

CAPÍTULO XI
“WRONGFUL BIRTH”, “WRONGFUL
LIFE” Y “WRONGFUL PREGNANCY”

Análisis de la jurisprudencia norteamericana.
Reseña de jurisprudencia francesa

por GRACIELA MEDINA y CAROLINA WINOGRAD

I.	Introducción	429
II.	Aclaraciones preliminares	430
III.	Antecedentes	431
IV.	El consentimiento informado y el deber médico.	433
V.	Razones para rechazar las demandas por nacimientos injustos . . .	436
VI.	La medida del daño y la medida de la reparación.	439
VII.	La jurisprudencia más reciente	444
	1. “Duplan vs. Harper”	444
	2. “Bader vs. Johnson”	446
	3. “Dyson vs. Winfield”	448
	4. “Etkind vs. Suárez”	449
	5. “Kassama vs. Magat”	449
	6. “Simmerer vs. Dabbas”	452
VIII.	Jurisprudencia de la Corte de Casación francesa	453
	1. Caso “Arret Perouche”	453
	2. Los comentarios críticos.	455
	3. Los comentarios favorables	456
IX.	Conclusiones	456

CAPÍTULO XI

“WRONGFUL BIRTH”, “WRONGFUL LIFE” Y “WRONGFUL PREGNANCY”

Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa

por GRACIELA MEDINA y CAROLINA WINOGRAD

SUMARIO: I. Introducción. II. Aclaraciones preliminares. III. Antecedentes. IV. El consentimiento informado y el deber médico. V. Razones para rechazar las demandas por nacimientos injustos. VI. La medida del daño y la medida de la reparación. VII. La jurisprudencia más reciente. 1. “Duplan vs. Harper”. 2. “Bader vs. Johnson”. 3. “Dyson vs. Winfield”. 4. “Etkind vs. Suárez”. 5. “Kassama vs. Magat”. 6. “Simmerer vs. Dabbas”. VIII. Jurisprudencia de la Corte de Casación francesa. 1. Caso “Arret Perouche”. 2. Los comentarios críticos. 3. Los comentarios favorables. IX. Conclusiones.

I. Introducción

Hasta hace apenas unos pocos años resultaba insostenible e injustificable la idea de reclamar judicialmente daños por el nacimiento de un hijo, aun cuando éste naciera enfermo. Con los avances en el campo de la medicina génica y preventiva, y de la mano de la legalización del aborto, comenzaron a asomarse tímidamente en la jurisprudencia norteamericana las primeras acciones de responsabilidad civil por embarazos indeseados, no planeados, injustos, o que no hubieran llegado a su término si los padres hubieran recibido, oportunamente, información que, por ejemplo, diera cuenta de alguna enfermedad congénita del embrión. En el presente reseñaremos brevemente los orígenes de estas acciones y las razones que han llevado a los tribunales norteamericanos a rechazarlas o, en su caso, a admitirlas. Finalmente, ex-

pondremos los casos jurisprudenciales norteamericanos más recientes, y un caso francés resuelto por la Cámara de Casación francesa, este último de alta relevancia por la jerarquía de los tribunales que los emitieron.

II. Aclaraciones preliminares

La jurisprudencia y doctrina norteamericanas utilizan los términos *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful pregnancy* para referirse a las distintas clases de acciones por “injusticias prenatales”. No conformes con las traducciones que normalmente se emplean en el Derecho hispano para referirse a estas acciones, utilizaremos las denominaciones en su idioma original, advirtiéndole al lector que las mismas se emplean bajo las siguientes definiciones:

- (i) *Wrongful birth* (conocida también como “nacimiento injusto”)¹: es la acción mediante la cual ambos o cualquiera de los padres de un niño demandan a su médico y/o a su centro médico por no haber detectado o no haberles informado que darían a luz a un niño enfermo, privándolos, en consecuencia, de tomar una decisión informada sobre la continuación o interrupción del embarazo.
- (ii) *Wrongful life* (conocida también como “vida injusta”): es la acción mediante la cual un menor, o adulto en representación de éste, demanda al médico y/o al centro médico de sus progenitores, en la medida que de no haber sido por: a) su diagnóstico negligente, y/o b) la información incompleta o errónea que le fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita.
- (iii) *Wrongful pregnancy* (conocida como “embarazo injusto”): es la acción mediante la cual ambos o cualquiera de los padres reclaman que debido a la negligencia de su médico al: a) recetarles o suministrarles anticonceptivos; b) realizarles una esterilización, o c) practicarles un aborto, concibieron un niño no planeado.

¹ GALÁN CORTES, J. C., *La acción de “wrongful birth” en nuestra jurisprudencia*, en *Rev. Esp. Med. Leg.*, 1998.

III. Antecedentes

A partir del precedente "Roe vs. Wade" germinaron en los tribunales norteamericanos las demandas por nacimientos, vidas o embarazos injustos. Al reconocer que los padres tenían un derecho a decidir entre dar a luz a su hijo o abortarlo, el Derecho de Daños debió ensayar respuestas con respecto a diversos reclamos motivados, todos ellos, en última instancia, por la negligencia y/o impericia médica. Con anterioridad a "Roe vs. Wade" sólo un tribunal norteamericano debió resolver un reclamo por *wrongful birth*². Precisamente, fue la Corte Suprema de New Jersey la que debió entender en la demanda entablada por la señora Gleitman contra sus ginecólogos, los doctores Cosgrove y Dolan, quienes en repetidas oportunidades le habían asegurado que la rubéola que experimentó en los dos primeros meses de embarazo no afectaría a su hijo. Basada en las aseveraciones médicas, la señora Gleitman dio a luz a un niño que padecía del síndrome de la rubéola: su habilidad para ver, oír y hablar se encontraba seriamente lesionada. El argumento de la demandada rezaba que de haber conocido el riesgo del contagio sobre su bebé, hubiera recurrido a otro especialista para que le practicara un aborto. Al analizar los hechos y el reclamo, la Corte de New Jersey decidió rechazar la demanda por dos razones: primera, porque era "imposible cuantificar los daños derivados de ser padres de un niño enfermo", y segunda, porque aun cuando tales daños se pudieran calcular, el derecho a la vida del niño desplazaba e impedía cualquier derecho de los padres a obtener una reparación pecuniaria.

Argumentos similares fueron desplegados en los primeros casos de *wrongful life* y *wrongful pregnancy*. Curiosamente, una de las primeras acciones intentadas por *wrongful life* no fue entablada contra un médico sino contra uno de los progenitores del accionante. El caso conocido como "Zepeda vs. Zepeda"³ tenía otra particularidad: el niño Zepeda era una persona completamente sana, a quien le pesaba el hecho de haber sido concebida fuera del matrimonio. La acción fue dirigida contra su padre, quien había inducido a su madre a mantener con él relaciones sexuales bajo falsas promesas de matrimonio. El

² "Gleitman vs. Cosgrove" (1967), 49 NJ 22, 227 A.2d 689, 22 ALR.3d 1411.

³ "Zepeda vs. Zepeda".

señor Zepeda se encontraba felizmente casado y con escasas intenciones de dejar de serlo. Aunque el tribunal describió a la conducta del padre como “intencional y delictiva hacia la madre y el niño”⁴, destacando que se encontraban acreditados los cuatro elementos de la responsabilidad civil, resolvió rechazar la acción por *wrongful life*, debido a que admitirla implicaría una avalancha de demandas por concepciones extramatrimoniales.

Las demandas por *wrongful pregnancy* no tuvieron un origen más feliz. Históricamente, los tribunales norteamericanos negaron cualquier derecho a ser indemnizado bajo esta acción sobre la base de la “doctrina de la bendición”⁵, cuyo origen se remonta al caso “Christensen vs. Thornby”⁶.

