbo de su vida misma.

Sin embargo tras largas luchas abanderadas por grandes heroínas, se ha conseguido el reconocimiento de algunos derechos de las mujeres, pero que siguen siendo insuficientes en términos de igualdad con relación a los hombres.

El mundo y su dinámica necesita relaciones de igualdad y el efectivo ejercicio de la libertad, donde lo que prevalezca sea la dignidad humana, sin que la garantía de esta dependa de si se tiene un pene o una vagina, pues, el hecho de tener una u otra cosa no altera la condición de ser humano.

La dignidad humana exige que se respete el derecho a adoptar decisiones que tengan que ver con el ejercicio de la libertad, máxime cuando se trata de definir el rumbo de nuestra vida, de la elaboración de nuestro proyecto de vida en cuanto a la decisión de procrear o dejar de hacerlo.

De conformidad con lo establecido en los distintos tratados internacionales, suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, *el derecho a la libertad nos permite tomar decisiones relativas a la reproducción sin tener que sufrir discriminación, coacciones, ni violencia.*

Es así como el Estado colombiano debe responder a los compromisos adquiridos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y en

la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), respecto a adoptar medidas que garanticen la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos entre ellos, el derecho a la libre opción de la maternidad.

Nuestra Carta Política en su artículo 42 determina que, debido a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, tenemos derecho a determinar si queremos tener hijos y, en caso positivo cuántos y el intervalo entre ellos.

En este orden de ideas queda claro que nuestro ordenamiento jurídico, a través de su máximo instrumento, establece especial protección a la autonomía reproductiva y a libre desarrollo de la personalidad, que a la vez son, expresiones del derecho a la libertad.

De igual manera los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia hacen parte integral de la Constitución con fundamento en el artículo 93 de la misma, conformando el llamado Bloque de Constitucionalidad, y es por esto que los Estados tienen la obligación de respetarlos y hacerlos cumplir.

El Estado colombiano ha ratificado dos convenciones, de carácter internacional, dirigidas a proteger los derechos de la mujer y a erradicar todas las formas de discriminación y violencia que se ejercen sobre ella: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 vigente en Colombia desde 1982 -Ley 51 de 1981-, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer de “Belém do Pará”, que entró a regir en Colombia en 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995.

Dichas Convenciones pretenden cambiar la visión que atribuye el papel de la mujer en la procreación e igualmente modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, condición necesaria para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer.

En desarrollo de estas Convenciones, que hacen parte integrante del bloque de constitucionalidad, según lo ha dispuesto la misma Corte, los Estados se comprometen a adoptar medidas, incluso de carácter legislativo, que eliminen todo uso, práctica, o leyes que establezcan un trato discriminatorio a la mujer, y supone igualmente previsiones que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres en sus derechos y responsabilidades.

De ahí que, los referidos derechos deberían poder ejercitarse bajo cualquier circunstancia y en cualquier momento – antes o después de la concepción - sin que su protección y garantía dependa del valor subjetivo y arbitrario que los legisladores de turno le asignen a la vida, ya sea por sus creencias religiosas, su formación académica, sus vivencias propias o su doble moral.

En términos generales, la imposición de tener un hijo no planeado y no deseado trae como consecuencia la vulneración de los principios fundamentales de libertad, autonomía y derechos fundamentales tales como: la dignidad, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y a la libre determinación.

Vedarle a la mujer la posibilidad de decidir libremente sobre la interrupción de un embarazo atenta de manera directa contra su autonomía para reproducirse o no, ya que la decisión de practicar o no un aborto cualquiera sea la circunstancia, no es más que el ejercicio real de dicha autonomía. No resulta razonable que en el papel se reconozca el derecho a ser libres y a tomar nuestras propias decisiones, pero a la hora de hacer exigible y materializar este derecho se imponga un sin número de limitaciones basadas todas en el subjetivismo del legislador y postulados religiosos (que no concuerdan con el Estado Laico que en teoría somos) que terminan coartando de manera radical la libertad de las mujeres.

