

CONCEPCIÓN, NACIMIENTO Y VIDA:
SU CUESTIONABLE MÉRITO
INDEMNIZATORIO
(UNA LECTURA PANORÁMICA RELATIVA
A LAS *WRONGFUL ACTIONS*)

CONCEPTION, BIRTH AND LIFE:
ITS QUESTIONABLE MERIT
INDEMNIZATION
(A PANORAMIC READING OF *WRONGFUL ACTIONS*)

*Renzo Munita Marambio**

RESUMEN: El objeto de este trabajo corresponde a abordar el tratamiento indemnizatorio de eventos subjetivamente dañosos, vinculados a la existencia natural o legal de un ser humano. Comprendemos dentro de este espectro, tanto el cuestionable daño sufrido por quien quiso evitar un embarazo sin éxito en razón de una infracción a la *lex artis*; aquel que se identifica con la pérdida de la oportunidad de abortar, en caso de haber conocido la condición con la que venía el niño; como incluso aquel que tiene relación con la consideración de la vida misma (*post* nacimiento) como un daño. El estudio de estos temas se realizará desde la perspectiva de países exponentes del sistema anglosajón como del latino continental de responsabilidad civil. En particular, respecto de las acciones a través de las cuales puede ser demandada la indemnización. Nos referiremos, entonces, a las *wrongful actions* y, en particular, a la acción por *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, de acuerdo con la terminología tradicional anglosajona¹. Lo que para nosotros corresponde a decir “acción por concepción injusta”, “nacimiento injusto y vida injusta”.

* Doctor en Derecho Privado por la Universidad Grenoble Alpes, Francia. Magíster en Derecho Privado por la Universidad Grenoble 2, Francia. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Abogado. Profesor Investigador Universidad del Desarrollo.

Las citas de textos en francés y en inglés son traducciones libres del autor.

¹ MARTÍN (2000), pp. 182-183. No todos los autores coinciden en la calificación de las acciones. Sobre este punto véase ATAZ (2006), p. 343.

PALABRAS CLAVE: Indemnización – Daño – Wrongful Actions – Nacimiento – Vida.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to address the compensatory treatment of subjectively harmful events, linked to the natural or legal existence of a human being. We understand within this spectrum, both the questionable damage suffered by those who wanted to avoid pregnancy without success because of an infringement of the *lex artis*; The one who identifies with the loss of the opportunity to have an abortion, if he or she has known the condition with which the child came; As even that which relates to the consideration of life itself (post-birth) as a damage. The study of these topics will be carried out from the perspective of countries that are exponents of the Anglo-Saxon system and of the Latin American continental civil liability. In particular, with respect to the actions through which compensation may be claimed. We will then refer to wrongful actions, and in particular to wrongful conception, wrongful birth, and wrongful life, according to the traditional Anglo-Saxon terminology. What for us corresponds to say, action by unjust conception, unjust birth and unjust life.

KEY WORDS: Indemnization – Damage – Wrongful Actions – Birth – Life.

* * *

INTRODUCCIÓN

Ha sido discutida en doctrina, jurisprudencia e, incluso, legalmente la posibilidad de reclamar indemnizaciones de perjuicios sostenidas en las malformaciones o deficiencias graves que presenta un recién nacido, en circunstancias que ellas no fueron oportunamente comunicadas por el médico durante el embarazo, y que de haber sido conocidas, la madre hubiera optado por el aborto de la vida en gestación². En otros términos, los progenitores no reciben la información relativa a la existencia de anomalías o de riesgos en el feto, las cuales, en el entendido de un correcto desempeño por parte del profesional, bien podrían haber sido comunicadas³. En esta línea, los daños se vinculan a la posibilidad que asiste a la madre de haber podido dar término al embarazo.

La constatación anterior puede afectar intereses desde una doble perspectiva: tanto respecto de los padres, como respecto del niño. Así, ha sido va-

² MACÍ A (2008), p. 200.

³ Para un análisis comparado sobre la cuestión, que si bien data ya de más de una década, no ha perdido su valor científico: MARKESINIS (2001), p. 77 y ss.; en cuanto a la responsabilidad derivada de diagnósticos prenatales: DE ÁNGEL YAGÜEZ (1996), p. 108.

lorada una formulación de acciones indemnizatorias derivadas del nacimiento del niño invocables por sus progenitores, como por parte del mismo niño en razón del hecho su vida, estimada como injusta.

En sentido de lo expuesto, la jurisprudencia anglosajona es rica en pronunciamientos relativos a eventos como los descritos, calificando como figuras de *wrongful birth* las acciones deducidas por los padres, destinadas a demandar la indemnización de los daños derivados del “nacimiento injusto” de su hijo (tanto respecto de angustias, como de daños patrimoniales derivados del embarazo y del parto propiamente tal, así como en razón de los gastos de educación y de mantenimiento del hijo). Dichos daños, se estima, se caracterizan por ser una consecuencia causal del actuar negligente del médico, los cuales deben ser indemnizados, siempre que se demuestre que la mujer se hubiera practicado un aborto de saber las condiciones con las que venía en feto.

También se registran las denominadas acciones de *wrongful life* que son aquellas demandas que persiguen la indemnización por los daños experimentados por el hijo, derivados del hecho mismo de haber nacido o de su “vida injusta”. Dichos daños son vinculados a la condición de desarrollar una vida como discapacitado.

Es del caso hacer presente *que el daño puede situarse, asimismo, en un espectro jurídico previo a la concepción*. Luego, puede ser discutido el perjuicio de aquellos padres que acuden al médico para efectos de que les comuniquen los posibles riesgos de concebir un hijo en atención a su respectiva carga genética. De aquí que la discusión puede tener relación con la intención frustrada de no querer transmitir descendencia, en orden a que la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores fue practicada negligentemente. En palabras de la profesora A. Macía M., en el ejercicio de la acción en referencia

“se plantea una demanda de responsabilidad por parte de uno o de ambos progenitores ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, se ha tratado de evitar. Aunque el niño nace sano (...), es precisamente el hecho del nacimiento no deseado, el daño sobre el cual se establece la demanda: se reclama indemnización por los gastos que acarrea el nuevo miembro de la familia, así como (en ocasiones) daño moral por el embarazo no deseado”⁴.

Dichas acciones se denominan en la jurisprudencia anglosajona de *wrongful conception*, entendida como aquellas que tienen por objeto obtener una indemnización por el “embarazo injusto”⁵.

Con todo, el fenómeno de los daños identificados con la vida gestacional o con la vida natural implica la reflexión obligada de cuestiones filosóficas y religiosas relativas al derecho a la vida y al valor que se le asigna a la misma, en

⁴ MACÍA (2005), p. 53.

⁵ ATAZ (2006), p. 342.

cada uno de los países en los cuales se ha discutido el tema que comentamos. Luego, el planteamiento de una indemnización relativa a que el menor hubiera preferido no vivir que vivir en las condiciones en las que desarrolla sus aptitudes vitales, o que los progenitores, de haber sabido los problemas que presentaría su hijo, no lo hubieran tenido, en justicia puede significar un contrasentido con aquellas concepciones que defienden el valor superior que se le asigna a la vida del ser humano. En este sentido, exponemos las palabras del profesor H. Corral T., quien critica “el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad” agregando más adelante:

“un hijo siempre es un don y no una carga. Un ser humano aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y la belleza del mundo”⁶.

Es del caso hacer presente que criterios como el indicado motivaron hace algunas décadas a que algunas jurisdicciones estadounidenses se refirieran a la indemnización de daños derivados del nacimiento en duros términos, rechazando categóricamente las reparaciones. En este sentido, se indicó por jueces contrarios a esta corriente indemnizatoria que tales alegaciones implicaban una “actitud social facista-orweliana de pureza genética”⁷.

Por nuestra parte, nos sumamos a las opiniones antes apuntadas. Por cuanto, si bien el interés de redactar estas líneas obedece a plantear la cuestión a título de manifestación de un comentado fenómeno de diversificación de daños, el cual abordaremos sin ingresar en el detalle de formulaciones filosóficas o religiosas, sería ingenuo afirmar, en nuestro entender, que comentarios relativos a esta naturaleza de contenciosos pudieran verificarse con independencia de las convicciones más íntimas de quien redacta estas líneas. De aquí que en este punto sigamos a la profesora A. Macía M., quien afirma:

“el estudio de estas acciones y su rechazo o aceptación se ha justificado a través de argumentos que, en realidad, tienen más que ver con la propia ideología del jurista o del tribunal, que con la aplicación estricta de la responsabilidad civil y el análisis de la concurrencia de sus elementos en este tipo de supuestos. La estrecha relación entre la reclamación de responsabilidad civil y el hecho de la vida pone de relieve la existencia de un importante componente ético o moral en estas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que decide en muchas ocasiones el tratamiento que reciben y la aplicación de soluciones que no atienden tanto a los principios y valores reconocidos e integrados en el ordenamiento como a las propias convicciones personales”⁸.

⁶ CORRAL (2003), p. 162.

⁷ *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*, 451 F. Supp. 692, 695 (1978), citado por TEFF (1985), p. 427.

⁸ MACÍA (2009), p. 180.

De aquí que no seamos cautos en manifestar, que este tipo de acciones constituyen un atentado abierto a las concepciones humanistas sobre las cuales se ha cimentado nuestro derecho, que con tanto ímpetu un determinado sector pretende alterar en la actualidad, particularmente mediante la discusión del proyecto de ley sobre la mal llamada “interrupción del embarazo” en tres causales (se agregan comillas por cuanto no es más que el reconocimiento del aborto el cual se pretende legitimar. Obedece la terminología propuesta entonces, al ejercicio de una técnica legislativa destinada a suavizar el lenguaje. Consideramos pertinente la referencia al proyecto, por cuanto consideramos que la causal de aborto por violación, abre la puerta a un aborto libre. Lo anterior por cuanto una mujer, víctima de la angustiosa situación en la que vive –embarazo juvenil, por ejemplo–, bien podría afirmar haber sido violada y en definitiva abortar sin mayor prueba que su propio testimonio. Recordemos, además, que la violación constituye un delito que debe ser probado y declarado por sentencia judicial. Cuestión que, con seguridad, se verificará varios meses después al aborto mismo. Luego, bien puede darse la infeliz paradoja que el niño haya sido abortado por ser el fruto de una supuesta violación, que en los hechos no fue probada e incluso ni siquiera denunciada).