El precedente “Custodio vs. Bauer”⁷ fue el encargado de dar un nuevo enfoque al tratamiento de las acciones intentadas por embarazos no buscados que, de no haber sido por la mala praxis médica, no hubieran ocurrido. Allí, la Corte concluyó que el nacimiento de un niño no siempre es un “evento bendito”. En “Custodio”, el matrimonio homónimo demandó a su ginecólogo por no haberle ligado las trompas de Falopio a la señora Custodio exitosamente. La impericia médica posibilitó, entonces, que luego de su noveno hijo, la señora Custodio concibiera a un décimo. El tribunal no sólo admitió la acción sino que además le otorgó a los Custodio una reparación integral, la que incluía los costos de crianza del niño, por entender que la reparación no obedecía al nacimiento del niño no deseado sino a las necesidades económicas que la familia debía afrontar con la llegada del nuevo integrante. La lógica de “Custodio” yacía en cuestiones de equidad: un nuevo miembro privaría a los otros de los ingresos que hubieran podido disfrutar de no ser por la procreación.

⁴ STRASSER, Mark, *Wrongful life, wrongful birth, wrongful death and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdiction recognize all but one?*, en *Missouri Law Review*, winter 1999.

⁵ BAUGHIER, Patricia, *Fundamental protection of a fundamental right: full recovery of child-rearing damages for wrongful pregnancy*, en *Washington Law Review*, october 2000.

⁶ “Christensen vs. Thornby” (1934), 192 Minn. 123, 255 NW 620, 93 ALR 570.

⁷ “Custodio vs. Bauer” (1967), 251 Cal. App.2d 303, 59 Cal. Rptr. 463, 27 ALR.3d 884.

En la actualidad, como veremos a continuación, no son muchos los tribunales que admiten las acciones por *wrongful birth*, *life* o *pregnancy*, y cuando lo hacen suelen ser muy cautelosos a la hora de determinar la medida de la reparación.

IV. El consentimiento informado y el deber médico

En cualquiera de las tres acciones de *wrongful* (o injusticia) bajo análisis se le cuestiona al médico que de no haber sido por su impericia los padres hubieran podido elegir entre dar a luz al niño o abortarlo y/o, en el caso de la acción de *wrongful pregnancy*, que el niño no hubiera nacido. Bajo este escenario se advierte una falta médica que lesiona la autodeterminación del paciente. Cuando los tribunales deciden que el médico debe responder por no haber actuado diligentemente, están reconociendo que en la moderna relación médico-paciente, este último tiene derecho básicamente a moldear su propia vida. En este juego de toma de decisiones el médico tiene la obligación de informarle a sus pacientes cuáles son los riesgos, beneficios y alternativas de los distintos tratamientos disponibles. Esta obligación se traduce en el llamado *consentimiento informado*.

El consentimiento informado es, para muchos, tanto un concepto legal como un deber ético. En la medicina actual se han reconocido tres estándares de revelación⁸:

- a) Mediante el *standard de la práctica profesional* los médicos le brindan a sus pacientes la información que cualquier médico competente le hubiera brindado en circunstancias similares (por ejemplo, aconsejarle a una mujer de más de treinta y cinco años que se realice una amniocentesis);
- b) mediante el *standard razonable* los médicos le brindan a sus pacientes la información que una persona razonable querría conocer bajo las circunstancias en cuestión;
- c) mediante el *standard subjetivo* los médicos le brindan a sus pacientes la información que particularmente necesita para tomar una decisión determinada.

⁸ GANTZ, Julie, *State statutory preclusion of wrongful birth relief: a troubling re-writing of a woman's right to choose and the doctor-patient relationship*, en *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, spring 1997.

En la jurisprudencia norteamericana no existe un consenso acerca de cuál es el *standard* adecuado. Sin embargo, gran parte de la doctrina entiende que sea cual fuere ese *standard*, el reconocimiento de las acciones de *wrongful life, birth o pregnancy* es un incentivo para que el médico no se aleje de ese *standard* todavía no consensuado. De esta manera, la responsabilidad derivada de las acciones de *wrongful* ayuda a que los pacientes cuenten con las herramientas cognitivas necesarias para poder optar. La importancia del consentimiento informado no se reduce a las acciones de *wrongful life y birth* sino aparece sin dudas como un factor decisivo también en la acción por *wrongful pregnancy*. Si una mujer se somete a una esterilización o a un aborto es porque no está en sus planes procrear, independientemente de cuál haya sido el motivo que la impulsó a tomar esa decisión. Esta mujer seguramente valorará toda información temporánea que dé cuenta del fracaso del procedimiento al que se sometió.

El médico es responsable hacia su paciente, la madre del niño y, aunque años atrás se opinaba lo contrario, también es responsable frente al niño por cualquier daño prenatal que le ocasione. Aunque, desde el año 1884 al 1946, la justicia de los Estados Unidos fue reticente en admitir la indemnización de los daños causados por terceros al embrión en gestación, entendiendo que éste no era una persona distinta a la de la madre, a partir del año 1946 numerosos planteos fueron receptados otorgando el resarcimiento de los daños causados por terceros al feto nacido con vida. Con posterioridad se adoptó el criterio de la viabilidad a fin de sostener la independencia del daño al feto. Explicamos en otra obra que, en ese entonces, se dijo que el feto viable debía ser considerado como una entidad independiente de su madre y que, incluso, no faltaron decisorios en los que se admitiera la acción por daños padecidos durante un estadio anterior al desarrollo fetal previsible⁹. Las acciones de *wrongful* tienen un matiz distinto de las acciones por daños prenatales. En las primeras no existe nexo de causalidad entre la enfermedad del menor y el accionar médico. Sin embargo, en ambas acciones hay un daño resarcible; en las primeras

⁹ MEDINA, *Genética y Derecho* cit., agregando, además, que más recientemente se llegaron a conferir indemnizaciones por perjuicios a un embrión viable, causados por daños a la madre anteriores a la concepción del hijo.

el daño es la pérdida del derecho a elegir, en las segundas el daño es la enfermedad o la lesión provocada sobre el embrión. Y aunque muchos podrían creer que las acciones por *wrongful birth* sólo podrían tener acogida en aquellos ordenamientos jurídicos donde la práctica del aborto está legalizada, creemos que esta concepción pierde de vista que los padres también tienen derecho a optar por diversos tratamientos. Un diagnóstico acertado en el momento preciso podría permitirle a los padres la búsqueda de tratamientos prenatales para mitigar, paliar o combatir la enfermedad congénita de su hijo¹⁰. La gran mayoría de los padres tiene una directa y profunda preocupación por el bienestar de sus futuros hijos, y voluntariamente e incluso con impaciencia hará uso de la información genética disponible, o se someterá a las intervenciones necesarias para prevenir y/o remover los posibles daños a su prole¹¹. Bajo esta realidad, las acciones de *wrongful birth* o nacimiento injusto podrían estar orientadas a incentivar a los especialistas médicos a adoptar los mayores recaudos para que la persona pronta a nacer pueda gozar de una mejor calidad de vida. Caso contrario, esta clase de acciones y las condenas que se dicten al respecto deberían resarcir el no haber podido elegir (o por lo menos intentar) mejorar la vida del nuevo ser. Entiéndase que no se resarcirá la mera posibilidad de una mejora, aquí la impericia médica pudo privar a los padres del derecho a elegir, del derecho a la procreación y planificación de la propia reproducción y del derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer.

V. Razones para rechazar las demandas por nacimientos injustos

Cuando un tribunal falla a favor de una acción de *wrongful birth*,

¹⁰ Recientemente, en la Argentina un matrimonio de abogados recibió la noticia de que el niño que estaban esperando sufría una hipoplasia ventricular izquierda. Con esta información, el matrimonio decidió buscar apoyo financiero para que en los Estados Unidos le realizaran *tres operaciones* intrauterinas con un 95% de posibilidades de éxito. En la nota publicada en un matutino argentino los esperanzados padres comentaron que cuando le hablan a su hijo le dicen que: “se quede tranquilo, que mamá y papá lo van a cuidar toda la vida, que vino para quedarse y que va a ser tan feliz como nuestra otra hija” (*Clarín* del 16-9-2001).