La mujer como ser humano, tiene derecho a tomar sus propias decisiones, las cuales deben ser conformes con su proyecto de vida, el cual es elaborado por cada una, con base en unas circunstancias pasadas y presentes, teniendo en cuenta que cada decisión que se tome en el presente tendrá incidencia en el futuro. Cada decisión dependerá de sus gustos, de sus sueños, de su educación, de sus condiciones de vida actuales, de sus vivencias, de sus creencias, de sus costumbres y en general de su manera de visionar el mundo.

Por ningún motivo se puede obligar a una mujer a tomar una decisión que vaya en contra de sus planes, máxime cuando la mujer ha hecho todo cuanto estaba en sus manos para llevar a cabo su proyecto de vida, y es por esto que, ni el Estado, a través de su falsa democratización, ni la sociedad, ni la iglesia con su discurso moralista e inmenso poder, ni nadie puede interferir en el derecho de la mujer a tomar sus propias decisiones, sobre su cuerpo y sobre su autonomía reproductiva, decisiones propias de la esfera de cada mujer. Es por esta razón que resulta totalmente desdeñable el hecho de que el Estado, a través de la amenaza de una pena privativa de la libertad, le imponga a una mujer la condición de ser madre.

El derecho a la libertad y la igualdad de las mujeres no son derechos negociables, no son transables, no son pactables, ni siquiera son discutibles cuando se trata del proyecto de vida, no se pueden llevar a una mesa para que los hombres deliberen acerca de su materialización y sean éstos los que decidan si una mujer debe o no tener un hijo, el cual finalmente será responsabilidad suya y tendrá total y permanente injerencia en su vida, pues estadísticamente se ha mostrado que para los hombres la paternidad resulta ser algo opcional, que a lo sumo afecta su bolsillo y sus fines de semana cada quince días y en cambio para las mujeres no hay opción.

El Defensor del Pueblo en su intervención en la sentencia C-355 de 2006 se refiere al tema de la desigualdad entre hombres y mujeres, así:

Para demostrar aún más la diferencia injustificada de trato legal que comporta la penalización del aborto, cabe señalar que la legislación actual en Colombia sólo prevé el tipo penal de la inasistencia alimentaria para el padre renuente, tipo que, no sobra advertir, tampoco se califica según el género del eventual autor y que más bien recoge un lenguaje incluyente.

De esta manera el ordenamiento jurídico colombiano no establece un trato igual al impartido a las mujeres en el ámbito penal, al hombre que no desea asumir sus responsabilidades en relación con la concepción de la que fue partícipe.²⁴

El tipo penal del aborto, sólo sanciona a la mujer como si se radicara sólo en ella la responsabilidad de la procreación e implícitamente avala la irresponsabilidad del hombre, con lo cual reduce a la mujer a su función de procreación y la cataloga como criminal si llega a abortar, mientras que el hombre que no asume la paternidad, es tan solo un irresponsable.

La Corte Constitucional a través de un salvamento de voto hecho por varios magistrados en la sentencia C-133 de 1994, se ha pronunciado al respecto

Por otra parte, el embarazo y la maternidad inciden profundamente en la identidad de la mujer. Existe una poderosa creencia de que ser madre es natural y deseado y el renunciar a serlo supone una egoísta negación del instinto. No obstante, los estereotipos culturales han cambiado diametralmente con la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, por lo que igualmente debe aceptarse que ella goza de un derecho a la autodeterminación procreativa²⁵.

Cuando se penaliza el aborto se viola el principio constitucional de la dignidad de la mujer, ya que a través de una amenaza penal, se le impone llevar a cabo un proyecto de vida no deseado y con ello, inevitablemente se cosifica e identifica como vientre desligado de la conciencia, sin saber que el derecho a la vida digna de cada mujer se garantiza en la medida en que, de conformidad con su personalísimo proyecto de vida puede optar libremente por tomar sus propias decisiones como continuar o dar por terminado un embarazo no planeado y no deseado.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 del 10 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araujo Reintería.

25 Corte Constitucional. Salvamento de Voto sentencia C-133 de 1994. Magistrados Ponentes Dr. Carlos Gaviria Díaz y otros.