PLAN

Siguiendo la técnica jurisprudencial de algunos países, apreciamos que existe una tendencia relativa a la aceptación del resarcimiento derivado del nacimiento injusto o *wrongful birth*, así como de la concepción injusta o *wrongful conception*; mientras que normalmente ha sido rechazada la indemnización del hecho de vivir o *wrongful life*⁹. En las líneas que siguen abordaremos, primero, el impacto de estas acciones mediante una revisión jurisprudencial de diversas latitudes (I); para, posteriormente, referirnos a la pertinencia indemnizatoria de las figuras señaladas (II).

PRIMERA PARTE

ILUSTRACIONES JURISPRUDENCIALES RELATIVAS AL MÉRITO INDEMNIZATORIO DE DAÑOS VINCULADOS A LA VIDA HUMANA

Antes de ingresar en el análisis de esta primera parte, resulta conveniente hacer una referencia a los *supuestos necesarios para la retención de WRONGFUL ACTIONS por parte del tribunal respectivo*. Así, si bien respecto de las acciones

⁹ STRASSER (1999), p. 29.

por *WRONGFUL CONCEPTION* o “concepción injusta” resulta indispensable: la infracción a la *lex artis* en la operación destinada a la esterilización del hombre o de la mujer –verificándose la fecundación con posterioridad, o la verificación de un cumplimiento defectuoso de la obligación de información de parte del médico; respecto de las acciones por *WRONGFUL BIRTH* o “nacimiento injusto” así como por *WRONGFUL LIFE* o “vida injusta” constituye pieza fundamental la regulación legal del aborto en términos de derecho. En este sentido, el *wrongful birth* persigue lograr una indemnización por el incumplimiento negligente del médico de su obligación de comunicar una condición desmejorada del feto, cuestión que de haber sido conocida por la madre se hubiera optado por el aborto del mismo. El *wrongful life*, por su parte, se vincula al perjuicio que habría experimentado el mismo hijo que nació con una condición particular, toda vez que su madre no lo abortó a consecuencia de la negligencia del especialista.

Pues bien, una vez realizada la aclaración antes mencionada, nos ocuparemos de una revisión panorámica de la situación jurisprudencial de las indicadas acciones. En este cometido, nos pronunciaremos sobre el tratamiento asignado por países exponentes del sistema anglosajón de responsabilidad, en un primer tiempo (A); para en un segundo tiempo, referirnos a países concernientes al sistema latino continental (B).

A. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES EN PAÍSES EXPONENTES DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN DE RESPONSABILIDAD

A lo largo de este punto nos referiremos a la jurisprudencia de Estados Unidos (1) y del Reino Unido (2).

1. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de Estados Unidos.

Los análisis permiten ser distinguir respecto de eventos relativos a la negligencia del médico en la intervención quirúrgica destinada a la esterilización de uno de los progenitores (a); como manifestada en el error de diagnóstico traducido en la omisión de enfermedades o deficiencias graves del recién nacido (b).

a. En cuanto a la negligencia en la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful conception*

Tribunales estadounidenses se han referido al mérito indemnizatorio del *wrongful conception* desde el año 1934. La jurisprudencia se inaugura mediante un rechazo a la indemnización en el juicio *Christensen v. Thornby*. En efecto,

la Corte Suprema de Minnesota por sentencia de 22 de junio, se pronunció absolviendo a un médico, que practicó negligentemente una vasectomía. En los hechos la mujer del paciente resultó embarazada. Se hace presente que la operación había sido recomendada en atención a los riesgos corridos por la mujer en caso de esperar familia. Este elemento es importante, puesto que finalmente la Corte rechazó la indemnización, en atención a que el embarazo se desarrolló en términos normales, sin daño para la mujer. Dispuso el tribunal:

“El objetivo de la operación correspondía a proteger a la mujer en cuanto a las posibilidades de daños respecto de su vida en atención a un parto. El propósito no correspondía a evitar los gastos propios del embarazo y parto. La mujer sobrevivió. En lugar de perder a su esposa, el demandante ha sido bendecido con la paternidad de otro niño”¹⁰.

Más adelante, se constata una tendencia en la jurisprudencia estadounidense relativa a acoger la indemnización por los daños derivados del *wrongful conception*. Así, en el juicio *Custodio v. Bauer*, resuelto por la Corte Suprema de California por sentencia de 24 de mayo de 1967. En la especie, se demandó la indemnización de los daños derivados de la defectuosa operación de ligamiento de trompas practicada a una mujer, que resultó embarazada meses más tarde. El perjuicio se tradujo en los gastos referidos a la crianza del hijo y a la esterilización a la que se sometería la mujer con posterioridad. El tribunal consideró que “la alegría de un hijo no deseado no superaban los gastos económicos”. En consecuencia, se dio lugar a la indemnización por cuanto, los costos económicos para criar al hijo no deseado podrían restar parte del ingreso total de la familia de los otros miembros de esta¹¹. El criterio antes expuesto se constata, asimismo, en otras sentencias, tales como aquella que se dictó en el contencioso *Wilbur v. Kerr*, por la Corte Suprema de Arkansas el 8 de marzo de 1982¹². En esta, se ordenó la indemnización de los daños derivados de la vasectomía realizada negligentemente y en las consecuencias del embarazo verificado, esto es, sin considerar dentro de la indemnización a los gastos de manutención, soporte y educación del hijo. El tribunal ordenó, luego de argumentar el rechazo a la indemnización de gastos derivados de la crianza del niño nacido:

“No decimos que un médico no tenga que responder por la comisión de un acto tan negligente. El médico es responsable de la integridad de los daños relacionados con la operación y con el embarazo (...). Nos

¹⁰ *Christensen v. Thornby* (1934) 192 Minn., at p. 126 [255 N.W. at p. 622]. Considerando disponible en línea: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/303.html>. Cf. *WILMOTH* (1980), p. 623.

¹¹ *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 303, 324, 59 Cal. Rptr. 463, 477 (1967). Cf. *BRAVERMAN* (1978), p. 431.

¹² *Wilbur V. Kerr*, 628 S.W.2d 568 (1982). *TAYLOR* (1982), p. 593.

unimos a los tribunales que reconocen estos daños como válidos que pueden ser resarcidos en estos casos. Es el costo de criar a un hijo no deseado y saludable el cual consideramos que no debe ser permitido”.

Por su parte, ordenando una indemnización integral de los daños, es decir, derivados del hecho del embarazo y de la crianza, se ha pronunciado la Corte Suprema de Massachusetts, respecto del litigio *Burke v. Rivo*¹³, de 1 de marzo de 1990. En la especie, se ordenó:

“los padres pueden recuperar el costo de la crianza (al menos inicialmente) del hijo no deseado normal y saludable, pero solamente si su razón para buscar la esterilización fue fundada en consideraciones económicas o financieras”¹⁴.

Es del caso desprender de los criterios jurisprudenciales antes expuestos, que son dos las corrientes indemnizatorias recogidas por las Cortes estadounidenses a la hora de ordenar el resarcimiento de daños derivados de la concepción entendida como injusta¹⁵.

Por un lado, existen Cortes que confieren indemnizaciones parciales, mientras que existen otras que conceden indemnizaciones integrales. Las primeras comprenden los daños derivados del embarazo, la esterilización defectuosa y los costos del nacimiento, entre ellas: daño moral, daño patrimonial por los fallos de los sistemas contraceptivos; mientras que las segundas comprenden, además de las anteriores, los costos de manutención, educación y soporte del menor. Se hace presente que el carácter especulativo de esta categoría de daños es la que aleja a las cortes de acceder a indemnizaciones integrales¹⁶.

Por otro lado, siguiendo a las autoras C. A. Andalia y Sh. S. Boston, es posible afirmar que hasta el año 2013, 42 Estados reconocen el *wrongful conception* como categoría de perjuicio indemnizable. Entre ellos, 31 han ordenado indemnizaciones parciales, mientras que 7 de ellos han ordenado indemnizaciones integrales, 3 han reconocido el daño, sin precisar los criterios indemnizatorios y 1 ha, incluso, aplicado daños punitivos¹⁷.

Más allá de lo anterior, también la omisión en la comunicación de particularidades graves de la persona que habrían impedido a la madre abortarlo, también ha sido planteada como categoría de perjuicio, según veremos.

¹³ *Burke v. Rivo*, 406 Mass. 764, 551 N.E.2d 1 (1990), Cf. GARFINKLE (1991)

¹⁴ *Burke v. Rivo*, p. 772.

¹⁵ MACÍA (2005), p. 53.

¹⁶ WILLIAMS (1990).

¹⁷ ANDALIA Y BOSTON (2013).

b. En cuanto a la negligencia del médico relativa a la no comunicación de malformaciones o deficiencias graves del hijo, constatadas a la época del nacimiento.

En este escenario pueden ser analizados dos tipos de perjuicios, aquellos que tiene relación con los daños derivados de la verificación del nacimiento (1°) y aquellos derivados de la vida misma del menor (2°).

1° Respecto de los daños derivados del hecho del nacimiento.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful birth*

El primer precedente que abordó la cuestión de los daños sufridos por la madre, relativos al nacimiento de un hijo con problemas graves de salud, pudiendo estos haberse identificado con anterioridad al nacimiento, y en tal caso haberse impedido el nacimiento del hijo, corresponde a la sentencia que resolvió el contencioso *Gleitman vs. Cosgrove*, pronunciada por la Corte de Suprema de Nueva Jersey con fecha 6 de marzo de 1967¹⁸. La indicada sentencia rechazó las acciones indemnizatorias reclamadas tanto desde el prisma del *wrongful birth* como desde el prisma del *wrongful life* (según veremos más adelante). En los hechos, las acciones se argumentaron a la luz del diagnóstico y tratamiento asignado en relación con la rubéola que había padecido una madre durante su embarazo. El médico habría informado que la enfermedad no tendría ninguna repercusión en el feto. Dicho diagnóstico fue incorrecto y el recién nacido presentó trastornos auditivos, visuales y vocales. El tribunal, desestimando, en definitiva, la acción indemnizatoria, y refiriéndose a los costos incurridos en la curación y cuidado del niño, expuso:

“A pesar de que hay una conexión obvia entre la pérdida de la opción de abortar y esos costos, me parece que la reclamación de los padres por concepto de gastos incurridos en la curación y el cuidado del bebé pre-supone, en última instancia, a una demanda en interés del niño”¹⁹.