¹¹ MEDINA, ob. cit., p. 13.

life o *pregnancy*, fundamentalmente está condenando la impericia y/o la negligencia médica. Sin embargo, en algunas oportunidades, la impericia médica ha sido considerada como un acto heroico que alejó al embrión del camino del aborto. Bajo esta luz, florecieron los argumentos de política pública para rechazar la viabilidad de las acciones de *wrongful birth*, *life* o *pregnancy*. Sólo en contadas excepciones los tribunales hicieron caso omiso de las posturas en torno al aborto, la esterilización y la contracepción, consideradas como “socialmente compartidas”.

El interés de los estados norteamericanos en fomentar la procreación y proteger la vida choca, en recurridas oportunidades, con la autonomía de los padres. Quienes rechazan los argumentos de “política pública en contra del aborto” afirman que si el Estado está preocupado por el valor de un niño potencial y desea desplazar a los padres del rol de tomadores de decisiones, debería también asumir la responsabilidad de cuidar al niño que nace por su sola decisión¹². Consecuentemente, si un niño nace o los padres no pueden realizarse a tiempo un aborto por la falta de diligencia médica, las razones de política pública deberían cobrar un rol más activo y compensar a los padres del niño, y, en algunos casos, al niño también, por la imposición de su voluntad sobre los derechos de los progenitores.

El tratamiento de las cuestiones que plantean las acciones *wrongful life*, *birth* o *pregnancy* y sus implicancias públicas han llevado a varios tribunales y legislaturas, sencillamente, a prohibir esta clase de acciones. Los Estados de Minnesota, Missouri y Pennsylvania se encuentran entre aquellos que han prohibido el ejercicio tanto de las acciones por *wrongful life* como de las acciones por *wrongful birth*. Otros estados tienen una posición menos terminante y aceptan que se promuevan acciones sólo por *wrongful birth*. Sólo unos pocos, como California, New Jersey y Washington, admiten la promoción de cualquiera de las tres acciones¹³.

Tribunales de los Estados de Michigan y Georgia han rechazado acciones promovidas por padres que argumentaban que no pudieron

¹² GANTZ, ob. cit. supra.

¹³ LISKO, Elaine A., *Genetic malpractice claims raise legal and ethical issues*, Health Law and Policy Institute, www.law.uh.edu.

conocer los defectos de sus bebés a tiempo para un aborto. En estos casos se trataba de niños, cuyas enfermedades no fueron detectadas por los médicos a través de las pruebas de ultrasonido. El Tribunal de Apelaciones de Michigan y la Corte Suprema de Georgia concluyeron que los litigios por *wrongful birth* son inválidos bajo la ley de sendos Estados. El Tribunal de Apelaciones de Michigan advirtió que tales litigios podrían rápidamente deslizarse por una pendiente resbaladiza y permitir la eugenesia aplicada y la eliminación de los embriones supuestamente no preparados para la vida¹⁴.

En "Wilmington Medical Center, Inc. vs. Coleman"¹⁵, por ejemplo, la Corte Suprema de Delaware ha sostenido que, dada la existencia de opiniones divergentes en torno a los problemas del control de la natalidad y de los hijos indeseados, el tribunal no podía negarles ni a los padres ni a los hermanos del embrión concebido una indemnización por la realización de una esterilización defectuosa sobre la base de las pretensas razones de política pública a favor de la procreación.

Una línea similar guió a los siguientes precedentes. En la sentencia de un tribunal que debió resolver acerca de la existencia de responsabilidad civil por provocar injustamente el nacimiento de una persona se afirmó que no se podía rechazar una demanda iniciada por el menor así concebido, o por sus padres, bajo el argumento acerca de la política pública en torno al aborto, la esterilización o la anticoncepción.

Tanto en "Custodio vs. Bauer"¹⁶ como en "Scarf"¹⁷ se encontró absurda y carente de todo fundamento la posición de los tribunales inferiores que determinaron que no se podía conceder una indemnización a los padres y/o a los hermanos del niño concebido, a pesar de la esterilización realizada sobre su madre, por ser contrario a la política pública. En "Scarf" el tribunal sostuvo que cualquier decla-

¹⁴ TOWNSEND, Liz, *Wrongful-birth lawsuits abolished in Georgia and in Michigan*, www.nrlc.org.

¹⁵ "Wilmington Medical Center, Inc. vs. Coleman" (1972, Del. Sup.), 298 A.2d 320.

¹⁶ "Custodio vs. Bauer", cit. ut supra.

¹⁷ "Troppi vs. Scarf" (1971), 31 Mich. App. 240, 187 NW.2d 511.

ración judicial que pretenda defender las políticas públicas debería expresar la voluntad manifiesta de su gente y que la contracepción no podía violar política pública alguna de Michigan, cuando el mismo Parlamento había sancionado leyes de promoción del uso de anticonceptivos.

Por otra parte, otros estados, que esgrimen no tener una política pública oficial en torno al aborto, también han encontrado la manera de justificar el rechazo a las acciones de *wrongful life*, *birth* o *pregnancy*. Estos estados creen que la profesión médica necesita “leyes o fallos de conciencia”, que protejan la conciencia de los profesionales cuando se vean obligados a actuar contra sus convicciones morales o religiosas. Esta actitud presupone que el médico no ha actuado imprudentemente sino que lo ha hecho con el solo propósito de preservar sus valores morales. Valores éstos que resultan ampliamente compartidos por buena parte de la jurisprudencia norteamericana, a tenor de los argumentos esbozados para negar cualquier tipo de reparación por las acciones de *wrongful life*, *birth* o *pregnancy*, o bien para rechazar de manera absoluta el planteo de las acciones bajo análisis¹⁸.

El argumento de la santidad de la vida humana ha sido recurrente en buena parte de los precedentes norteamericanos. En “*Gleitman vs. Cosgrove*”¹⁹ se afirmó que la búsqueda de, y la lucha por, la vida son elementos básicos de la condición humana, independientemente de lo difícil o dolorosa que la vida pueda llegar a ser. El tribunal afirmó que sí, hipotéticamente, se le hubiera podido consultar, durante los primeros meses de gestación, al niño concebido si prefería que terminaran con su vida o que permitieran que ésta siguiera su curso, seguramente hubiera elegido vivir la vida con defectos a no vivirla. Así,

¹⁸ La English Law Commission sostuvo que el reconocer la acción de *wrongful life* implicaría hacer pesar sobre el consejero médico una carga intolerable, en la medida que tendrán un incentivo a recomendar abortos aun en los casos dudosos, en aras de evitar cualquier acción ulterior por daños y perjuicios. GANDERTON, Emma en *To be or not to be... Compensating individuals wronged by life, e-valueate*, vol. 2, N° 1, 2001, señala que esta impresión es desacertada, ya que no logra diferenciar la acción de prescribir o aconsejar un aborto del acto de realizarlo.

¹⁹ “*Gleitman vs. Cosgrove*”, cit. ut supra.

el tribunal concluyó que en la sociedad norteamericana, el derecho a la vida era inalienable, remarcando que muchas personas famosas habían alcanzado grandes logros a pesar de sus defectos físicos. Si bien este precedente data del año 1967, sus fundamentos han sido utilizados en repetidas oportunidades, sobre todo en las acciones por *wrongful life*.

