

Olaya, Mercedes; Hernández, Judy; Rosero, Yackeline; Mendoza, Daniel; Martínez, Darío
IMPLICACIONES MÉDICAS Y LEGALES DE LA CERTIFICACIÓN DE "NACIDO VIVO" EN
COLOMBIA

Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, vol. 62, núm. 3, julio-septiembre, 2011, pp. 244-249
Federación Colombiana de Asociaciones de Obstetricia y Ginecología
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=195222509005>



IMPLICACIONES MÉDICAS Y LEGALES DE LA CERTIFICACIÓN DE “NACIDO VIVO” EN COLOMBIA

Medical and legal implications of a “live birth” certificate in Colombia

Mercedes Olaya, M.D., Judy Hernández**, Yackeline Rosero**, Daniel Mendoza***,
Darío Martínez, Ph.D.*****

Recibido: mayo 2/11 – Aceptado: septiembre 29/11

RESUMEN

En Colombia se han dado pasos importantes en el abordaje y manejo de los fetos, embriones y recién nacidos fallecidos, no obstante se requiere mayor difusión de las normas y conceptos existentes, además de implementar algunas medidas faltantes. Es necesario hacer claridad sobre los conceptos ya que las implicaciones legales de la certificación de un niño(a) nacido(a) vivo(a), son muy significativas para los pacientes, las familias, las instituciones y la sociedad. El objetivo del presente documento es hacer una reflexión de los aspectos médicos y legales relevantes acerca del tema.

Palabras clave: nacido vivo, nacido muerto.

SUMMARY

Important steps have been made in Colombia regarding the approach to and handling of fetuses, embryos and the newborn born dead; however, there is still a need for making existing standards

and concepts more widely known and implementing those which are lacking. Greater clarity is needed concerning the pertinent concepts since the legal implications of certifying a child born alive are very significant for patients, families, institutions and society. The present document was aimed at reflecting on the relevant medical and legal aspects concerning the topic.

Key words: live birth, born dead.

INTRODUCCIÓN

Las relevantes implicaciones que tiene certificar que un neonato nació vivo o muerto, hace necesario difundir las normas vigentes y abolir los numerosos mitos que a diario influyen en el manejo que se les da a estos pacientes en las instituciones prestadoras de salud. Varias ramas del derecho tienen sus indicaciones para estos casos porque el tema sigue siendo de interés y de permanente actualidad para los médicos que atienden nacimientos. Los dilemas filosóficos y morales que rodean a los médicos, incluso, los dilemas administrativos y sanitarios, hacen de esta problemática un campo de desarrollo de constante utilidad. Por tal razón, el objetivo de este documento es hacer una reflexión de los aspectos médicos y legales relevantes acerca del tema.

* Profesora asistente, Médico Patólogo, Patología Pediátrica Perinatal, Pontificia Universidad Javeriana, Hospital Universitario San Ignacio. Bogotá (Colombia). Correo electrónico: olaya.m@javeriana.edu.co

** Residentes de segundo año de Medicina Forense, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá (Colombia).

*** Abogado especializado en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Bogotá (Colombia).

**** Doctor en Filosofía. Profesor Asociado de la Facultad de Teología, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (Colombia).

ESTADO DEL ARTE

Por mucho tiempo los fetos han sido considerados como una parte de la mujer embarazada, sin embargo, ahora se están transformando en pacientes independientes, de tal suerte que se ha hecho necesario crear subespecializaciones médicas para atender cada una de sus necesidades, es así como existen expertos en medicina fetal, medicina materno fetal, neonatología, ecografía fetal, cardiología fetal, cirugía fetal, patología fetal, entre otros.

Los padres también juegan un papel crucial dentro de este campo, debido al creciente interés que ha despertado en ellos conocer el estado de los hijos que están por nacer y de aquellos que mueren antes de venir al mundo, además de las causas de la muerte, el pronóstico, la incidencia y los factores que pueden influir en próximas gestaciones suyas o de su familia. Es así como han pasado del antiguo concepto de “pérdida” o “aborto” a “hijo fallecido”.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define “nacido vivo” como “la expulsión o extracción completa de un producto de la concepción del cuerpo de la madre, independientemente de la duración del embarazo, que, después de dicha separación, respire o dé cualquier otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento apreciable de los músculos voluntarios, tanto si se ha cortado o no el cordón umbilical o la placenta permanezca o no unida. Cada producto de un nacimiento que reúna esas condiciones se considera un “nacido vivo”.¹ Tal definición ha sido adoptada plenamente por el DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia).²