Más allá de lo anterior, el rechazo se tradujo en las dificultades de valoración del perjuicio. Indica la sentencia:

“Problemático, sin embargo, es la medida de daños y perjuicios. Dos elementos importantes nos vienen a la mente a la vez, los gastos de curación médica y el costo de mantenimiento del niño”²⁰.

El criterio antes expuesto no debe ser estimado como definitivo, por cuanto existen resoluciones judiciales que han resuelto reconocer el daño de los progenitores en lo que respecta el nacimiento de su hijo, es decir, por vía de *wrongful birth*.

¹⁸ *Gleitman vs. Cosgrove*, 49 N.J. 22 (1967).

¹⁹ *Op. cit.*, 64.

²⁰ *Ibid.*

Así, la sentencia que resuelve el contencioso *Jacobs v. Theimer* pronunciada por la Corte Suprema de Texas con fecha 19 de marzo 1975²¹. En los hechos, una mujer acude a un establecimiento de salud con motivo de consultar si los síntomas que padecía correspondían o no a la rubéola. La respuesta del médico demandado fue negativa, naciendo el menor con múltiples secuelas. La mujer demandó al médico por concepto de daños derivados del tratamiento y atención médica del menor, y de su propio daño emocional. El tribunal ordenó la indemnización de los daños derivados del hecho del nacimiento, en atención a la negligencia incurrida por el doctor Theimer. En este sentido, la sentencia apoyándose en el criterio enseñado en *Wilson v. Scott*, 412 SW2d 299 (Tex. 1967), expuso:

“El Dr. Thiemer se encontraba sujeto a la obligación de comunicar razonablemente el diagnóstico, y los riesgos del tratamiento propuesto, respecto de la continuación del embarazo, como lo hubiere hecho normalmente un médico en las mismas circunstancias”²².

Más adelante, la sentencia criticando el rechazo en la partida referente al *wrongful birth*, efectuado por parte del fallo en *Gleitman vs. Cosgrove*, ya citado, enseña:

“es imposible para nosotros justificar una política que prive a los padres de la información en atención a la cual podrían haber elegido interrumpir un embarazo con altas probabilidades de que nazca un niño con deformidades (...)”²³.

En el sentido expuesto, la sentencia dictada en el contencioso *Becker v. Schwartz*, por la Corte de Apelaciones de Nueva York, el 27 de diciembre de 1978²⁴, condenó a un médico, en atención a la omisión en la información relativa al síndrome de Down del hijo de la demandante. En los hechos, la madre de autos recurrió al profesional de salud, pidiendo se le comunicaran los riesgos relativos a su estado de gravidez, no obstante tener más de treinta y cinco años de edad. El facultativo no comunicó ni riesgos ni la disponibilidad de acceder al examen de la amniocentesis y los procedimientos de prueba relacionados con la constatación de la condición del feto. El tribunal ordenó:

“el demandante puede obtener indemnización por los daños derivados de las consecuencias perjudiciales probadas causadas directamente por la infracción”.

²¹ *Jacobs vs. Theimer* (1975).

²² *Jacobs v. Theimer* [519 SW2d 848].

²³ *Op. cit.* [849].

²⁴ *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401 (1978). DEWITT (1982), p. 724.

Sin perjuicio de lo anterior, es rechazada la indemnización derivada de los daños morales por cuanto:

“los padres de un bebé con dificultades sufrirán la angustia que sólo los padres pueden experimentar respecto del nacimiento de un niño en un estado deteriorado. Sin embargo, a pesar del nacimiento de un niño afectado por una anomalía, (...) los padres pueden todavía experimentar un amor que incluso una anomalía no puede suprimir plenamente”²⁵.

Podemos citar, asimismo, la sentencia que decidió el contencioso *Barder v. Johnson*, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Indiana, el 14 de enero de 1997²⁶. En los hechos, tanto el padre como el primer hijo de la demandante nacieron con defectos congénitos de índole visual. Cuando la madre resultó embarazada por segunda vez, los padres se hicieron informar respecto de la verificación de la salud del feto. Los médicos comunicaron que el niño venía sano, lo cual fue efectivo. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la madre resultó embarazada por tercera vez, los padres nuevamente pretendieron hacerse informar respecto del estado del feto. En este punto, según se desprende de las pruebas rendidas, el seguimiento del embarazo no se realizó en el momento oportuno, naciendo el niño con múltiples defectos de nacimiento, falleciendo cuatro meses después. El tribunal determinó que los padres del menor fallecido podían obtener una indemnización derivada de:

- (1) los gastos extraordinarios necesarios para tratar el defecto de nacimiento,
- (2) los gastos médicos o educativos adicionales atribuibles al defecto de nacimiento durante la minoría de edad del niño,
- (3) los gastos médicos y hospitalarios incurridos como resultado de la negligencia del médico,
- (4) el dolor físico sufrido por la madre,
- (5) daños derivados del hecho de un miembro de la familia sea muerto a causa de la negligencia de un tercero (*loss of consortium*) y
- (6) la angustia mental y emocional sufrido por los padres²⁷.

Más reciente es el contencioso *Levy v. Oregon's Legacy Health Hospital*, respecto del cual la sentencia dictada por el Multnomah County Circuit Court, con fecha 27 de abril 2012, reconoció otro caso de *wrongful birth*. En los hechos, la hija del matrimonio de Ariel y Deborah Levy nació con síndrome de Down. La madre de la menor, durante su etapa gestacional, preguntó a un médico si su hija presentaba un desarrollo normal, lo cual fue respondido afirmativamente por parte del especialista. Lamentablemente, un examen de sangre practicado después del nacimiento demostró que la niña padecía la

²⁵ *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 414.

²⁶ *Barder v. Johnson*, 675 N.E.2d 1119 (1997).

²⁷ *RENDER et al.* (1998), p. 630.

indicada anomalía. Los daños reclamados por los padres derivan de la imposibilidad de haber sido sometida la señora Levy a un aborto en caso de haber sabido oportunamente la condición de su hija²⁸. En definitiva, el establecimiento de salud fue condenado a la suma de 2,9 millones de dólares de indemnización.

Siguiendo a las autoras C. A. Andalia y Sh. S. Boston²⁹, hacemos presente que hasta el año 2013, son 25 Estados los que reconocen el *wrongful birth* como categoría de perjuicio. Podemos decir que acciones que han sido presentadas se dividen en dos categorías. La primera, respecto del error de diagnóstico relativo a la mujer o a su pareja sexual como portadores de una carga genética capaz de provocar deficiencias o discapacidades específicas, una vez que la concepción ya ha sido consumada. La segunda, respecto del diagnóstico defectuoso del feto relativo a un trastorno genético o congénito.

Indicado lo anterior, nos referiremos al tratamiento del *wrongful life* en el Derecho de Estados Unidos.

2° Respecto de los daños derivados del hecho de vivir.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful life*

En nuestro entender, la formulación indemnizatoria de daños de naturaleza como la indicada, corresponde a una de las consecuencias de la sentencia pronunciada en el contencioso Zepeda v. Zepeda, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Illinois, el 3 de abril de 1963³⁰, litigio en el que se ejercitó una acción de vida insatisfactoria o de *disadvantaged* o *dissatisfied life*³¹. En ella se discutió el mérito indemnizatorio derivado de los daños alegados por un menor en atención a su calidad de hijo ilegítimo (en los hechos el padre había planteado a la madre tener relaciones sexuales convenciéndola bajo el pretexto de casarse en caso de resultar embarazada). Dicha condición había impedido su desarrollo en términos de normalidad, perturbación que a su juicio debía ser indemnizada. Si bien, se deja constancia en la sentencia que respecto del demandante “su nacimiento adulterino le ha puesto bajo una discapacidad permanente”³², es también enseñado que “el reconocimiento de la reclamación del demandante significa la creación de un nuevo *tort*: derivado de la acción denominada *wrongful life*. Las consecuencias jurídicas de un *tort* de esta naturaleza son enormes, el impacto social podría ser asombroso”³³. Se rechazó, en definitiva, la acción en responsabilidad, argumentándose por parte del tribunal:

²⁸ FISHMAN (2012).

²⁹ ANDALIA Y BOSTON (2013).

³⁰ Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App. 2d 240 (1963).

³¹ PACHECO-JIMÉNEZ (2011), p. 6.

³² Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App.2d 258.

³³ *Op. cit.*, 259.

“si queremos disponer de una acción legal para un concepto tan radical como la *wrongful life*, esto debe venir después de un estudio exhaustivo de sus consecuencias”³⁴.

Por un lado, nos parece acertada la decisión del tribunal por cuanto problemas relativos a la calificación de hijos legítimos o ilegítimos y otros equivalentes, merecen regulaciones desde la órbita de planteamientos estatales, lejanos al recurso indemnizatorio de la responsabilidad civil. Por otro, la proyección realizada por la Corte en el juicio antes señalado, fue efectiva. Lo indicado, por cuanto la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses demuestra la actividad de que ha sido objeto la formulación de daños por vía de la acción por *wrongful life*, aun cuando la tendencia pretoriana sea contraria a ordenar indemnizaciones derivadas del “daño de vivir”³⁵.

Esto se demuestra, por ejemplo, en la sentencia ya citada *Gleitman vs. Cosgrove*, por la cual el tribunal rechazó la indemnización por la vía descrita, por cuanto:

“la medida normal de daños y perjuicios en las acciones de responsabilidad civil es compensatorio. Los daños se miden mediante la comparación de la condición que el demandante sin una actuación negligente, respecto de la condición deteriorada del demandante como resultado de la negligencia. El nacido tendría que medir la diferencia entre su vida con defectos respecto del vacío absoluto de la no existencia, lo cual es imposible. Este tribunal no puede sopesar el valor de la vida con impedimentos contra la no existencia de la vida misma”³⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, se detectan sentencias en las que han sido ordenadas indemnizaciones bajo el fundamento del *wrongful life*, entre ellas, por ejemplo, la sentencia que decidió el litigio *Park v. Chessin*³⁷, pronunciada por la Corte Suprema de Queens, con fecha 2 de septiembre de 1976. En los hechos, en 1969, la señora Hetty Park dio a luz a un niño afectado por una enfermedad renal poliquística infantil; a causa de dicha enfermedad, el bebé murió cinco horas después de que naciera. Con posterioridad a la fatal experiencia, los padres pidieron a los médicos información relativa a los riesgos de tener otro niño afectado por el mismo mal. La respuesta de los profesionales fue que dicho riesgo era prácticamente nulo, por cuanto la enfermedad no era hereditaria. Sin embargo, un año después, la madre dio a luz una niña, Lara, que también sufrió de la enfermedad renal poliquística infantil, falleciendo a

³⁴ *Zepeda vs Zepeda*, 41 Ill. App.2d 260.