En "Walker vs. Mart"²⁰ se afirmó que un menor nacido con el síndrome de la rubéola no tenía derecho a buscar una reparación civil por la negligencia del médico materno que no había advertido la enfermedad durante su gestación. El tribunal sostuvo que traer a un niño al mundo, aun enfermo, no es una lesión jurídicamente protegida. Luego, el niño no podría haber sufrido ningún daño cuando sus padres, los médicos o cualquier otro especialista no hubieran podido evitar su nacimiento. Este argumento encuentra seguidores en doctrinarios italianos, para quienes no media alteración disvaliosa para la supuesta víctima, en la medida que la alternativa a no nacer defectuoso es no nacer²¹, siendo "preferible la más miserable de las existencias a la no existencia"²².

VI. La medida del daño y la medida de la reparación

El gran interrogante en las acciones de *wrongful life*, *birth* o *pregnancy* yace en la manera de cuantificar el daño producido por la negligencia médica. Allí, cuando se admite que los padres tienen derecho a elegir y que el médico que los priva de tal derecho debe responder por su accionar antijurídico, surge la dificultad de encontrar la manera de medir el daño causado a los padres por el nacimiento del hijo. En la contienda suelen enfrentarse valores tales como el derecho a optar, la dicha de tener un hijo, el ser y el no ser. Cuestiones tan abstractas

²⁰ "Walker vs. Mart" (1990, Ariz.), 790 P.2d 735, 58 Ariz. Adv. Rep. 15.

²¹ MEDINA, ob. cit. supra, p. 13.

²² La jurisprudencia inglesa adoptó una postura semejante en el precedente "McKay vs. Essex Area Health Authority", donde también se apoyó en el concepto de la santidad de la vida humana para negar que el demandante sufriera una lesión en virtud de su mera existencia. Emma Garderton afirma que este razonamiento es equivocado, ya que en varios casos los tribunales ingleses han sostenido que los intereses de los niños deben prevalecer por sobre los principios de política pública.

desvelan a los sentenciantes, haciendo que muchas veces el reconocimiento del daño se vuelva obsoleto. Muchos tribunales norteamericanos han reconocido que, cuando el médico: (i) no ha diagnosticado la enfermedad del embrión durante el embarazo pudiendo hacerlo; (ii) ha realizado negligentemente un aborto o una esterilización; (iii) ha recetado equivocadamente una píldora como si fuera anticonceptiva cuando no lo era, éste debe resarcir a los padres por los daños tradicionales (y cuantificables) de la responsabilidad civil, como los gastos de la intervención quirúrgica o los costos del parto. Sin embargo, muchos de estos tribunales se han negado a otorgar daños por reclamos más abstractos y menos precisos, sobre la base de que resulta virtualmente imposible medir en términos pecuniarios el problema filosófico del “ser” *versus* el “no ser”²³. Por ejemplo, la Corte Suprema de Ohio²⁴ sostuvo recientemente en una acción por *wrongful birth* que, bajo ningún concepto sopesaría la vida con discapacidades con la no vida, y agregó que el médico, pese a no haber informado a los padres de la enfermedad congénita del embrión, no debía responder por una enfermedad que él no había causado. Tradicionalmente, para cuantificar los daños producidos se compara la condición de la víctima antes y después de la lesión, y luego se la compensa por la diferencia existente entre esos dos estados. El problema que encuentran los tribunales, sobre todo en la acción de *wrongful life*, es la manera de comparar la no existencia con la vida bajo una enfermedad.

Contadas excepciones han determinado que las acciones que negligentemente provoca el nacimiento de una persona pueden ocasionar daños legalmente resarcibles. De hecho, se ha afirmado que la acción de *wrongful life* o *wrongful birth* no necesariamente se encuentra abolida por la opinión y/o políticas públicas alrededor del aborto, la contracepción o la esterilización, siempre y cuando en ese estado en particular la práctica del aborto sea legal.

El precedente “*Stills vs. Gratton*”²⁵ ofrece una buena síntesis de

²³ SARNO, Gregory G., *Tort liability for wrongfully causing one to be born*, en *American Law Reports*, ALR.3d, vol. 83 (1978), current through the june, 2000, Supplement.

²⁴ “*Hester vs. Dwivedi*”, 89 Ohio St.3d 575, 733 NE.2d 1161 (2000).

²⁵ “*Stills vs. Gratton*” (1976), 55 Cal. App.3d 698, 127 Cal. Rptr. 652.

cuál ha sido hasta ahora el tratamiento de la reparación de los daños en materia de las acciones que ocupan este trabajo. Algunas jurisdicciones (las jurisdicciones A) han rechazado cualquier tipo de acción por nacimientos, vidas o embarazos injustos, sin ni siquiera ahondar en la posible existencia de daños. Otras jurisdicciones (las jurisdicciones B) han reconocido la existencia de una causa de acción, pero se rehusaron a aplicar la medida *standard* de la reparación civil, limitando los daños recuperables valiéndose de los mismos argumentos que emplean las jurisdicciones A para negar cualquier clase de acción. Sin embargo, existe otra clase de jurisdicciones (las jurisdicciones C) que reconocen que los padres tienen una causa de acción y les otorgan una reparación, cuya medida obedece a los cánones tradicionales del Derecho de Daños, sin limitarlos por consideraciones públicas. Estas jurisdicciones C son aquellas que consideran que en el Derecho de Daños la reparación de los mismos sirve para compensar a los accionantes por las lesiones causadas por la conducta del demandado.

Aquellos que se enrolan en esta última posición no siempre reniegan de los argumentos de la bendición y santidad de la vida. Para muchos de ellos, aunque el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado como un daño, algún quebranto económico se produce por el nacimiento del hijo enfermo, o no deseado, quebranto que debe ser objeto de resarcimiento. Dentro de estos costos resarcibles suelen incluirse aquellos que representan un plus con respecto a los costos ordinarios en que se debe incurrir para la crianza y cuidados de un hijo sano. Incluso, algunos tribunales han resuelto que correspondía indemnizar a los demandantes por el solo hecho de haber perdido la opción de elegir entre llevar a término la gestación o interrumpirla mediante un aborto, con independencia de la salud del niño concebido. Dentro de ellos, podemos destacar el fallo de la Suprema Corte de Indiana, en donde se afirmó que la mera pérdida de la oportunidad de optar debía ser resarcida. En el caso particular, la Corte prefirió no llamar *wrongful birth* a la clase de acción entablada y sostuvo que el centro hospitalario que no le había comunicado al matrimonio la anencefalia del embrión debía responder por haber faltado a su deber²⁶.

²⁶ MEYER EIKENBERRY, Shawna, *Wrongful birth by another name?*, *Litigation* August 2000.

En “Thibeault vs. Larson”²⁷ el tribunal sostuvo que no era especulativo ni ajeno al Derecho de Daños que se accionara por *wrongful birth* contra el farmacéutico que en lugar de entregarle al accionante anticonceptivos, le suministrara tranquilizantes. El tribunal afirmó que el farmacéutico era responsable por todas las lesiones que resultaron directamente de la conducta imprudente, independientemente del hecho de que no las pudiera prever, siempre que las lesiones fueran consecuencia legal y natural de la conducta imputada al demandado. Esta posición también se hizo notar en “Scarf”²⁸, donde la Corte argumentó que se encontraban acreditados los daños reclamados: la pérdida de peso de la madre, el dolor y la ansiedad derivados del embarazo, los costos médicos y hospitalarios, y los costos de crianza y cuidados del hijo. La Corte entendió que esos daños eran razonables.

Por otra parte, en “Greco vs. United States”²⁹, el tribunal afirmó que el daño moral no podía quedar afuera de los daños resarcibles en las acciones por *wrongful birth*, afirmación que creemos debe extenderse a las acciones de *wrongful life* y *pregnancy* también.