Tanto la legislación colombiana como la normatividad internacional son claras al definir el concepto de muerte fetal, definida como: “muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo; la muerte está indicada por el hecho de que después de la separación, el feto no respira

ni da ninguna otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria”;³ lo cual indica que no hay ni un peso mínimo ni un determinado número de semanas de gestación alcanzadas, como requisito previo para emitir un certificado de defunción y/o para entregar el cuerpo a la familia. Así mismo, sin importar la edad gestacional, si se nace vivo (de acuerdo a la definición de la OMS) se emitirá el certificado de “nacido vivo”, aun cuando minutos u horas después haya que emitir un certificado de defunción para el mismo individuo; de esta manera, sin importar la edad gestacional, si se nace vivo se obtiene el estatus de “persona” ante la ley.

El concepto jurídico de persona varía sustancialmente en los diferentes países y su definición se contempla de acuerdo a cada código civil. En Argentina y Perú, por ejemplo, se es persona desde el momento mismo de la concepción, otorgándole así al feto desde su vida intrauterina todos sus derechos legales y por lo tanto es llamado “persona por nacer”; sin embargo, en otros países como México, se es persona desde que se nace y sólo si logra vivir mínimo 24 horas después del nacimiento, este mismo criterio de tiempo mantiene España, pero en este país adicionalmente debe tener figura humana.

Colombia adopta una posición intermedia, pues desde el punto de vista jurídico, se es persona cuando se es declarado “nacido vivo”.⁴ El código civil colombiano manifiesta “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, y por otra parte, “la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. Aunque parezca contradictorio que a alguien que nace muerto y por lo tanto ante el código, “no ha existido jamás”, debe expedírselle certificado de defunción; se entiende sin embargo, como un proceso en donde el tal documento tiene fines

estrictamente estadísticos y cuyos datos aportados acerca de la mortalidad neonatal son importantes para conocer el estado de salud de un país.

A pesar de la información disponible sobre el concepto de “nacido vivo” en el mundo y en nuestro país, en las instituciones de salud han surgido factores de confusión como las diversas y erróneas determinaciones de peso y/o edad para definir cuándo entregar un cuerpo fetal a los padres según su edad gestacional, a quién expedir certificado de defunción y a quién no, entre otras. Fácilmente se puede esclarecer esta duda al leer las instrucciones del DANE para diligenciar el certificado de defunción, donde se indica qué es la “muerte fetal”, de acuerdo a la definición antes provista, esta definición hace parte de las normas e instrucciones emitidas por el DANE sobre la codificación de la mortalidad fetal y neonatal.² Desde que se reconozca al embrión se debe diligenciar el certificado de defunción, sin importar la edad gestacional, ni el peso; además los padres pueden llevarse a su hijo, tras haber gestionado el trámite del permiso de inhumación o cremación ante las Secretarías de Salud, para la disposición final deseada. Otro factor que ha contribuido a la confusión existente, es el concepto de viabilidad. La *American Heart Association*⁵ ha adoptado los siguientes criterios de inviabilidad o “no reanimación”:

- Edad gestacional menor de 23 semanas.
- Peso menor de 400 g.
- Anencefalia.
- Trisomía 18 confirmada.
- Trisomía 13 confirmada.

No obstante, aunque se sabe que no es adecuado reanimar a un recién nacido con algunas de estas condiciones, no significa que no se declare como “nacido vivo”. Otro concepto relacionado pero diferente, es la escala APGAR, una herramienta que permite una valoración del bienestar del recién nacido. Su acrónimo **A**pariencia, **P**ulso, **G**esticulación, **A**ctividad, **R**espiración provienen del apellido de la doctora Virginia Apgar, su creadora. Cada una de

estas valoraciones, APGAR, viabilidad y condiciones de “nacido vivo” tienen una utilidad diferente y cada una debe realizarse de manera independientemente.

Dado lo anterior, es de vital importancia que en los partos intra institucionales quede el registro de si un bebe nació vivo o no, el tiempo que permaneció con vida (es decir la edad a la que murió minutos, horas, días, etc), la hora del fallecimiento, además del APGAR y en el caso de tener criterios de “no reanimación”, definir cuales fueron. Por ejemplo, un pediatra debe consignar que un niño con trisomía 13 confirmada nació vivo, que vivió por 15 minutos pero no se reanimó por su patología de base que figura dentro de los criterios de no reanimación, y que su APGAR fue de 4/ 4/ 3 al minuto, 5 y 10 minutos, respectivamente. Cada uno de estos datos tiene importancia médica, pero además tiene fines legales y hace parte de la historia clínica como documento privado, sometido a reserva.