³⁵ En efecto, solo se registran precedentes jurisprudenciales aceptando la indemnización del *wrongful life* por cuatro estados. Así, California, Nueva Jersey, Luisiana y Washington. *ANDALIA y BOSTON* (2013).

³⁶ *Gleitman vs. Cosgrove*, 49 N.J. 28.

³⁷ *Park v. Chessin*, 88 Misc. 2d 222 (1976). *COHEN* (1978) pp. 211 y ss.

la edad de dos años y medio de edad. La Corte ordenó que el nacimiento y la vida en esas condiciones correspondieron a un daño que debía ser indemnizado.

En la misma línea, podemos agregar la sentencia de 3 de mayo de 1982, por la que la Corte Suprema de California resolvió el contencioso *Turpin v. Soritini*³⁸, ordenando la indemnización de un menor. En los hechos el niño, Joy Turpin, interpuso una demanda por *wrongful life*, por concepto de la negligencia del médico en la detección de la sordera hereditaria que podría padecer. El demandante sostuvo que el profesional fue negligente por cuanto *pudo haber diagnosticado dicha enfermedad* en conformidad a la sordera que padecía su hermana, atribuyéndola a una carga hereditaria.

SÍNTESIS. Percibimos la existencia de un dinamismo pretoriano importante en Estados Unidos en lo que concierne el tratamiento de las acciones estudiadas. A propósito de las acciones por *wrongful conception*, los daños indemnizados van principalmente en la línea de la reparación de los costos del embarazo, de la esterilización defectuosa, de los gastos incurridos en el nacimiento; siendo menos las Cortes que ordenan indemnizaciones por concepto de los costos de manutención, educación, esparcimiento o sostenimiento del hijo, en atención a su carácter especulativo. Respecto de acciones por *wrongful birth*, la mitad de los Estados del país americano indemnizan la privación a la que ha sido sometida la madre en cuanto a hacer efectivo su derecho a interrumpir el embarazo, producto de la negligencia del médico en la proporción de la información relativa a la existencia de enfermedades o malformaciones graves presentadas por el feto. En cuanto a esta categoría de perjuicio, igualmente que respecto de las acciones por *wrongful conception*, las cortes indemnizan preferentemente, los costos derivados del embarazo y del nacimiento. Los gastos relativos al sostenimiento del hijo normalmente no son indemnizados, pues se consideran en beneficio del mismo. Finalmente, respecto de las acciones por *wrongful life*, la regla general se sustenta sobre el rechazo a la indemnización formulada por el hijo. El argumento expuesto normalmente por las cortes obedece a que para poder indemnizar cualquier daño, es necesario realizar una comparación entre el daño y la no existencia de daño, aproximación imposible con respecto a la vida del niño.

Habiendo intentado abordar el tratamiento de los daños vinculados al embarazo desde la perspectiva jurisprudencial estadounidense, lo revisaremos a continuación desde el prisma de la jurisprudencia del Reino Unido.

2. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Reino Unido

Siguiendo la metodología expuesta, nos pronunciaremos sobre el tema mediante un análisis de eventos representativos de la negligencia del médico en

³⁸ *Turpin v. Soritini*, 31 CAL.3D 22. MALAN (1982), p. 237 y ss.

la intervención quirúrgica destinada a la esterilización de uno de los progenitores (a), así como relativo al error de diagnóstico traducido en la omisión de enfermedades o deficiencias graves del recién nacido (b).

a. En cuanto a la negligencia en la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful conception*

La materia señalada corresponde a un tema que reconoce ilustraciones pretoriañas más recientes que las detectadas en EE.UU.³⁹. En este sentido, por ejemplo, en el contencioso *McFarlane v. Tayside Health Board*⁴⁰ fueron indemnizados por la Cámara de los Lores en fallo de 25 de noviembre de 1999, los daños patrimoniales relativos al embarazo y al parto propiamente tales, en atención a la negligente vasectomía a la que se había expuesto la pareja de la mujer que resultó en definitiva embarazada⁴¹. Es del caso hacer presente, que en este contencioso no fueron indemnizados los daños demandados en razón del sostenimiento del niño nacido sano.

Una materia similar a la mencionada fue resuelta el 11 de abril de 2001, por la División Civil de la Corte de Apelaciones, en atención al contencioso *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*⁴². A diferencia de lo resuelto en *McFarlane*, el hijo no deseado nació con discapacidad. Sin perjuicio de lo anterior, el supuesto es equivalente, por cuanto la madre se sometió a una operación cuyo objeto era esterilizarse, contrariamente a sus intereses, resultó embarazada meses después. Al tiempo, la pareja se separó y la mujer quedó sola a cargo de cinco niños. La mujer demandó por negligencia al establecimiento de salud, y la Corte de Apelaciones resolvió ordenando una indemnización por concepto de la negligencia que derivó en el embarazo, así como respecto de los gastos relacionados con la discapacidad del menor, pero no en atención a los gastos básicos de mantenimiento del niño.

Años después, la Cámara de los Lores, el 16 de octubre de 2003, tuvo ocasión de pronunciarse respecto de un nuevo evento de *wrongful conception*. Correspondió al litigio *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*⁴³. El indicado tribunal indemnizó a una mujer que se sometió a una esterilización, resultando embarazada posteriormente. En los hechos, la mujer padecía graves problemas visuales, de aquí que la operación pretendía evitar concebir

³⁹ PRIAULX (2005) pp. 152-163.

⁴⁰ *McFarlane v Tayside Health Board*, 2 AC 59 (2000).

⁴¹ ELSTE (2007)

⁴² *Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*, [2001] All ER (D) 125 (Apr).

⁴³ *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2003] 3 WLR 1091 (HL). PRIAULX (2004) pp. 317-331.

hijos con los mismos problemas. Sin perjuicio de lo anterior, engendró un hijo sano, siendo, no obstante, indemnizada en atención a la negligencia cometida en la operación y por los costos derivados del embarazo en sí, pero no respecto de los gastos en el sostenimiento del hijo.

Tal como abordamos este punto al momento de referirnos a sentencias estadounidenses, también la omisión en la comunicación de particularidades graves del hijo portado, ha sido planteada en el Derecho del Reino Unido como categoría de perjuicio.

b. En cuanto a la negligencia del médico relativa a la no comunicación de enfermedades o deficiencias graves del hijo, constatadas a la época del nacimiento.

Como se ha dicho, los problemas pueden ser abordados desde la verificación de dos tipos de perjuicios, aquellos que tienen relación con los daños derivados del hecho del nacimiento (1°); como los daños derivados del hecho de vivir (2°).

1° Respecto de los daños derivados del hecho del nacimiento.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful birth*

La negligencia materializada en la no comunicación relativa a los problemas presentados por el feto, ha sido objeto de rechazos indemnizatorios en el Reino Unido. Así fue resuelto en *Salih v. Enfield Health Authority*⁴⁴, por la Corte de Apelaciones con fecha 16 de noviembre de 1989. En el indicado fallo, un niño nació con discapacidades, entre otras, visuales, derivadas del contagio con la rubéola, las cuales no fueron diagnosticadas por el médico. Se rechazaron las indemnizaciones, por cuanto la negligencia de los demandados no fue, en los hechos, causante ni de los daños sufridos por el menor, ni de los gastos en la mantención del mismo.

En otro contencioso, detectamos el fallo de la *Rance v. Mid-Downs Area Health Authority*⁴⁵, dictado por la Corte de Apelaciones. En los hechos, nació un menor con un problema denominado espina bífida, cuyo diagnóstico no fue comunicado por el radiólogo a la madre. Se confirmó que la madre hubiera abortado al feto en caso de saber la complicación que presentaba el niño. Sin perjuicio de lo anterior, no se condenó al médico, puesto que a la época en que el especialista accedió al conocimiento de la condición del feto, ya era demasiado tarde para practicar un aborto, rechazándose en consecuencia las indemnizaciones.

Expuesto lo previo, nos referiremos al tratamiento del *wrongful life* según el Derecho británico.

⁴⁴ *Salih v. Enfield Health Authority* [1991] 3 All ER 400 (CA). JACKSON (1995), p. 587 y ss.; STRETTON (2005).

⁴⁵ *Rance v. Mid-Downs Area Health Authority*, JACKSON (1995), p. 587 y ss.

2° Respecto de los daños derivados del hecho de vivir.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful life*

En cuanto a los daños derivados de la vida del nacido, la jurisprudencia en el Reino Unido es, asimismo, contraria a la indemnización. En este sentido, mencionamos el contencioso, *McKay v. Essex Area Health Authority*⁴⁶. En los hechos, una mujer contagiada con rubéola acude al médico para efectos de informarse respecto de los eventuales riesgos corridos por el feto. En definitiva, se resolvió que, aun cuando el médico no comunicó diligentemente el estado de salud del feto, no existe ninguna obligación en orden a aconsejar practicar aborto a un niño discapacitado (cuestión que motivó la acción indemnizatoria). De contradecirse lo anterior, se incurriría en una violación al valor supremo de la vida humana. A su turno, una eventual indemnización requeriría de una evaluación de los daños, mediante la comparación de la situación de un niño discapacitado con la de un feto no nacido, lo cual es imposible. Rechazándose en definitiva las indemnizaciones.

SÍNTESIS. Hemos podido constatar que a diferencia de la jurisprudencia de Estados Unidos, la actividad pretoriana en el Reino Unido es más reacia a ordenar indemnizaciones por concepto de *wrongful birth* y aún menos por *wrongful life*. Respecto a la primera de las indicadas acciones, el fundamento del rechazo se funda en la falta de causalidad entre la negligencia del médico y el daño. Lo anterior, por cuanto el perjuicio es normalmente proyectado en la condición desmejorada del feto, cuestión en la cual ninguna incidencia representa la negligencia del profesional sanitario. La misma razón se argumenta a propósito de rechazar indemnizaciones relativas a los costos de sostenimiento del menor. En lo que concierne a las acciones por *wrongful life*, el rechazo se ha formulado en los mismos términos que el Derecho americano. Este es, la imposibilidad de hacer una comparación entre la existencia y la no existencia del hijo con el objeto de evaluar el perjuicio. Respecto de acciones por *wrongful conception*, los perjuicios han sido indemnizados, pero solamente en lo referente a las consecuencias directas de la negligencia cometida por el médico, es decir, por los costos derivados del embarazo y del parto, no respecto de los costos de sostenimiento del hijo.