A diferencia de la postura que adoptó en “Gleitman vs. Cosgrove”, la Corte Suprema de New Jersey concluyó que era factible una reparación integral en los supuestos de *wrongful pregnancy*³⁰. En el caso, la accionante había concurrido a la institución Planned Parenthood del Condado de Essex, para que le entubaran sus trompas de Falopio. Dieciocho meses después de la intervención, la mujer comprobó que estaba embarazada. Afortunadamente concibió un niño en perfecto estado de salud. No obstante ello, inició acciones judiciales contra el especialista que la llevó a incurrir en costos, padecimientos e inconvenientes físicos que ella no había planeado.

Para alejarse de lo resuelto en el caso “Gleitman”, la Corte reseñó las razones que llevaron al tribunal a negar la reparación, a saber, consideraciones de política pública y la vaguedad de los daños compensatorios reclamados. Se enfatizó el hecho de que en el caso “Gleit-

²⁷ “Thibeault vs. Larson” (1995, Me.), 666 A.2d 112.

²⁸ “Troppi vs. Scarf”, cit. supra.

²⁹ “Greco vs. United States” (1995), 111 Nev. 405, 893 P.2d 345.

³⁰ “Betancourt vs. Gaylor” (1975), 136 NJ Super 69, 344 A.2d 336.

man" no existían pruebas que acreditaran que la accionante no deseaba concebir un niño, tan sólo afirmaciones que daban cuenta de su preocupación por concebir a un niño enfermo³¹. En la reconstrucción de la Corte, el caso "Gleitman" ilustraba que cuando los padres simultáneamente obtienen un beneficio con el nacimiento del niño y un daño por la enfermedad que éste padece, la compleja coexistencia de beneficios y costos le impide al tribunal establecer una medida del daño razonable, a partir de la cual un jurado podría determinar los daños compensatorios³². Según la Corte, esta compleja coexistencia no se observaba en el caso bajo estudio, toda vez que los beneficios y los costos se encontraban claramente separados. Por lo tanto, el tribunal consideró adecuado que para determinar los daños se comparara la condición de la paciente ante la ausencia de negligencia y la situación que debía afrontar como consecuencia de la mala praxis médica.

Nueva Jersey³³ fue otro de los pocos estados norteamericanos que

³¹ El problema en materia de relación de causalidad está, tal como señala GALÁN CORTES, ob. cit. supra, en el concepto de los cursos causales no verificables, en el sentido de que el médico demandado puede alegar que no es seguro que la madre hubiera abortado si hubiera sabido la enfermedad congénita del feto. Esta decisión de la madre es una hipótesis que mediatiza la relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado (nacimiento de un niño enfermo por no haberse podido acudir al aborto). A pesar de ello, para este autor la sola circunstancia de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye un indicio suficientemente significativo de que la madre habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto, por lo que considera que, al menos, debe producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado.

³² La Cámara de los Lores inglesa en el caso "McFarlane y otros vs. Tayside Health Board" ha adoptado una postura similar a la del caso "Gleitman". Allí, la mayoría concluyó que era improcedente la indemnización de la pérdida económica que importa el costo de criar a un niño concebido por negligencia médica luego de una operación de esterilización, pues "el deber del médico de prevenir el embarazo no incluye el de evitar aquellos costos cuando el niño nace y es aceptado en el seno familiar". A pesar de que los profesionales le informaron erróneamente al padre que podía suspender las medidas anticonceptivas, la Cámara señaló que tampoco resultaban indemnizables los gastos médicos y de ajuar, por aplicación de principios de justicia distributiva ("McFarlane y otros vs. Tayside Health Board", Cámara de los Lores, Londres, 25-11-99).

³³ LISKO, *Genetic malpractice...* cit.

abordó el tema, señalando que los padres de un niño que padecía de una enfermedad genética podían accionar por *wrongful birth* contra el laboratorio que le había realizado a la madre del menor la prueba de la amniocentesis, supuestamente efectuando un diagnóstico equivocado. De acuerdo al tribunal federal del distrito³⁴, un laboratorio que provee las muestras para la amniocentesis a los médicos tiene el deber de brindar información precisa, a fin de que los padres potenciales puedan decidir si terminan o continúan con el embarazo. El tribunal afirmó que la acción de *wrongful birth* es distinta a la de *wrongful life* y concluyó que la acción de *wrongful birth* no exige como prerequisite de su admisión la demostración de que los padres hubieran abortado al feto de haber conocido esa información oportunamente.

VII. La jurisprudencia más reciente

1. “*Duplan vs. Harper*”³⁵

Antecedentes

En junio de 1992 Roseanne Duplan concurre a la Clínica OB/GYN, perteneciente a la Fuerza Aérea norteamericana, para que le realizaran un test de embarazo, cuyo resultado fue positivo. El ámbito de trabajo de Roseanne presentaba un alto riesgo de contagio de citomegalovirus (“CMV”), razón que la motivó a solicitar una prueba para determinar si ella era inmune al CMV. Los señores Duplan habían acordado que si Roseanne resultaba ser no-inmune iban a abortar, ya que no estaban dispuestos a concebir un niño infectado con CMV, toda vez que esta enfermedad inducía a defectos y malformaciones. En julio del mismo año, el doctor Harper examinó a Roseanne y le realizó el test de CMV, el cual demostró que padecía de una incipiente infección de CVM, la que implicaba un alto riesgo de que el bebé naciera con malformaciones. El doctor Harper le dio instrucciones a la enfermera Reed para que notificara a Roseanne del resultado del test de CVM. Reed se contactó con Roseanne y le comunicó que los resultados habían dado positivo. Como Roseanne no tenía certeza acerca de si “positivo” sig-

³⁴ “*Provenzano vs. Integrated Genetics*”, No. 97-1460 (MLC) (D. N. J., 13-10-98).

³⁵ 188 F.3d 1195, C.A.10 (Okla.), 1999.

nificaba que era inmune al CVM o que estaba infectada, se puso nuevamente en contacto con Reed para que ésta esclareciera su incertidumbre. Reed incorrectamente le explicó que "positivo" significaba que era inmune. Basada en esta información equivocada, Roseanne decidió continuar con su embarazo y dio a luz un bebé, Zacarías, con numerosos defectos de nacimiento y malformaciones causados por la infección de CVM. Zacarías, entre otros, padecía de sordera total, microcefalia, retrasos mentales e incapacidades motrices. Consecuentemente, Zacarías requeriría de cuidados médicos permanentes y una instrucción especial durante toda su vida.

En enero de 1995, los señores Duplan presentaron un reclamo administrativo ante la Fuerza Aérea, fundando sus motivos en la Federal Tort Claims Act. Sin esperar la resolución de su reclamo, los Duplan, en marzo, entablaron una demanda por *wrongful birth* ante el tribunal de distrito, demanda que quedó en suspenso hasta tanto la Administración diera respuesta al reclamo original. En julio de 1995, la Fuerza Aérea rechazó las peticiones de los señores Duplan, por lo que en agosto el tribunal de distrito reabrió el caso. En esta oportunidad, el matrimonio amplió su demanda, dirigiéndola también contra el Estado norteamericano. El tribunal de distrito falló a favor de los Duplan; el Estado tendría que pagarles US\$ 3,056,100 en concepto de daños, US\$ 200,000 por los padecimientos emocionales sufridos y US\$ 2,856,100 en concepto de gastos extraordinarios que demandarían los cuidados especiales de Zacarías.

El tribunal de distrito apeló, entre otros motivos, por entender que el tribunal no tenía facultades para imponer la constitución de un fideicomiso a favor de Zacarías, quien no era parte demandante en el litigio.

Decisión del tribunal de apelaciones

El tribunal de apelaciones explicó que Zacarías no era un actor en el proceso, en tanto que la demanda por *wrongful birth* estaba orientada a compensar a los padres y no al niño, por haberse visto privados de optar entre terminar anticipadamente el embarazo o dar a luz a un niño enfermo. Continuó afirmando que si bien era cierto que el fideicomiso podía beneficiar a Zacarías, éste no constituía una

compensación por los sufrimientos padecidos por el niño, dado que los daños correspondían a los verdaderos actores en el proceso, los señores Duplan, quienes no habían solicitado tal fideicomiso.