Un hijo no planeado y no deseado indiscutiblemente puede resultar siendo un daño o perjuicio, no sólo para la madre y para el hijo sino también para la misma sociedad.

Para la madre, porque le toca engendrar y criar a un hijo debido a una imposición legal, como si las leyes por sí solas tuvieran la capacidad de brindarle amor y protección real (al hijo) y en general de satisfacerle todas sus necesidades, desde las afectivas y emocionales hasta las económicas. A La mujer que no tenía dentro de sus planes ni cercanos ni lejanos la idea de ser madre, le toca modificar su proyecto de vida y acomodarse a otro que le significa un giro de ciento ochenta grados y renunciar en gran parte a la posibilidad de ser feliz; si se tiene que la felicidad no es otra cosa que el disfrute de unas condiciones que elegimos libremente, no es cierto que una mujer se realice cuando es madre, una mujer se realiza cuando tiene la posibilidad de hacer y de SER lo que ha elegido.

Para el hijo, pues el hecho de que este sea fruto de una obligación, de entrada le está restando la posibilidad de sentir el afecto y alegría que su madre podría sentir por su estadía en el mundo, además porque puede que una mujer desde su sentir desee ser madre y tenga una infinita capacidad de brindarle amor, pero que, debido a sus condiciones socioeconómicas, sea consciente de que no cuenta con los elementos necesarios para proporcionarle las cosas materiales que hacen posible la existencia de un ser humano.

Y finalmente un perjuicio para la sociedad, toda vez que un hijo que no cuente con el amor y unas condiciones afectivas óptimas y que no tenga siquiera sus necesidades básicas satisfechas, difícilmente podrá ser un individuo que le aporte aspectos positivos a la sociedad, sino que, por el contrario, bajo esas circunstancias lo más probable es que termine engrosando las filas de los innumerable pobres que día a día se ven en la penosa obligación de incurrir en algún acto delictivo para poder sobrevivir.

Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad es la atribución que tiene toda persona frente a la posibilidad de decidir libremente, sin injerencias de ningún tipo; es por esto que cuando una mujer ejercita su libertad en sentido negativo, en cuanto a su procreación, y trata por todos los medios de conseguir el fin propuesto - no tener más hijos (o no tener hijo alguno) -, esta decisión debe tener prevalencia frente a cualquier valoración subjetiva, así sea de carácter legal, pues, el proyecto de vida debe ser protegido y respetado por la misma ley y por ningún motivo se puede permitir que la conducta negligente de un médico frustre la decisión adoptada y lesione el derecho a la libertad.

Es de anotar que cuando nos referimos a “medios” se hace alusión a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo, nuestra psique

y las cosas del mundo, teniendo en cuenta que todo ello en una u otra medida contribuye a la realización o frustración del proyecto de vida.

Cuando el legislador, no tiene en cuenta el proyecto de vida, fundado en el derecho a la libertad, que elabora una mujer con respecto a la procreación, infaliblemente la somete a soportar una pesada carga; ya sea a través de la judicialización penal, (cuando esta opta por la interrupción voluntaria del embarazo) ó a través de la imposición de la condición de ser madre.

La obligación de tener un hijo no implica la mera decisión de engendrarlo por un período de nueve meses en el vientre de la madres, implica además una serie de cargas y responsabilidades económicas, sociales y psicológicas, que afectan la integridad y la vida de la mujer, que indefectiblemente modifican las condiciones de su existencia.

La intromisión estatal (la falsa moral) que obliga mediante la penalización absoluta del aborto a una mujer a soportar la responsabilidad de un embarazo no planeado y en consecuencia frustrar su Proyecto de Vida, desborda las obligaciones que deben soportar los ciudadanos libres, autónomos y dignos en un Estado Social de Derecho como el colombiano, que consagra como uno de sus principios rectores el derecho a La Libertad.

En el salvamento de voto de la sentencia C-133 de 1994 varios Magistrados, entre ellos el Dr. Carlos Gaviria Díaz, expusieron sus razones por las cuales estaban en total desacuerdo con la penalización del aborto:

En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo –mediante la penalización del aborto–, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado.

La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa²⁶.