Una vez realizada panorámicamente una revisión al escenario jurisprudencial en Estados Unidos y en el Reino Unido, veremos, a continuación, cómo han sido abordados los daños vinculados al embarazo desde el prisma de países exponentes del sistema de responsabilidad latino continental.

⁴⁶ *McKay v Essex Area Health Authority* [1982] All ER 771 (CA). GIESEN (2012), pp. 35-54.

B. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES EN PAÍSES EXPONENTES DEL SISTEMA LATINO CONTINENTAL DE RESPONSABILIDAD

Desarrollaremos este punto a la luz de la jurisprudencia de países como España (1), Francia (2) y Chile (3).

1. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de España

En España se detecta una apertura relativamente reciente a la discusión de los daños vinculados a la imposibilidad negligentemente forzada de evitar o de dar término anticipadamente a un embarazo. Sabemos que la cuestión es analizada desde la perspectiva del *wrongful conception*, del *wrongful birth* y del *wrongful life*, distinción también reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, según veremos a continuación.

Abordaremos el tema refiriéndonos a algunas decisiones de jurisprudencia concerniente a eventos relativos a la negligencia del médico materializada tanto en la intervención quirúrgica destinada a la esterilización de uno de los progenitores o en el defectuoso cumplimiento de la obligación de información por parte del especialista (a); así también desarrollaremos la cuestión, bajo el análisis de las consecuencias del error incurrido por el profesional médico, en cuanto a la omisión de enfermedades o deficiencias graves del recién nacido (b).

a. En cuanto a la negligencia en la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful conception*

En esta materia, el Tribunal Supremo español ha dictado sentencias condenatorias respecto de aquellos médicos que, en la práctica de una intervención quirúrgica cuyo objeto correspondía a alcanzar la esterilización de un hombre o de una mujer, incumplieron la obligación de informar las eventuales consecuencias que de esta operación podrían derivar. Así, se ha condenado a médicos que, no obstante haber cumplido con la *lex artis* en la operación, no comunicaron a los pacientes que la intervención podría no ser completamente efectiva en términos de impedir absolutamente las posibilidades de fecundación. En este sentido, puede ser afirmado que la recanalización espontánea de espermatozoides no es técnicamente una consecuencia de una mala *praxis* médica, sino una característica de los métodos de esterilización⁴⁷.

En la lógica descrita, podemos citar algunas de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, que han configurado una línea jurisprudencial

⁴⁷ VARGAS (2006) p. 30.

sólida en España. Entre ellas figura la pronunciada con fecha 25 de abril de 1994, en virtud de la cual se condenó al médico, argumentándose:

“Que como corolario de todo lo anterior, si bien no puede dudarse de que el cirujano ha cumplido el núcleo de su deber prestacional, sin embargo, no ha acreditado la existencia de información adecuada proporcionada por él al hoy apelante versada sobre la posibilidad de que el resultado de la vasectomía, la esterilización, no fuese definitiva, máxime cuando todos los tratadistas médicos que el demandado cita en su contestación a la demanda y en los documentos aportados con ella advierten y reconocen que una de las complicaciones que puede presentarse, tras la vasectomía, es la de la recanalización espontánea, que si bien es infrecuente, es perfectamente conocida”⁴⁸.

En esta misma línea, se ubica la sentencia de 29 de mayo de 2003, por la que se condena al médico, en atención a que:

“la decisión sobre la concurrencia de información que declara el Tribunal de Instancia no reúne la motivación adecuada, pues no se presenta debidamente apoyada en pruebas que hubieran sido objeto de una ponderada y expresada apreciación y sometidas al necesario proceso de su valoración e interpretación. Es una declaración genérica, pues se debió de dejar constancia con la necesaria especificación y determinación de quien fue –alguien tendría que serlo– el facultativo que llevó a cabo la información que se dice tuvo lugar, incurriendo así en incongruencia omisiva y por ello infracción del artículo procesal 359, al tratarse de una cuestión esencial debidamente planteada en el proceso, que exigía la respuesta judicial suficiente y no la vaga e imprecisa que se emitió. A las actuaciones se incorporaron dos documentos sin fecha en los que la recurrente y su esposo autorizan la práctica de esterilización tubárica, pero para nada se hace constar haber recibido información alguna respecto a tal intervención, como tampoco consta en la documentación clínica y hospitalaria que se aportó al pleito. La información al paciente ha dicho esta Sala ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”⁴⁹.

Asimismo, en una sentencia de 7 de abril de 2004 se califica como infracción a la obligación de información al hecho que

⁴⁸ Tribunal Supremo (1994) Sala en lo civil, Sección 1, 25.04.1994, 2851/1994.

⁴⁹ Tribunal Supremo (2003) Sala en lo civil, Sección 1, 29.05.2003, 3678/2003.

“los doctores intervinientes manifestaron al recurrente que después de la operación ‘nunca podría volver a ser padre’, lo que supone con arreglo a lo antedicho, que no nos encontramos ante una información errónea –tesis de la sentencia recurrida– sino en una absoluta y total falta de información”⁵⁰.

Por su parte, la negligencia del médico en lo concerniente a la no comunicación de enfermedades o deficiencias graves del hijo, que impidieron en los hechos el Derecho de abortar de la mujer, también ha sido objeto de sentencias judiciales en España.

b. En cuanto a la negligencia del médico relativa a la no comunicación de enfermedades o deficiencias graves del hijo, verificadas a la época del nacimiento.

En este punto, nos referiremos a la cuestión desde la perspectiva del daño experimentado por la madre, el padre o ambos progenitores (1°); o exclusivamente por el hijo en atención a su discapacidad (2°).

1° Respecto de los daños derivados del hecho del nacimiento.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al denominado *wrongful birth*

La primera sentencia de la que se tiene registro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto data del 6 de junio de 1997. En los hechos, a una mujer se le diagnosticó un embarazo de alto riesgo en relación con las posibilidades que el feto portara el síndrome de Down. La actora acudió a un establecimiento de salud, para efectos de que se le aplicara una amniocentesis (procedimiento que tiene por objetivo realizarse una extracción del líquido amniótico que rodea al feto en el vientre materno). El examen no pudo ser realizado exitosamente, cuestión que se le comunicó en una época posterior a las posibilidades de la madre de abortar, naciendo el niño aquejado con la enfermedad referida. El tribunal indemnizó los daños sufridos por la madre, una vez demostrada tanto la negligencia como la intención de haber abortado al menor, si hubiera sido oportunamente informada de la condición que presentaría su hijo. Respecto del daño indemnizable la sentencia apunta:

“surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down; lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado

⁵⁰ Tribunal Supremo (2004). Sala en lo civil, Sección 1, 07.04.2004, 2401/2004.

en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la Dra. R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas”⁵¹.

Es del caso mencionar que nos parece cuestionable la calificación del daño que realiza el Tribunal Supremo. Se lee, en el extracto, que el perjuicio deriva del hecho de haber dado a luz a un “ser que padece Síndrome de Down”. Nos parece que lo indicado es excesivo, por cuanto el nacimiento de una persona discapacitada no puede, en sí mismo, corresponder a un daño resarcible. Lamentablemente, el Tribunal Supremo no parece entenderlo así; ello es corroborado al afirmar que respecto de la magnitud del daño de la madre

“hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas”⁵².

En otro litigio, el Tribunal Supremo rechaza la indemnización reclamada derivada de las malformaciones congénitas que no se les habían comunicado a los padres de la menor. Nos referimos a la sentencia de 4 de febrero de 1999, en cuyo mérito fue probada la conducta diligente del especialista, por cuanto dio cumplimiento a todos los protocolos médicos de rigor, en relación con el embarazo calificado de bajo riesgo. El indicado tribunal es claro en afirmar que

“la doctrina dominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño ‘*per se*’, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento”⁵³.

En esta misma línea, años después el Tribunal Supremo con fecha 19 de junio de 2007 se pronunció respecto de otro litigio relativo a la indemnización de los daños derivados de la imposibilidad de haber optado por el aborto de una niña que padeció síndrome de Down. En los hechos, la demandante reclamó que el médico incumplió su deber de información, en atención a que no le comunicó las consecuencias derivadas de los tratamientos médicos a la cual se estaba sometiendo, entre ellos: ingesta de medicamentos por depresión aguda y aplicación de radiografías. El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la demandante, por cuanto, en atención a los antecedentes, el embarazo no era de alto riesgo, de manera que la omisión en la infor-

⁵¹ Tribunal Supremo (1997). Sala en lo Civil, Sección 1, 06.06.1997, 3999/1997.

⁵² *Op. cit.*, Fundamentos de Derecho, Tercero. VERDA y CHAPARRO (2014), p. 281.

⁵³ Tribunal Supremo (1999). Sala en lo Civil, Sección 1, 04.02.1999, 679/1999.

mación no configuraba una negligencia determinante en el estado de salud del hijo. En efecto el Tribunal ordenó:

“Sin embargo, el deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* [reglas del oficio] la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias”,

y más abajo:

“Sólo cuando concurren hechos de naturaleza similar a los expresados, valorados siempre de acuerdo con el asesoramiento pericial que permite disponer de las orientaciones derivadas de la *lex artis* aplicable según las circunstancias, ajustada a los avances existentes en el momento temporal en que se producen los hechos, puede considerarse que la falta de información constituye un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento con la expresada anomalía, causa daño a la madre por privarla de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, en circunstancias que afectarán profundamente a la suya en todos los sentidos, con independencia de la prueba acerca de que la madre alegue su intención de abortar”⁵⁴.

Con todo, el Tribunal Supremo, por sentencia del 31 de mayo de 2011, extiende el campo de aplicación de la acción también a otros supuestos. En este sentido, una acción por *wrongful birth* tiene relación:

“no solo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis (...)”⁵⁵.