2. “*Bader vs. Johnson*”³⁶

Antecedentes

Los Johnson habían concebido a su primer hijo en el año 1979, el que nació con hidrocefalia y retrasos mentales y motores severos. El niño necesitó cuidados especiales hasta su muerte, a los cuatro meses de vida. Este antecedente llevó a que la señora Johnson, al quedar embarazada en el año 1982, le solicitara al doctor Bader un test para determinar si su embarazo era normal. Aparentemente, la gestación y el posterior parto no tuvieron complicaciones. En el año 1991, la señora Johnson volvió a quedar embarazada, y nuevamente recurrió a la opinión experta del doctor Bader. A las diecinueve semanas y media de embarazo se le practicó una amniocentesis que no reveló ninguna anormalidad. Sin embargo, el mismo día, el doctor Bader realizó un test de ultrasonido que dio como resultado que el feto tenía una cavidad cerebral extremadamente grande y una forma de cabeza inusual. El doctor Bader, entonces, le solicitó a su equipo que arreglaran otra cita con la señora Johnson para realizar más pruebas. Debido a un malentendido nadie convocó a la señora Johnson, ni le comunicaron al ginecólogo que la atendía los resultados del examen. A las treinta y tres semanas y media de gestación el ginecólogo de la señora Johnson realizó él mismo un test de ultrasonido y comprobó que el bebé sufría de hidrocefalia. Dado a que ya era demasiado tarde para que la señora Johnson abortara, el 4 de setiembre de 1991 dio a luz. Además de la hidrocefalia, el niño nació con otras malformaciones que unos meses más tarde le ocasionaron la muerte.

Los Johnson demandaron tanto al doctor Bader como a la institución médica a la que él pertenecía por no haber cumplido con su deber de informales los resultados del ultrasonido, y consecuentemente haberlos privado de elegir entre abortar y dar a luz a un niño con una viabilidad escasa.

³⁶ 732 NE.2d 1212, Ind., 2000.

Los demandados en su responde argumentaron que el Estado de Indiana no admitía reclamos de daños y perjuicios por *wrongful birth*, y aunque los reconociera, el tribunal no podría determinar qué daños eran los compensables.

El tribunal determinó que los Johnson debían ser indemnizados por los siguientes conceptos:

- a) Los costos extraordinarios en que debieron incurrir para tratar el defecto de nacimiento;
- b) cualquier costo médico en que debieron incurrir durante la vida del niño como consecuencia de su enfermedad;
- c) gastos de internación ocasionados por la negligencia médica;
- d) el dolor físico sufrido por la madre;
- e) el daño mental y el sufrimiento espiritual padecido por los padres, y
- f) la pérdida del débito conyugal.

Los demandados apelaron.

Decisión del tribunal de apelaciones

De acuerdo con el tribunal de apelaciones, es deber de los médicos revelar a sus pacientes toda la información relevante para que ellos decidan el tratamiento a seguir: para que un paciente pueda tomar una decisión informada debe contar con todos los datos necesarios.

En este caso los Johnson argumentan que recurrieron al doctor Bader para obtener información sobre la salud de Connie, la señora Johnson, detalles que necesitaban para decidir si iban a abortar. De acuerdo con los Johnson, el resultado del ultrasonido que le practicaran en la institución hospitalaria era, precisamente, la información que necesitaban para tomar una decisión informada.

Según el tribunal, los demandados tenían el deber y la obligación de revelar esos resultados a los Johnson. Al no haberlo hecho, tanto el galeno como la institución hospitalaria habían faltado a su deber médico y legal.

En lo que respecta al segundo elemento de la mala praxis médica, a saber, el daño resarcible, el tribunal sostuvo que la falta en el deber médico debió haber sido la causa próxima de las lesiones de los actores.

Así, señaló que un acto negligente se traduce en la causa próxima de una lesión si ésta es una consecuencia natural y probable del accionar cuestionado, que pudo haber sido prevista o anticipada a la luz de las circunstancias. El tribunal observó que el daño a los Johnson se traducía en su incapacidad de terminar con el embarazo de Connie y, consecuentemente, dar a luz a un niño enfermo. Asimismo, el tribunal afirmó que el daño no eran los defectos del niño sino haberlos privado de una elección que ellos, como padres, tenían derecho a tomar. Por lo tanto, el tribunal confirmó la sentencia del tribunal de distrito.

3. *“Dyson vs. Winfield”*³⁷

Antecedentes

En julio de 1997, Lakeshia Dyson entabló una demanda contra el doctor Joseph Winfield y el Distrito de Columbia por haber infringido los Wrongful Death and Survival Statutes. La accionante afirmó que el doctor Winfield negligentemente le recetó la droga Provera mientras estaba embarazada, provocando que su hijo naciera con malformaciones que al tiempo de nacer le provocaran la muerte. En setiembre de 2000, la Corte falló a favor de los demandados alegando que la señora Dyson sólo tenía derecho a reclamar lo que su hijo podría haber solicitado de haber vivido y los gastos razonables de sepelio. La señora Dyson apeló.

La decisión

El tribunal de alzada comenzó analizando por qué los otros sentenciantes permitían la reparación de los daños en concepto de gastos extraordinarios por la enfermedad del niño y no así por los sufrimientos emocionales padecidos por la madre.

La razón de los tribunales de primera instancia radicó en que bajo el encuadre legal presentado por la actora, ésta no podía reclamar daño moral propio. El tribunal compartió las razones de los demandados en cuanto a que, para que el daño moral sea resarcible bajo estas circunstancias, la madre debió haber experimentado sufrimientos físicos, o bien debió encontrarse dentro de la zona de peligro cuando su niño

³⁷ 129 F. Supp.2d 22, D. D. C., 2001.

resultó lesionado. El tribunal citó el precedente "Cauman vs. George Washington", 630 A.2d 1104 (1992), en donde se analizó esta regla en el contexto de un embarazo. Allí el tribunal afirmó que, a menos que la vida de la madre hubiera estado físicamente en peligro como resultado de la negligencia médica, los daños espirituales no son resarcibles.

4. "Etkind vs. Suárez"³⁸

La doctora Jennifer Etkind se atendió durante todo su embarazo con el doctor Ramón Suárez. Luego de haber concebido a un niño con síndrome de Down, la doctora Etkind y su esposo demandaron al doctor Suárez y a su asociación médica por haber causado un nacimiento injusto. Las razones de la demanda rezaban que de no haber sido por el tratamiento y consejos médicos dados por los demandados, los padres hubieran abortado a fin de no concebir a un niño con trastornos mentales. El tribunal falló a favor de los demandados y el tribunal de apelaciones confirmó la decisión, señalando que el precedente "Atlanta Obstetrics & Gynecology vs. Abelson"³⁹ seguía vigente. En este precedente se sostuvo que hasta tanto la Asamblea General no autorizara lo contrario, las causas de acción por *wrongful birth* no serían reconocidas en Georgia.

5. "Kassama vs. Magat"⁴⁰

En este caso se presentan dos acciones: una por *wrongful birth* y otra por *wrongful life*.

Hechos

En setiembre de 1995 Millicent Kassama dio a luz a Ibrion, un niño con síndrome de Down. Durante su embarazo la señora Kassama se atendió con el doctor Aaron Magat. La señora Kassama por sí y en representación de su hijo Ibrion inició una demanda en el tribunal de circuito del condado contra el doctor Magat, su asociación médica y uno de sus asociados. En su demanda, la señora Kassama manifestó que los demandados habían actuado negligentemente, haciendo que

³⁸ 519 SE.2d 210, Ga., 1999.