Para varias áreas del derecho, estos datos de “vida” y “muerte”, son de crucial importancia así como los documentos que los acompañan además de la historia clínica: El Registro Civil de Nacimiento es el único documento público que legalmente prueba la existencia de una persona.⁶ El tener este documento y hacerse persona natural en Colombia genera así mismo el inicio de algunos derechos civiles, como el derecho a heredar. Así, una mujer embarazada que está involucrada en un accidente automovilístico, y que tiene un parto pretérmino subsecuente, si tiene un hijo vivo, sin importar el tiempo que viva o las semanas de edad gestacional, éste se hace persona y requiere que se le asigne un nombre y es capaz de heredar; si él muriera, la madre pasa a ser la heredera de su hijo.

Para el derecho laboral hay también implicaciones, ya que si un niño es declarado “nacido vivo”, la madre inicia su período de licencia de maternidad, debido a que el Estado protege la maternidad. Es así como toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devenga al entrar y a disfrutar del descanso,⁷ además, al

padre se le concederán ocho días hábiles de licencia remunerada de paternidad.⁷ Así mismo, se concede a la trabajadora dos descansos de treinta minutos cada uno dentro de la jornada, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis meses de edad. Por el contrario, si se trata de un hijo nacido muerto, llamado aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, remuneradas con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso.⁸ Para el derecho penal, se pueden producir cinco delitos ante una lesión fetal o del recién nacido, de la siguiente manera:⁹⁻¹¹

- Si ha nacido vivo (sin importar el tiempo que viva, ni las semanas de gestación) se ha convertido en “persona”, y si fallece se ha cometido un “homicidio”.¹²
- Si ha nacido vivo se ha convertido en “persona”, y si queda con una alteración secundaria a una lesión, se ha cometido el delito de “lesiones personales”.¹³
- Si nace muerto se habrá cometido el delito de “aborto”.
- Si la noxa fue contra su mamá, el delito se llama “lesiones personales seguidas de aborto o parto prematuro con consecuencias nocivas para el feto”, lo que es secuela de delito de lesiones personales a la madre.
- Si la lesión afectó exclusivamente al feto, el delito cometido es el de “lesiones al feto”.

La normativa penal colombiana se ocupa del tema de forma concreta. En términos de política criminal podríamos decir que el código penal tiene como finalidad, amparar el bien jurídico consistente en el derecho a la existencia del que está por nacer, o en su defecto, el derecho que tiene la madre del que está por nacer, a que este hecho suceda. Sin embargo, al ser la punibilidad una dosificación de la pena a imponer, respecto de las penas por homicidio mucho más alta que la refiere al aborto, ya sea preterintencional o sin consentimiento, con sólo observar la norma queda claro que el legislador

colombiano considera más grave el matar al nacido, que el no dejar vivir al que está por nacer. En efecto, si tenemos en cuenta la provocación de un aborto como consecuencia de la agresión encaminada a realizar unas lesiones a la madre, el aborto es denominado por la norma y la doctrina, como preterintencional; es decir, que el hecho pretendido por el autor del crimen va más allá de su intención.¹⁴ Dependiendo de la agresión provocada se le aplicará el agravante por el aborto, cuya punibilidad será, en cualquiera de los casos referidos en el capítulo deformidad, perturbación funcional etc, mucho menor a los 13 años que como pena mínima consagra el homicidio preterintencional.¹⁵ Esta inequidad punitiva se hace más evidente cuando el aborto se realiza sin consentimiento, es decir, cuando el actuar del criminal se dirige inequívocamente a impedir el nacimiento del nacitrus, y por lo tanto restringe el derecho que tiene de vivir y el derecho que tienen sus familiares de tenerlo con ellos, en este caso la pena va de 64 a 108 meses;^{16,17} mientras que si se mata a un nacido vivo se aplicarán los 208 a 450 meses que tiene previsto el artículo 103 que sindsica la gravedad de la conducta.¹⁸

El legislador valora la gravedad de la conducta, aduciendo que es más dolorosa la pérdida de un ser que ha llegado al mundo, que la de un feto que no ha tenido pulsaciones cardíacas, ni otra señal de vida extrauterina. La afectación social, es decir, el atentado al bien jurídico de la vida (ambas conductas se encuentran en el capítulo que ampara la vida y la integridad personal), viene a ser más grave cuando se provoca una muerte que cuando se impide una vida.

El personal de salud que rodea a la gestante y a los recién nacidos debe conocer las implicaciones de los diagnósticos junto con los procedimientos que se llevan a cabo, no sólo desde el punto de vista médico y de la salud pública, sino también desde la perspectiva legal, teniendo en cuenta las incidencias que representan dichos diagnósticos y procedimientos ante el derecho civil, penal, laboral y eventualmente administrativo.