Así, no necesariamente tiene relación con la lectura defectuosa de exámenes dirigidos a detectar condiciones del feto, del estilo del síndrome de Down. En efecto, igualmente puede tener lugar respecto de

“aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto pa-

⁵⁴ Tribunal Supremo (2007). Sala en lo Civil, Sección 1, 19.06.2007, 4827/2007.

⁵⁵ Tribunal Supremo (2011). Sala en lo Civil, Sección 1, 31.05.2011, 3556/2011, considerando cuarto.

dece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura”⁵⁶.

Desprendemos de lo anterior, entonces, la defensa de una órbita amplia de supuestos habilitantes a la acción en comento. De hecho, el caso en referencia obedece a los errores en el diagnóstico de la falta del brazo derecho del niño.

La amplitud antes apuntada es también apreciada respecto de la relación en lo referente a la prueba en la intención de cometer aborto. Sobre este punto, el alto tribunal sostiene:

“La alegación y prueba de que la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido un defecto congénito del feto, no solo afecta a la libertad, autonomía o intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia la dificultad de establecer una relación entre la falta de información por el médico y el que la gestante opte por poner fin al embarazo mediante el aborto en lo que esta sala ha calificado de ‘debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria’ (...), porque carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo (...)”⁵⁷.

Con base en lo anterior, el tribunal considera que no resulta indispensable que la mujer hubiera pretendido abortar de haber conocido la condición de su hijo, por cuanto, si bien podría efectivamente haber interrumpido el embarazo, también hubiera podido

“decidir continuar con el mismo disponiendo, a partir de la información que se les proporciona, de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las previsiones necesarias para el cuidado y la atención del recién nacido”⁵⁸.

Así las cosas, el daño en una acción por *wrongful birth* adquiere una corporeidad que no detectamos en otras latitudes y que bien puede ser aplicada en la nuestra (tal como veremos más adelante). Lo indicado, por cuanto el ejercicio del recurso

“es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de

⁵⁶ Tribunal Supremo (2011). Sala en lo Civil, Sección 1, 31.05.2011, 3556/2011, considerando cuarto.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales– teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad⁵⁹.

Siguiendo el mismo sentido de la sentencia antes expuesta, se resolvió un asunto mediante decisión de 14 de marzo de 2013⁶⁰. En este se formuló una demanda indemnizatoria derivada de las malformaciones sufridas por el recién nacido, que a juicio del tribunal no fueron percibidas negligentemente por el médico.

A continuación, lo referente al tratamiento del *wrongful life*, en el Derecho español.

2°. Respecto de los daños derivados del hecho de vivir.

Ilustraciones jurisprudenciales relativas al denominado *wrongful life*

Escasa es la jurisprudencia que se detecta en España respecto de la posibilidad que asiste a los hijos de poder reclamar indemnizaciones derivadas del hecho de su propia vida o de su “vida injusta”. Abordando este punto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos oportunidades. Una primera sentencia fue dictada el 18.12.2003⁶¹. En los hechos, en junio de 1993 una mujer da a luz a un niño que presentó graves malformaciones congénitas que no fueron identificadas durante el embarazo. La negligencia del ginecólogo resultaba evidente, por cuanto habían sido practicadas cuatro ecografías. Es del caso hacer presente que la última ecografía fue practicada un día antes del parto, en cuyo informe no se hizo mención a las extremidades. Al día siguiente, se percataron de que el niño no presentaba la extremidad inferior izquierda, tampoco uno de sus riñones. Los padres, en nombre propio y en representación de su hijo, interpusieron una demanda de responsabilidad civil contra el ginecólogo, los tres especialistas ecógrafos, y contra el Hospital Universitario Materno Infantil Valle de Hebrón, el Institut Català de la Salut y la Compañía de Seguros Winterthur, obteniendo, en definitiva, una indemnización por parte del Tribunal Supremo, equivalente a 360.000 EUR.

Más tarde, el indicado tribunal, con fecha 18.05.2006, se pronunció respecto de otro litigio. En los hechos, una mujer resulta embarazada y acude al médico. En las primeras visitas, se somete a la prueba de amniocentesis para poder determinar con alto grado de fiabilidad la normalidad física y psíquica

⁵⁹ Tribunal Supremo (2011). Sala en lo Civil, Sección 1, 31.05.2011, 3556/2011, considerando cuarto.

⁶⁰ Tribunal Supremo (2013). Sala en lo Civil, Sección 1, 14.03.2013, 1136/2013, considerando sexto.

⁶¹ Tribunal Supremo (2003). Sala en lo Civil, Sección 1, 18.12.2003, 8215/2003.

del feto, por cuanto había registros en la familia de personas con síndrome de Down. La amniocentesis practicada dio un resultado negativo, lo que exigía la obtención de una nueva muestra de la gestante y la repetición del análisis. Lo cierto es que el resultado no fue comunicado oportunamente y que tampoco se acreditó que la gestante renunciara a repetir la prueba. La sentencia exigió:

“La información debió ser completa, continuada y veraz por cualquier medio fehaciente que no dejara lugar a duda sobre la entrega y recepción de la misma, siendo obligación del facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba analítica controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma sobre posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla”⁶².

La acción fue presentada por los padres en atención a su propio daño, así como en representación de su hijo Adolfo, resolviéndose respecto de este último:

“es evidente que la indemnización concedida a don Adolfo no es más que la concreción particularizada del perjuicio causado con motivo del incumplimiento que la sentencia atribuye a los demandados-recurrentes y de la forma de satisfacerlo a través de una renta vitalicia, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, como finalidad básica de la institución de la responsabilidad civil”⁶³.

Es del caso hacer presente que no podemos indicar que España sea francamente un país que indemniza el *wrongful life*. De aquí que la A. Macía M., indique que la

“estimación del resarcimiento al niño en las sentencias mencionadas no parece ser fruto de una reflexión profunda o de un razonamiento jurídico reposado y consciente de la trascendencia que ello supone”⁶⁴.

En el mismo sentido, consideramos accidental que el Tribunal Supremo conozca acciones derivadas del *wrongful life* de determinadas personas, por cuanto, tal como lo defiende la profesora A. Vicandi M.:

“el juzgador no se pronuncia sobre esta noción, lo que evidencia, como hemos señalado al principio, que se trata más de una indiscreción, que de una intención”⁶⁵.

⁶² Tribunal Supremo (2006). Sala en lo Civil, Sección 1, 18.05.2006, 3350/2006, Considerando tercero.

⁶³ *Op. cit.*, considerando octavo.

⁶⁴ MACÍA (2009), p. 183.

⁶⁵ VICANDI (2013), p. 44, pie de página N° 11.

SÍNTESIS. La jurisprudencia española ha retenido indemnizaciones por las tres vías antes señaladas. Así, respecto de acciones por *wrongful conception*, el Tribunal Supremo no ha dudado en sancionar al médico que no ha informado las eventuales consecuencias de las operaciones tendientes a la esterilización de los interesados, incluso si la operación ha seguido las reglas del arte. Por otro lado, la acción por *wrongful birth* también ha sido objeto de decisiones favorables a los demandantes. El criterio en este tipo de acciones ha sido largo. De aquí que la culpa del médico permita sustentar tanto el impedimento de ejercer el derecho a la interrupción del embarazo, pero no exclusivamente. Lo anterior, puesto que la misma culpa, habilita a fundar la acción basado en la imposibilidad de preparación psicológica y material oportuna de quienes han concebido un hijo que padece de una condición que no necesariamente hubiera significado motivo suficiente para impedir que la gestación se desarrollara normalmente. Con todo, se han cometido desnaturalizaciones en la argumentación de la acción, puesto que incluso la condición de padecer Síndrome de Down ha sido considerada como un daño, *cuestión que lamentamos*. En cuanto a las acciones por *wrongful life* en España, no se aprecia una tendencia sólida en su reconocimiento de parte de los tribunales.

Nos referiremos, a continuación, al tratamiento del fenómeno indicado desde la perspectiva de la jurisprudencia del derecho francés.

2. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de Francia

En el Derecho francés, las discusiones sobre este punto se han planteado desde la perspectiva del perjuicio derivado de la “vida injusta” en atención a los sufrimientos que genera la discapacidad en sí misma a quien padece de ella, es decir: al hijo. En esta línea, los errores de diagnóstico en el ámbito prenatal, han influido tanto en decisiones jurisprudenciales como legales en el indicado país.

Conocida es la sentencia Perruche, que se pronunció respecto del derecho que se le había privado a una mujer de poder abortar, a causa del error en el diagnóstico respecto de las consecuencias sufridas por el feto en atención a los síntomas de rubéola padecida por la madre. En rigor, la culpa fue cometida tanto por el médico tratante como por el laboratorio al cual se le encomendó la práctica de determinados análisis. En los hechos, en el año 1982, la señora Perruche, embarazada, acudió al médico con ocasión del contagio con rubéola de su hija mayor. Su objetivo correspondía a que se le comunicara si se encontraba o no contagiada con la indicada enfermedad. Por su parte, manifestó expresamente que, de estar contagiada, abortaría al niño. Tanto el laboratorio como el médico equivocaron sus exámenes; el primero, respecto de los análisis; el segundo, respecto de revisión clínica de la mujer.

Los padres entablaron dos acciones: una en nombre propio (*wrongful birth*), y otra en representación del niño (*wrongful life*). Ambas dieron lugar al pronunciamiento de la Corte de Casación el 17 de noviembre de 2000⁶⁶. En este se reconoció el derecho de los padres de ser indemnizados respecto de la negligencia del médico, que, en definitiva, había privado a la madre de abortar; asimismo, se reconoció el derecho a la indemnización de los daños sufridos por el niño a consecuencia de su discapacidad, rechazando el criterio expuesto por la Corte de Apelaciones respectiva. La Corte de Casación dispuso:

“habiendo sido demostrado que los padres habían manifestado su voluntad, que en caso de rubéola, se interrumpiría el embarazo, y que la culpa cometida los habían falsamente inducido en la creencia que la madre estaba inmunizada, de suerte que las culpas fueron generadoras del daño sufrido por el hijo por vía de la rubeola de su madre (...)”.

Es del caso mencionar que la expuesta resolución de la Corte de Casación, fue confirmada más tarde por varias sentencias pronunciadas por la misma entidad en los meses de julio y de noviembre de 2001⁶⁷, provocándose interesantes debates doctrinarios entre quienes estaban a favor o en contra del razonamiento expuesto⁶⁸. De aquí que la cuestión fuera, en definitiva, regulada por la ley Kouchner, no sin estar exenta de críticas⁶⁹.