³⁹ 260 Ga.711, 713.3985 E.2d 557 (1990).

⁴⁰ 767 A.2d 348, Md. App., 2001.

ella tomara una decisión sin contar con toda la información necesaria para hacerlo. La señora Kassama afirmó que de no haber sido por la negligencia del doctor Magat, ella hubiera abortado y no hubiera dado a luz a Ibrion. En la acción que la señora Kassama inició por sí misma reclamó los daños económicos provocados por la necesidad de criar a un niño “genéticamente defectuoso”. La señora Kassama cuestionó el hecho de que el doctor Magat no le hubiera realizado ni un test de alfa-fetoproteína ni una amniocentesis.

Asimismo, la señora Kassama demandó en representación de su hijo por *wrongful life*, basándose en la negligencia de los demandados y las teorías de la falta de consentimiento informado. El tribunal de circuito falló a favor de los demandados en relación con la falta de consentimiento informado de la señora Kassama y la acción de *wrongful life* de Ibrion. La acción de *wrongful birth* fue resuelta por un jurado, el que tuvo en cuenta que el doctor Magat había faltado a los estándares del deber médico y que esa omisión era la causa próxima de las lesiones de la señora Kassama, quien apeló por sí y en representación de Ibrion.

Contexto legislativo

En Maryland no existe una limitación que condicione el tiempo en el que se puede terminar con un embarazo en el que el feto tiene alguna enfermedad o sufre de alguna deformidad o anomalía severa.

El Código anotado de Maryland reza que el Estado no puede interferir con la decisión de una mujer de terminar con su embarazo:

- 1) Antes que el feto sea viable;
- 2) durante el tiempo de su embarazo, si:
 - (i) el aborto es necesario para proteger la vida o la salud de la madre, o
 - (ii) el feto sufre de un defecto congénito o padece serias anomalías o deformidades.

Sin embargo, estas permisiones no significan que una mujer en Maryland pueda encontrar a un médico que esté dispuesto a practicarle el aborto en cualquier instancia del embarazo, por el solo hecho de que el feto tenga problemas genéticos.

La decisión del tribunal

El tribunal emitió su deposición entendiendo que la señora Kassama también había contribuido con su accionar en el resultado dañoso. En este sentido, el tribunal explicó que era carga de los demandados probar los cuatro elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Según los sentenciantes, la paciente tenía el deber de actuar prudentemente. Los demandados argumentaron que le indicaron a la señora Kassama que se realizara exámenes de sangre entre el 19 y el 20 de abril, existiendo acreditados hechos que demostraron que la señora Kassama esperó cuatro semanas para realizarse la prueba.

En su responde en la alzada, la señora Kassama admitió que fue imprudente al demorarse. Sin embargo, para ella la demora no podía entenderse como la causa próxima de su daño. El tribunal explicó que todo paciente tiene el deber de cooperar con su médico, cumpliendo con sus instrucciones en lo que hace a tratamientos y exámenes: "*Para el momento en que la señora Kassama decidió realizarse el examen, el feto se encontraba en la cúspide de la viabilidad*".

En la acción por *wrongful life* Ibrion reclamó una compensación por los padecimientos emocionales, los gastos médicos y educativos incurridos o a incurrir como consecuencia de haber nacido con el síndrome de Down.

El tribunal explicó que en otras oportunidades y bajo otras circunstancias había llegado a admitir demandas por *wrongful birth*, pero que, haciéndose eco de lo resuelto por la mayoría de los tribunales norteamericanos, no admitiría la demanda por *wrongful life*.

A diferencia de lo que sucede en la acción por *wrongful birth*, donde el daño es el no haber podido elegir, en los casos de *wrongful life* el daño es la vida misma: "*De no ser por la negligencia médica, la madre hubiera abortado y el niño no hubiera sufrido ni hubiera incurrido en costos extraordinarios*".

El razonamiento hipotético no pretende demostrar que, de no haber sido por la negligencia médica, el niño hubiera nacido sano, sino que presupone que, de no haber sido por la conducta negligente, el niño no hubiera nacido.

Consecuentemente, frente al bagaje jurisprudencial norteamericano, el tribunal rechazó la demanda por *wrongful life* señalando que:

- 1) Era la postura adoptada por veintitrés estados;
- 2) era imposible calcular los daños resarcibles comparando una vida defectuosa y una no vida.

6. “*Simmerer vs. Dabbas*”⁴¹

Luego de haber dado a luz a su segundo hijo, el matrimonio Simmerer decidió que Theresa se sometiera a un procedimiento de esterilización. El doctor Dabbas, negligentemente, practicó el procedimiento, razón por la cual Theresa volvió a quedar embarazada, dando a luz a un niño con problemas cardíacos congénitos, que falleció a los 15 meses de vida.

Los Simmerer demandaron al doctor Dabbas y a sus colaboradores por mala praxis, por sí y en representación de su hijo.

Decisión del tribunal

En su voto el juez Cook sostuvo que era cuestionable que bajo la acción de *wrongful pregnancy* se reclamaran los daños derivados de los problemas congénitos del niño.

El sentenciante distinguió la acción de *wrongful birth* de la acción de *wrongful pregnancy*. Así, explicó que mientras que por la segunda se podían reclamar los costos de concebir un hijo no buscado, por la primera, luego de haber recibido un diagnóstico equivocado, se podían reclamar los costos de crianza y cuidados especiales de un niño incapacitado.

Para el tribunal las únicas erogaciones indemnizables eran las resultantes de haber concebido cuando Theresa se suponía esterilizada. Según el tribunal, el hecho de que Steven naciera con problemas congénitos no convertía a la acción en una de *wrongful birth*.

Limitando la acción a una de *wrongful pregnancy*, el juez Cook

⁴¹ 733 NE.2d 1169, Ohio, 2000.

siguió las teorías generales de compensación por daños provocados por un *wrongful pregnancy*, que se aplicaban en los Estados Unidos:

- 1) Reparación total, incluyendo los daños del embarazo y los costos de crianza del menor;
- 2) reparación parcial, donde sólo se indemnizan los daños relacionados con la esterilización defectuosa, el embarazo y el nacimiento;
- 3) la regla del beneficio, que permite disminuir los daños ocasionados en proporción a los beneficios que experimentan los padres por tener y criar a un hijo, y
- 4) la no reparación.

Particularmente, este tribunal sostuvo que aunque la deficiente esterilización podría ser la causa próxima del nacimiento, no necesariamente era la causa próxima de los defectos congénitos. Citando al precedente “*Williams vs. University of Chicago Hospital*”⁴², el tribunal explicó que las lesiones de los demandantes no eran una consecuencia mediata del negligente accionar médico, toda vez que el resultado dañoso no se podía razonablemente prever.

VIII. Jurisprudencia de la Corte de Casación francesa

1. Caso “*Arret Perouche*”⁴³

MY, el médico de la familia XS, constató el 17 de abril de 1982 que la hija de 4 años de una pareja tenía rubéola y similares síntomas le aparecieron a la madre el 10 de mayo de 1982. El médico le prescribió análisis porque estaba embarazada. Un primer estudio realizado el 12 de mayo dio negativo, un segundo test practicado el 27 del mismo mes de 1982 dio positivo. Por errores del laboratorio, o por ligereza del médico, la mujer creyó que ella estaba inmunizada contra esa enfermedad y trajo al mundo un niño con severos problemas neurológicos y sensoriales. Los padres obtuvieron reparación de su perjuicio

⁴² 179 Ill.2d 80 (1997).

⁴³ Fallo de la Corte de Casación francesa en pleno, el 17-11-2000, “*Arret Perouche*”, N° 99-13701 (N° 457 PL).

por parte de la aseguradora y demandaron a los médicos y a la aseguradora en representación del hijo por los daños al menor.