Judicializar a una mujer que ha ejercitado su libertad en sentido negativo en lo concerniente a la procreación, evidencia una total desproporción, en relación con la penalización que debe soportar la mujer que aborta, aún en el caso en que

26 Ibid.

un hijo signifique una frustración a su proyecto de vida y una alteración en las condiciones de su existencia a pesar de haber sido responsable y consecuente con su proyecto al elegir un método de planificación definitivo.

No puede el Estado solucionar de una manera tan olímpica y tan drástica como es la sanción penal, el ejercicio de la libertad de las mujeres, reflejado en la decisión de interrumpir voluntariamente un embarazo no planeado, no deseado y el cual se trató de evitar a través de la ligadura de trompas.

No resulta consecuente que un Estado venga a exigirle a la ciudadanía que actúe de determinada forma, cuando este se queda corto a la hora de contribuir con su bienestar, en otras palabras un Estado que no se hace presente para ayudar, pero sí para castigar.

Es totalmente indeseable que un Estado como el colombiano, que se caracteriza por su ausencia en materia de inversión social en educación, empleo, vivienda, salud, alimentación, se haga presente y con mano dura para castigar y sancionar a quienes toman decisiones contrarias a sus preceptos legales -pero coherentes con su proyecto de vida y sus posibilidades-, máxime cuando este no cumple con sus deberes estatales de garantía y protección de los derechos fundamentales y establecimiento de las condiciones sociales y económicas para que todos vivamos en condiciones dignas.

En este orden de ideas, se tiene que la decisión de la procreación es una decisión que tiene todo que ver con el proyecto de vida de una mujer, pues, no se puede ser madre sin que se alteren todos los planes previstos para la vida de una mujer.

Como bien lo dice Sartre en su escrito “El Existencialismo es un Humanismo”²⁷ la libertad hace posible la elección, y por tanto, la realización del individuo.

Establecer una limitación al derecho fundamental de autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en particular a que esta decida si desea ser madre o no, y obligarla a ser madre luego de un embarazo no planeado y no deseado, el cual es fruto de una negligencia médica o una indebida información, la obliga a modificar todo su proyecto de vida y además no guarda consonancia con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho como el que todavía en teoría somos.

Si bien es cierto, que se viene avanzando en materia de reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres, tampoco es menos cierto que la

27 SARTRE, Jean Paul. El Existencialismo es un Humanismo. 8ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México; 1980. 121.p.

sociedad y el legislador siguen en deuda con ellas, ya que a lo largo de la historia se le ha coartado su libertad, incluso frente a sus propias decisiones, siendo otros los que toman las decisiones que sólo a ella le atañen y que tienen total injerencia en su vida.

En consonancia con la sentencia C-355 de 2006 y especialmente con el concepto esgrimido por el Procurador General de la Nación en la misma, **el respeto a la dignidad humana es el fundamento principal del Estado Social de Derecho y sin libertad no hay dignidad.**

Sin libertad, esto es, sin la posibilidad de optar por la clase de vida que más y mejor se avenga con la concepción de mundo profesada, no hay dignidad humana, puesto que sin el ejercicio autónomo de la voluntad para pensar y actuar en la vida, el hombre piensa y actúa bajo el imperativo de condicionamientos ajenos, que lo convierte en medio para que los demás realicen sus designios y sea el instrumento de fuerzas extrañas a él. En este punto, se produce la concurrencia inseparable entre la dignidad humana y la libertad, toda vez que sin la existencia de esta, el ser humano será inexorablemente instrumentalizado.

Es, precisamente, a partir de la crítica radical a la relación social distintiva del medioevo, la dependencia personal, como se construye el ideal libertario del hombre moderno, de acuerdo con el cual la criatura humana es un ser dotado de voluntad para decidir sobre su propio destino, sin que condicionamientos extraños a la autonomía de esa voluntad tales como el nacimiento, el status, la voluntad divina, entre otros, predeterminen su existencia.