Así, la normativa en su artículo 1, 1, establece: 1.-

“Nadie puede prevalerse de un perjuicio derivado del solo hecho de su nacimiento. La persona nacida con una invalidez a causa de una culpa médica puede obtener reparación de su perjuicio cuando el acto culpable ha provocado directamente la invalidez o la ha agravado, o cuando no ha permitido tomar las medidas susceptibles de atenuarla. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud es comprometida en favor de los padres de un hijo nacido con una invalidez no detectada durante el embarazo a consecuencia de un acto culposo, los padres pueden demandar una indemnización a título de su solo perjuicio. Este perjuicio no incluye las cargas particulares en que se incurrirán durante toda la vida del hijo, en relación a su invalidez. La reparación de estos gastos es de carga de la responsabilidad nacional”.

SÍNTESIS. Si bien en Francia es posible entablar acciones por *wrongful birth*, la puerta conducente a entablar acciones por *wrongful life* ha sido legalmente cerrada.

⁶⁶ Corte de Casación (2000). Asamblea Plenaria, 17.11.2000, JCP G 2000, II, 10438.

⁶⁷ DUGUET (2002), pp. 143-146.

⁶⁸ AYNES (2001), p. 492; LABRUSSE-RIOU y MATHIEU (2000), p. III; SERIAUX (2002), p. 1196; TERRE (2000), p. 2267 y VINEY (2001), p. 286.

⁶⁹ JOURDAIN (2002a), p. 891; JOURDAIN (2002b), p. 21 y ss.; LAMBERT-FAIVRE (2002), p. 1217 y ss.

Continuamos nuestro análisis desde la perspectiva de la jurisprudencia chilena sobre el tema.

3. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de Chile

En Chile, el análisis de la cuestión es reducido, por cuanto el aborto, en cuanto práctica, se encuentra prohibido. De aquí, que no puedan ser abordadas las figuras de *wrongful birth* ni de *wrongful life*, al menos en los términos expuestos. Sin perjuicio de lo anterior, el problema bien puede ser analizado desde la perspectiva del *wrongful conception*, por cuanto bajo este ámbito, el problema actúa con independencia del aborto y se reduce, en principio, a una cuestión de negligencia médica.

Una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 2 de mayo 2012⁷⁰, se refiere a la cuestión. En los hechos, la demandante se sometió a una intervención quirúrgica cuyo objetivo se refería a su esterilización. El resultado esperado por la mujer no se alcanzó, resultando embarazada meses más tarde. La discusión que materializó el litigio se centró en la negligencia del médico, por una parte; mientras que, por otra, en las posibilidades reales que una operación de esta naturaleza pueda no cumplir con las expectativas esperadas, es decir, con la esterilización⁷¹.

En atención a lo expuesto, la Corte consideró que el acuerdo de voluntades por el que el médico se obliga a practicar una ligadura de trompas, obedece a una obligación de resultado, asumida por este. En tal sentido, se lee de la sentencia:

“el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, sobre una operación de esterilización laparoscópica a la demandante de autos, programada para el día 2 de octubre de 2008, deviene en una obligación de resultado, que obliga al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, complementado además, con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata”⁷².

Además de lo ya indicado, la sentencia funda la condena del especialista en la no intervención de la trompa de Falopio izquierda; omisión respecto de la cual:

“la parte demandada no acreditó la ocurrencia de los hechos que justificarían la falta de intervención (el médico justificó su falta de intervención de la trompa izquierda por los problemas surgidos en la misma, al efecto,

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012). Rol N° 373-11.

⁷¹ MONCADA (2014), pp. 351-360.

⁷² Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012). Rol N° 373-11, considerando séptimo.

la imposibilidad de identificar la trompa izquierda, debido a la presencia de una gran cantidad de adherencias, que intentó liberarlas, pero no fue suficiente y en definitiva, no pudo identificar la trompa izquierda)”⁷³.

El tribunal consideró que el médico debería haber comunicado inmediatamente el fracaso de la intervención a la paciente, puesto que:

“Resulta evidente que de ser efectivo lo señalado por el demandado se hubiera preocupado de informar en forma inmediata, clara y precisa a la demandada que la intervención no había podido producir el efecto esperado y que, además, ello se debía a una afección de la trompa izquierda que requería tratamiento, sin perjuicio de consignarlo en los documentos que entregó a la demandante, pues se trata de una cuestión de tal trascendencia que nada explica que lo haya omitido”⁷⁴.

SÍNTESIS: Tal como se expuso, en Chile el escenario legal prohibitivo del aborto impediría que puedan verificarse pronunciamientos judiciales tendientes a un eventual reconocimiento de acciones por *wrongful birth*, como también por *wrongful life*. No así por *wrongful conception*, por cuanto el asunto se limita al tratamiento de una obligación de resultado a la cual se sujeta el médico. El asunto puede también analizarse desde la perspectiva de la observancia de la *lex artis*. Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de ejercicios indemnizatorios, impactan criterios humanistas del Derecho, tal como expondremos más adelante. Por otra parte, en nuestro entender nada impide que la acción por *wrongful birth* pudiera ser intentada desde la perspectiva de una órbita amplia, no moralmente cuestionable, en razón del desarrollo de la figura a la luz de parte de la jurisprudencia española, antes indicada. Volveremos sobre este punto.

Pues bien, habiendo realizado un ejercicio de demostración jurisprudencial del mérito indemnizatorio de las denominadas *wrongful actions*, corresponde analizar a la continuación, ahora desde una perspectiva crítica, la pertinencia jurídica de la indemnización de las especies dañosas vinculadas al *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*.

SEGUNDA PARTE

PERTINENCIA JURÍDICA DEL MÉRITO INDEMNIZATORIO DE DAÑOS VINCULADOS A LA VIDA HUMANA

En conformidad con lo indicado, nos parece oportuno comentar, en las líneas que siguen, si el hecho de la concepción de una persona o si la vida humana, ya sea desde la perspectiva de los padres, como desde la de los mismos hijos,

⁷³ Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012). Rol N° 373-11, considerando undécimo.

⁷⁴ *Ibid.*

revisten los caracteres necesarios para que puedan ser consideradas como daños indemnizables. En nuestro concepto, las nociones antes revisadas pueden ser cuestionadas. Expondremos, entonces, en un primer tiempo, comentarios pertinencia indemnizatoria de la acción por *wrongful conception* (A), luego nos referiremos a la arbitrariedad de la exigencia prueba de la “intención de haber abortado” como presupuesto de la acción por *wrongful birth* (B); finalmente, nos pronunciaremos sobre el contrasentido indemnizatorio derivado del resarcimiento del *wrongful life* (C).

A. El wrongful conception, un cuestionamiento a su dimensión resarcitoria

En principio, podría ser afirmado que el mérito indemnizatorio de la concepción injusta es claro y categórico. El médico ha cometido una culpa que, a su vez, constituye la razón del perjuicio invocado por la víctima. Los progenitores engendraron, sin que su intención haya sido precisamente esta. Desde nuestra perspectiva, concepciones como la reseñada se contraponen a criterios humanistas del Derecho, que consideran al embarazo derechamente como un daño. Estimamos que nunca un nuevo ser puede ser objeto de una categorización dañosa. De aquí que estimemos que la noción de “concepción injusta” constituya un sinsentido. Nunca la concepción, cualquiera que sea su origen, puede ser estimada como injusta. Por otra parte, bien podría argumentarse que el interés en recurrir a la esterilización tenía por finalidad evitar alteraciones psicológicas de una persona inestable, a la cual se le recomienda no procrear. Con todo, lo cierto que, en estos casos, la razón de recurrir al tribunal es precisamente con el propósito de estimar al hijo como un daño, motivación a la cual nos oponemos. No todo agravio, subjetivo, desde luego, puede ser objeto de indemnización. Lo anterior, pues no todo agravio es calificable de perjuicio. Un ejemplo de lo indicado es representado precisamente por las acciones relativas a la “concepción injusta”. Dichas acciones caracterizadas encierran un supuesto agravio que el Derecho ampara bajo criterios que van contra las bases humanistas de nuestro sistema. Por último, consideramos que el invocar una acción en estos términos es doloroso para el mismo hijo, que tarde o temprano descubrirá al leer la demanda respectiva, que sus padres, si bien estaban contentos con su llegada, hubieran preferido no recibirlo⁷⁵.

B. El wrongful birth, un cuestionamiento a su dimensión resarcitoria

Como en toda acción en responsabilidad civil, para que un juez pueda ordenar lícitamente una indemnización, es necesario que exista un hecho generador

⁷⁵ CORRAL (2012).

de responsabilidad –el cual se manifiesta, a la luz de la jurisprudencia ya expuesta, en la omisión negligente de una información o en un diagnóstico errado, que impidió que la madre ejerciera el derecho de abortar a un niño que padecía enfermedades o deficiencias ignoradas– un daño y un vínculo de causalidad entre los anteriores elementos. Abordaremos, a continuación, el problema de la determinación del perjuicio en acciones de *wrongful birth* (1), para luego referirnos a las dificultades que presenta el vínculo de causalidad en demandas similares (2).

1. Problemas en la identificación jurídica del daño indemnizable en acciones de *wrongful birth*

Resolver problemas como los enunciados no es tarea fácil

“sobre todo cuando se alude por parte de diversos autores a los beneficios que conlleva la paternidad y la alegría derivada del nuevo ser, que compensan cualquier posible perjuicio derivado del hecho del nacimiento”⁷⁶,

argumento al cual, por cierto, adherimos. En línea con lo recientemente expuesto, podemos afirmar, como punto de partida en nuestra argumentación, que el hecho mismo del nacimiento de una persona que sufre de malformaciones o de una deficiencia particular nunca puede ser considerado, para sus padres un daño en sí mismo⁷⁷. De aquí que nos parezcan cuestionables las sentencias del Tribunal Supremo español, en las que parece ser seguida esta idea. Creemos que la dignidad que toda persona merece impide dicha consideración; nunca un padre podría reclamar indemnización alguna porque su hijo, por ejemplo, nació con síndrome de Down⁷⁸.