La Corte de Apelaciones de París rechazó la demanda por entender que no existía relación de causalidad entre el error médico y el daño que sufría el niño, porque el perjuicio del menor devino de la rubéola de su madre y no tuvo como causa el error médico. La Corte de Casación casó la sentencia el 26 de marzo de 1996, señalando que como la madre le había comunicado a los médicos su intención de abortar en caso de tener rubéola, el error médico fue la causa del daño sufrido por el niño y reenvió el expediente a la Corte de Apelación de Orleans quien también rechazó la pretensión señalando que no había perjuicio porque no existía un derecho a nacer o a no nacer, y aun cuando reconoció el daño que sus incapacidades provocaban al menor, entendió que éste no provenía de la lesión a un derecho subjetivo jurídicamente reparable.

Nuevamente intervino la Corte de Casación francesa, en este caso en pleno, y decidió que la falta cometida por los médicos y por el laboratorio en el contrato celebrado con la madre del niño le había impedido a ella ejercer su derecho de interrumpir el embarazo, a fin de evitar el nacimiento de un niño discapacitado, y que este último puede demandar la reparación del perjuicio de ser un incapaz que le causó la falta médica que le impidió a su madre abortar.

El fallo tuvo amplio comentario en la doctrina francesa⁴⁴, algunos a favor y otros lógicamente en contra.

2. Los comentarios críticos

Quienes critican la sentencia de la Corte de Casación centran sus oposiciones en cuatro cuestiones fundamentales.

⁴⁴ Aynés Laurent, en *Recueil Dalloz*, 2001, *Chroniques*, p. 492, *Prejudice de l'enfant né handicapé: La plainte de Job devant la Cour de Cassation*; Aubert Jean Luc, en *Recueil Dalloz*, 2001, *Chroniques*, p. 489, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère n'aurait pas dû être*; Denis Mazeaud, en *Recueil Dalloz*, 2001, p. 332, *Réflexions sur un malentendu*; Patrice Jourdain, en *Recueil Dalloz*, 2001, *Jurisprudence*, p. 332, *L'indemnisation du prejudice de l'enfant né handicapé consacrée par l'assemblée plénière. Naitres certes mais comment?*, en R. T. D. Civ., janv-mars, 2000, p. 80.

Falta de relación de causalidad. Evidentemente la causa de las gravísimas anomalías del niño fue la rubéola de su madre y no el error médico de no informar que ésta tenía rubéola, porque las deformidades no devinieron de la negligente información de los profesionales en el arte de curar sino de la enfermedad que sufría la madre.

Falta de daño jurídicamente reparable. La reparación surge ante la vulneración de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y, en verdad, el hijo no tiene derecho a no nacer, o a nacer sin ninguna anormalidad. Como la consecuencia de la falta de información a la madre fue impedirle a ésta abortar, lo que se le privó al hijo es la chance de ser abortado y esto para el hijo no es un derecho subjetivo indemnizable.

Inseguridad por las consecuencias. La doctrina señala que si una madre advierte el riesgo de malformación o discapacidad de su hijo puede adoptar la decisión de no abortar y traerlo al mundo; sin embargo, de aplicarse en forma extrema la doctrina de la Corte de Casación francesa, como el ejercicio de esta libertad causaría un daño a otro, la madre podría ser responsable por las consecuencias, no sólo frente al hijo nacido discapacitado sino también frente a la seguridad social, que tendría que cargar con las consecuencias del costo económico del discapacitado. Con lo cual el derecho al aborto dejaría prácticamente de ser un derecho para transformarse en un deber dentro de un "eugenismo económico-social"⁴⁵.

Imposibilidad de evaluar el daño. Nadie duda de que los problemas neurológicos graves, la sordera bilateral, la retinopatía y la cardiopatía constituyen para el menor un perjuicio, pero la cuestión está en saber si esta grave disminución de sus facultades intelectuales y físicas generan un derecho a la reparación.

Según el abogado general Sainte-Rose, "el perjuicio invocado no es jurídicamente reparable", porque no se puede evaluar el daño, ya que la reparación debe colocar a la víctima en el lugar que ella se encontraba antes de que su derecho fuera violado y el sitio en que el niño se encontraría de no haber nacido discapacitado sería la muerte y la muerte carece de valor de reparación.

⁴⁵ LAURENT, ob. cit., p. 492.

3. *Los comentarios favorables*

La reparación integral del perjuicio. La doctrina señala que si bien, en el caso, la reparación no busca restablecer un statu quo anterior, se tiende a asegurar al menor los medios de existencia que su incapacidad le priva, incluyendo la carga de sus necesidades básicas suplementarias⁴⁶.

Consagración de un nuevo tipo de daño reparable. La decisión de la Corte de Casación del 17 de noviembre de 2000 innova en las características del daño reparable, adaptando el derecho a la evolución de la sociedad, al admitir el derecho del menor discapacitado nacido en las condiciones determinadas en el fallo de obtener la reparación de su daño sin que ello suponga ninguna discriminación ni incite a un comportamiento abortivo⁴⁷.

Respeto al interés del menor. El principio de indemnización del menor nacido discapacitado, consagrado por la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, ha sido considerado digno de aprobación porque preserva el interés del menor y asegura el respeto de la dignidad de la persona mejor que si se rechazara totalmente la indemnización de su discapacidad, ya que permite al niño gravemente incapacitado física y mentalmente una vida material con condiciones más conformes a la dignidad humana sin ser abandonado a la sola ayuda familiar⁴⁸.

IX. Conclusiones

Una de las áreas donde se ha producido un mayor aumento en el desarrollo científico y tecnológico es la referida a la reproducción humana. Hoy constituye una realidad la posibilidad de corregir o suplir la falta de capacidad biológica generativa, como también resulta absolutamente posible conocer con anterioridad al nacimiento las malformaciones, taras o daños graves a la salud que pueden llegar a tener los hijos.

El conocimiento de enfermedades genéticas, discapacidades o taras

⁴⁶ JOURDAIN, ob. cit., p. 332.

⁴⁷ AUBERT, *Indemnisation d'une existence...* cit., p. 489.

⁴⁸ JOURDAIN, *L'indemnisation...* cit., p. 332.

permite a los progenitores evitar la concepción cuando no puedan o no quieran asumir la paternidad de un discapacitado.

Cuando se conocen los riesgos que puede sufrir la prole y los padres deciden no concebir, o evitar la reproducción y por un error médico ésta se produce, resulta indiscutible el deber de indemnizar de los profesionales que por su negligencia impidieron el derecho de ejercer una paternidad responsable y obligaron a los progenitores a ser padres en contra de su voluntad de un niño discapacitado.

La responsabilidad es clara en los supuestos en que los padres se someten a operaciones esterilizantes para evitar la concepción de hijos discapacitados o con enfermedades genéticas o hereditarias, y por error médico dan a luz niños con severas anormalidades, y también se advierte fácilmente en el caso en que las taras del menor guardan relación de causalidad eficiente con el hecho médico.

Resulta más problemático admitir la responsabilidad de los médicos y aseguradores cuando el daño no guarda una relación de causalidad adecuada con la actividad de los profesionales del arte de curar. Ello resultaría casi imposible en nuestro país en donde no existe el derecho al aborto y los médicos responden contractualmente sólo por las consecuencias inmediatas y necesarias, mientras que las consecuencias mediatas sólo son indemnizables en caso de dolo obligatorio⁴⁹.

Nos ha parecido importante informar sobre la jurisprudencia relativa al *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful pregnancy*, porque consideramos necesaria la reflexión del jurista y de los profesionales de otras áreas del conocimiento, como la medicina, la biología, la genética y la filosofía, en estos temas tan difíciles que ya han sido objeto de decisión concreta en países del sistema continental europeo como del *common law* y que en nuestro país aún aparecen como muy poco debatidos.

⁴⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 273.