Es así que, cuando la vida del ser humano no está garantizada y regulada bajo la protección del principio de la dignidad humana, es inevitable quedar expuestos a la instrumentalización de la existencia y, consecuentemente, se reduce a este a la degradante condición de una cosa, de la cual se sirven o sobre la cual deciden los demás.²⁸

Es por esto que, bajo el amparo del principio y derecho a la libertad y teniendo en cuenta que sin libertad no hay dignidad, resulta totalmente pertinente y necesario ampliar las causales de despenalización del aborto y agregar una más, en la cual se le dé la opción a la mujer de interrumpir un embarazo que no planeó, que no desea y que trató de impedir a toda costa acudiendo a un método de planificación definitivo –ligadura de trompas–, fundamentando esta causal en todos los argumentos antes mencionados, que se resumen en el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y en el Daño al Proyecto de Vida que se le ocasionaría en

28 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. Op. Cit.

caso de verse obligada a asumir el papel de madre y tener que dejar de lado todos los planes que había hecho para su vida.

Cuando una mujer habiendo tomado una decisión libre y responsable de no tener más hijos o simplemente no tenerlos y ha acudido ante una entidad Hospitalaria a cargo del Estado para que le realice un procedimiento quirúrgico “TUBECTOMÍA”, ligadura de trompas – método de planificación definitivo y el más seguro de todos – y este método de planificación le falla y queda embarazada, le debe ser legalmente permitido interrumpir ese embarazo, ya que además de violarle, como bien es sabido, un sin número de derechos fundamentales, también le vulnera unos derechos no menos importantes como son el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, que se traducen en el daño al proyecto de vida.

*“La mujer decide, el Estado garantiza
y la sociedad respeta”*

Anónimo

3. La imputación de responsabilidad por el daño al proyecto de vida

Si bien es cierto que el tema de la responsabilidad civil es una figura que tiene un reconocimiento legal en el ordenamiento jurídico colombiano y, además, se especializa en muchos casos concretos que obedecen a la realidad, no es menos cierto que hasta el momento no se ha considerado que cuando una intervención quirúrgica de ligadura de trompas –Tubectomía– resulta ineficaz, en una mujer que libremente ha decidido no tener más hijos o simplemente no tenerlos, pueden concurrir los elementos necesarios _ hecho, daño y nexos de causalidad_ para imputar una responsabilidad civil por parte del equipo médico que tuvo a su cargo la intervención quirúrgica.

La legislación colombiana dentro del Código Civil contempla y describe los elementos que conforman la responsabilidad civil, que son: el hecho, el daño y el nexos de causalidad, los cuales nos permiten adecuar su teoría para el caso específico de este ensayo.

La libertad y el libre desarrollo de la personalidad son derechos reconocidos constitucional y legalmente, y son precisamente éstos en los cuales se sustentan los derechos sexuales y reproductivos, derechos que nos permiten elegir libremente si queremos tener hijos, el número de ellos y el intervalo entre éstos.

Es por esto, que cuando una mujer encuentra truncado y frustrado su proyecto de vida como consecuencia de una negligencia médica y se le impone la condición

de ser madre, se le está lesionando uno de sus derechos más preciados como es la *libertad* y consecencialmente el libre desarrollo de la personalidad.

Teniendo en cuenta que todo daño debe ser reparado, es totalmente racional y posible hacer uso de los elementos de la responsabilidad civil para pedir una indemnización por el daño al proyecto de vida a causa de un hijo no previsto.

De la definición del concepto de responsabilidad civil, del profesor Javier Tamayo Jaramillo: "... es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita ha producido a terceros"²⁹, se tiene que, si debido a una negligencia médica o una indebida información, una mujer llegare a resultar embarazada después de realizarse una ligadura de trompas – método de planificación familiar definitivo - se le ocasionaría un daño, que no es otro que encontrar frustrado su **PROYECTO DE VIDA** al verse en la obligación de dar a luz un hijo que ella no tenía previsto, lesionando de manera directa su libertad y obligándola a reorganizar toda su existencia de acuerdo a esta nueva condición.

Para el caso concreto, se tiene que el hecho, es la negligencia médica o la indebida información a la paciente, que trae como consecuencia un embarazo producto de una ligadura de trompas fallida.