Es necesario tener en cuenta el significado y la connotación del término “persona” desde perspectivas no menos importantes como la moral, la bioética o la filosófica. Este concepto, en estos ámbitos, disfruta de una larga tradición, y es un importante asunto de reflexión y motivo de amplias discusiones.¹⁹

Finalmente es importante tener en cuenta que los lineamientos médicos y legales presentados en este artículo, aunque pueden brindar unos criterios clarificadores y necesarios entorno a la problemática del nacido vivo en nuestro contexto, no constituyen una reflexión total del tema. Lo presentado aquí evidentemente puede ser enriquecido por las aproximaciones que desde el ámbito de la bioética y de la filosofía se llevan a cabo, teniendo como temas la vida, la vida humana, la dignidad de la vida humana y la dignidad humana.²⁰

CONCLUSIONES

Atender un nacimiento, desde los ojos de la experticia de las ciencias de la salud, debe contemplar, de manera obligatoria, el diligenciamiento de documentos como la historia clínica, los certificados de “nacido vivo” y los certificados de defunción, con el propósito de ser un sustento veraz, necesario y suficiente a la hora de ser analizados y que sean percibidos no solo como datos estadísticos sino como herramientas para tomar decisiones en salud y en el derecho en general.

Debemos por lo tanto recordar que, para las leyes colombianas, no hay distinciones de edad gestacional o pesos al nacer que diferencien a los embriones y a los fetos entre sí, por lo cual se deben aplicar los criterios de “nacido vivo” rigurosamente.

El papel de las orientaciones bioéticas y filosóficas entorno a esta problemática, es propugnar porque la práctica médica y de los servidores del sector de la salud no se desvincule o desligue de las cuestiones fundamentales que constituyen y deciden la vida humana.

REFERENCIAS

1. Organización Mundial de la Salud. Nacido vivo. Visitado en 2011 Mar 29. Disponible en: <http://www.who.int/healthinfo/statistics/whostat2005es2.pdf>
2. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Normas e instrucciones sobre la codificación de la mortalidad fetal y neonatal; 2009.
3. Código Civil Colombiano, Libro Primero, Título II, Capítulo I, Artículo 90. Existencia legal de las personas. Visitado en 2011 Mar 29. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf
4. Certificado de defunción. Visitado en 2011 Mar 29. Disponible en: <http://www.emdisalud.com.co/Documentos/NOTICIAS/Certificadodedefuncion.pdf>
5. American Heart Association. Manual de reanimación neonatal. American Academy of Pediatrics, 5th ed. 2006.
6. Código Civil Colombiano, Libro Primero, Título II, Capítulo I, Artículo 74. De las personas naturales. Visitado en 2011 Mar 29. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf
7. Código sustitutivo del trabajo. Protección a la maternidad. Artículo adicionado por el artículo 33 de la Ley 50 de 1990. Visitado en 2011 Mar 29. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustitutivo_trabajo.html#1
8. Código sustitutivo del trabajo. Artículo 237. Descanso remunerado en caso de aborto. Visitado en 2011 Mar 29. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustitutivo_trabajo.html#1
9. Franco J. Guía práctica para el dictamen de lesiones personales, 1ra ed. GTZ Corporación Alemana al Desarrollo e Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos; 2001. p. 27-28
10. Código Penal Colombiano. Artículo 125. Lesiones al feto.
11. Código Penal Colombiano. Artículo 126. Lesiones culposas al feto.
12. Código Penal Colombiano, Libro segundo, título XIII: delitos contra la vida y la integridad personal. Capítulo segundo: del homicidio, art. 108; 2000. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o

de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

13. Código Penal Colombiano, artículo 111. Lesiones.
14. Código Penal Colombiano. Artículo 105. Homicidio preterintencional.
15. Código Penal Colombiano. Artículo 118. Parto o aborto preterintencional.
16. Código Penal Colombiano. Artículo 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad.
17. Código Penal Colombiano. Artículo 122. Aborto.
18. Código Penal Colombiano. Artículo 103. Homicidio.
19. Adame J. Capítulo III. La persona humana. En: Adame J. Naturaleza, persona y derechos humanos. Cuadernos constitucionales. 1a. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México; 1996. p. 111-43.
20. López E. Tres enfoques deontológicos acerca de la vida. Revista Latinoamericana de Bioética 2007;8:44-53.

Conflicto de intereses: ninguno declarado.