La determinación del nexo de causalidad no plantea problemas extraordinarios en los casos en que el fallo de la operación de ligadura de trompas se debe a una negligencia médica en la práctica de la intervención. En todos esos casos, la práctica diligente de la esterilización habría impedido con toda probabilidad el embarazo, ya que -según se afirma- el porcentaje de fracasos no suele superar el 1%.³⁰

El otro elemento de la responsabilidad civil, consiste en el daño que se ocasiona al proyecto de vida que libremente se había elegido, creando una carga que la afectada que en el curso natural de los hechos no estaría obligada a soportar.

El daño indemnizable, no es otro que la lesión al proyecto de vida, visto como una manifestación de la libertad de procrear y de elegir libremente, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad

29 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil Tomo I. Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 12.

30 "En el caso de ligaduras de trompas, la jurisprudencia española habla de una posibilidad de fracaso de entre un 0,1 a un 0,3% (concretamente, la STS 27.6.1997, Ar. 5758) habla de un 1 a un 2 por 1000). Otras sentencias hablan de un 0,5% (STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887), o del 0,4% (STSJ Cantabria 11.7.1997, AS 1997\2424). En la literatura especializada se habla de una ratio de fracaso del 0.1. (Dutt / Matthews, 2000, p. 139)". CASALS, Miquel Martín – SOLÉ FELIU, Josep. "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos". InDret. Girona (03/2011). En: http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf. Fecha de consulta 23 de abril de 2011.

El daño se relaciona con la frustración de una “decisión de no tener hijos adoptada en ejercicio del derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad”.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la institución de la responsabilidad civil, es precisamente el resarcimiento de los daños producidos, la indemnización del daño a su proyecto de vida, derivado de la frustración a un proyecto de vida libremente escogido (no tener hijos), debe ser reparado por quien lo ocasionó.

Conclusiones

1. La libertad es el derecho más deseable, pues aunque no es este precisamente un derecho que nos permite estar vivos en sentido estricto, para los seres que amamos la libertad si es el que nos brinda la esperanza de estarlo y lo más importante se convierte en la utopía, pero en la utopía en sentido positivo, es decir en el faro que ilumina nuestro sendero para seguir avanzando a pesar de la oscuridad.
2. El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino que se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aun más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital.
3. La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en qué consiste la vocación personal. Cada ser humano vive «según» y «para» su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una «manera de vivir», en su cardinal modo de existir.
4. Un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan

a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud.”

5. Dar a luz un hijo no previsto, se constituye innegablemente en un daño al proyecto de vida de la mujer que decidió libremente no tener hijos y como tal debe ser indemnizado.
6. Seguir ignorando la posibilidad del daño al proyecto de vida significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empequeñecer el «valor de la vida humana».

Bibliografía

Textos consultados y citados

Libros

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** El Daño a la Persona en el Código Civil de 1984, en: autores varios. Libro Homenaje a José Barandiarán. Editorial Cultural Cuzco. Lima. 1985, 279. p.
- HEIDEGGER, Martín.** El Ser y el Tiempo. Traducción del alemán José Gaos. Fondo de Cultura Económica. México. 1951, 478. p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge.** El Valor de la Vida Humana. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 1992, 379. p.
- SARTRE, Jean Paul.** El Ser y la Nada. Editorial Iberoamericana. Buenos Aires. 1948. 775. p.
----- El Existencialismo es un Humanismo. 8ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México; 1980. 121. p.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier.** De la Responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial Temis S.A. 1999, 415. p.

Revistas

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** El Daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Buenos Aires (julio –agosto, 2000); 659 -700. p.

----- El tema se vuelve a tratar en. Nuevas reflexiones sobre el **daño al proyecto de vida**. *Derecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, diciembre de 1996, 45 -96.

Sentencias

Corte Constitucional. Salvamento de Voto sentencia C-133 de 1994. Magistrados Ponentes Dr. Carlos Gaviria Díaz y otros

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 del 10 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

Páginas de internet

http://dike.pucp.edu.pe/?ba_fs.htm. Fecha de consulta 23 de agosto de 2009

http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf. Fecha de consulta 23 de abril de 2011.