Con la salvedad indicada, es del caso reconocer que el nacimiento de un hijo enfermo bien puede significar costos que no fueron considerados oportunamente por los padres, en atención a una negligente conducta profesional del médico especialista. De aquí que estemos de acuerdo con la opinión que indica que el daño en las acciones indemnizatorias por *wrongful birth* deba ser abordada desde una perspectiva bastante más amplia que aquella que se refiere exclusivamente a la impracticabilidad del derecho de abortar que fue privado a la madre, por cuanto, aun cuando los progenitores no hubieran querido abortar al menor, se hubieran podido preparar psicológica y materialmente para recibir a un niño diferente a la normalidad de las personas.

En otras palabras, lo que queremos decir es que para demandar una indemnización por vía de *wrongful birth*, no necesariamente hay que ser un

⁷⁶ MACÍA (2009), p. 186.

⁷⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1989).

⁷⁸ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (1997), ya citada. DE ÁNGEL YAGÜEZ (1989), pp. 47-87.

defensor del aborto (de hecho puede ser francamente opositor a él) ni manifestar haber preferido abortar al menor en caso de haber conocido oportunamente las deficiencias que padecía (sobre este punto nos pronunciaremos al analizar la causalidad). Con ello, abrimos la posibilidad para que en países en los que no está legalmente autorizado el aborto pueda ser discutido jurisprudencialmente la indemnización de daños derivados del *wrongful birth*, pero bajo una visión no discriminatoria ni arbitraria lo cual supone el requisito de manifestar y probar el haber pretendido abortar.

En este sentido, es defendido por autores chilenos que

“el daño, en el caso de los padres, no debe fundarse en la posibilidad de haber abortado, sino simplemente en las lesiones, especialmente psíquicas, que la falta de diagnóstico o tratamiento hubiera permitido que el nacimiento de un menor con alguna deficiencia, se enfrentara con un sostén emocional. Todo niño es una bendición, pero los padres necesitan un proceso para adaptar la nueva realidad, sobre todo cuando ésta es ignorada. Aun cuando los padres tengan perfecta conciencia de la existencia de la llegada de un hijo con deficiencia, pueden generarse (y lo normal es que se generen) respuestas neuróticas frente a la situación, derivados de la culpa”⁷⁹.

Adherimos a lo postulado por los señalados autores y lo concordamos respecto de lo resuelto por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas más atrás en este trabajo.

Indemnizaciones por daños morales como por daños patrimoniales pueden ser reclamadas con ocasión de una demanda por *wrongful birth*, en clave de la lectura propuesta. En cuanto a los *daños morales*, podemos entender que estos derivan de:

“la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del hijo que creían sano o, en otras palabras, por no haber podido prepararse psicológicamente, o económicamente –o ambas cosas a un tiempo– frente al nacimiento del niño discapacitado”⁸⁰.

Por otra parte, los daños experimentados por los padres también pueden ser materializados en *aspectos patrimoniales*. De aquí que se indemnicen los costos que han significado a los padres el nacimiento de un niño discapacitado, más aun cuando dicha discapacidad es sorpresiva para ellos.

Así las cosas, bien pueden, en nuestro entender, ser indemnizados los daños derivados de la negligencia del ginecólogo que, no obstante haber atendido regularmente a la madre, ha cometido culpa en el análisis de las ecogra-

⁷⁹ MONCADA, AEDO y COLEMAN (2015), p. 40. En este sentido, DE ÁNGEL YAGÚEZ (1996), pp. 110-111, nota 17.

⁸⁰ ROMERO (2010), p. 2567.

fias, no detectando los problemas con los que venía el niño. Así, si el menor presentaba una malformación que impactó a los progenitores, o un problema que exigió, en la sala de parto, la utilización de material técnico costoso, por ejemplo, estas situaciones pueden legítimamente motivar una acción indemnizatoria contra el médico. Lo anterior, por cuanto, pudiendo haber sido previsto el impacto o el costo, no se precavó a causa de la negligencia del especialista.

Es del caso agregar que, en este punto, consideramos que no deberían ser contemplados dentro del daño a resarcir costos relativos a los gastos ordinarios de mantención de un niño, sino que solamente los extraordinarios⁸¹. En este sentido, agregan los autores antes citados:

“No podrían los padres pretender, a nuestro juicio, la indemnización de desembolsos que en cualquier caso deben efectuarse por el nacimiento y crianza de un hijo, desde que, como hemos advertido, la reparación del daño en esta sede no se sitúa en la pérdida de la chance de abortar, sino en los perjuicios o menoscabos extraordinarios que implica hacerse cargo, ahora desde la perspectiva de los intereses patrimoniales, de la vida de un hijo con dificultades motoras, cognitivas, etc.”⁸²,

debiendo ser, asimismo, considerada la integridad de gastos derivados del nacimiento.

Por otro lado, dentro de los *daños patrimoniales indemnizables* se hace referencia, por la doctrina española, que deben ser considerados, en la indemnización, *aquellos daños derivados de la imprevisión* de haber dado a luz a un niño de condición desmejorada. Haciéndose referencia a que no suprime la imprevisión en las deficiencias el hecho de haberse comunicado a los padres las deficiencias, días u horas antes al parto⁸³. Por su parte, es del caso hacer presente, eso sí, que el hecho de haber comunicado días antes las anomalías del feto a los padres, si bien no suprime la posibilidad de demandar la indemnización de daños derivados de la imprevisión o de la sorpresa de los mismos, sí impediría la demanda resarcitoria de daños morales fundada en el impacto psicológico de dar a luz a un niño afectado por deformaciones o deficiencias⁸⁴.

Una figura que para algunos permitiría sustentar la indemnización reclamada por vía de *wrongful birth* corresponde a la *teoría del daño por rebote o por repercusión*. En virtud de esta doctrina, los padres pueden reclamar la reparación de daños morales derivados del sufrimiento de su hijo en atención a su condición de enfermedad o de discapacidad. De esta manera, los padres resultan víctimas indirectas del daño moral experimentado por el mismo hijo; mientras que serían víctimas directas del perjuicio patrimonial experimen-

⁸¹ DOBBS (2000), pp. 794-796.

⁸² MONCADA, AEDO y COLEMAN (2015), p. 41.

⁸³ VICANDI (2013), p. 52.

⁸⁴ MARTIN y SOLÉ (2002), pp. 1115-1116, nota 30.

tado con ocasión de los gastos extraordinarios de mantención de su hijo. Es del caso hacer presente que bajo este razonamiento fueron indemnizados los padres en la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de junio de 1997, citada más atrás⁸⁵. Por nuestra parte, nos manifestamos contrarios a que los padres pudieran ser afectados por rebote o repercusión de los daños sufridos por el hijo. El hijo no sufre ningún daño que derive de la negligencia del especialista. En nada hubiera disminuido su condición, la oportuna comunicación de esta a sus padres. El daño, por tanto, en nada se distingue de los sufrimientos de la vida misma, a los cuales nos exponemos día a día y que a menudo sus razones obedecen a un verdadero misterio.

Otro de los aspectos que conviene aclarar en esta materia corresponde al vínculo de causalidad que une al daño y a la negligencia del médico.

2. Problemas en la identificación jurídica del vínculo de causalidad en acciones de *wrongful birth*

Un problema no menor es el relativo a la determinación del vínculo de causalidad en este tipo de acciones. Lo indicado, pues el argumento para demandar, según la jurisprudencia consultada más atrás, obedece a que la negligencia cometida por el médico, impidió a la mujer de hacer uso de su derecho de abortar. El problema se traduce, básicamente, en que la decisión de interrumpir el embarazo obedece a una manifestación de voluntad no materializada, de manera tal que lo normal es que no haya salido del fuero interno de la madre.

Este problema es conocido como “curso causal no verificable”, debiendo recurrirse a la prueba del curso normal de los acontecimientos, en definitiva, recurriendo al principio clásico en Derecho Probatorio: el de la normalidad. De esta manera, lo que debe ser probado corresponderá a la conducta que habría adoptado la madre, con posterioridad a la información proporcionada de manera diligente por el médico; no restringiéndose exclusivamente a la prueba de haberse sometido al examen con la intención de pretender saber cómo estaba el feto⁸⁶.

Dándose cuenta de la dificultad en la prueba del nexo de causalidad entre hecho generador y daño, podemos hacer referencia a una sentencia de 4 de febrero de 1999, por la que el Tribunal Supremo español negó la indemnización de daños derivados del nacimiento de un hijo⁸⁷. El tribunal indicado expuso:“(…) es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo”⁸⁸, y más adelante,

⁸⁵ Criticando la indemnización de los daños bajo la técnica del ricochet, ROMERO (2010), p. 2568 y ss.; MONCADA, AEDO y COLEMAN (2015), p. 41 y ss.

⁸⁶ VICANDI (2013), p. 55.

⁸⁷ Tribunal Supremo (1999). Sala en lo Civil, sección 1, 04.02.1999, 679/1999.

⁸⁸ *Op. cit.*, parte resolutive.

“(...) no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades”⁸⁹.

En el mismo sentido, se lee, en la sentencia de 7 de febrero de 2002, dictada por el mismo tribunal, en la que se negó la indemnización por falta de causalidad:

“El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”⁹⁰.

En nuestro entender, consideramos arbitrario e invasivo exigir rendir prueba de la intención de haber abortado. ¿Por qué solo aquellas madres que consideraran el aborto como una solución al problema pudieran exclusivamente invocar una acción indemnizatoria?, ¿Por qué excluir de la indemnización a aquellas madres a las que jamás se les pasó por el espíritu la intención de abortar?, ¿Por qué exigir que aquella madre que reñidamente con su conciencia consideró interrumpir su embarazo, lo exteriorice? Las interrogantes expuestas las consideramos prueba de la injusticia de exigir el aborto como presupuesto de esta acción, así como una evidencia que el mecanismo indicado en nada contribuye con el bien común ni con el acceso a una indemnización justa y legítima.

Revisaremos a continuación los aspectos estudiados ahora desde la perspectiva del *wrongful life*.

C. FACTORES NECESARIOS EN LA INDEMNIZACIÓN DEL HECHO DEL NACIMIENTO O DEL *WRONGFUL LIFE*

Como ha sido indicado, al momento de exponer referencias jurisprudenciales, la indemnización de los daños derivados del hecho mismo de la vida de una persona, no ha estado exenta de cuestionamientos. De aquí que la jurisprudencia, en su generalidad, no sea favorable a indemnizaciones de esta naturaleza. Siguiendo la estructura utilizada más atrás, respecto de acciones de *wrongful birth*, abordaremos, a continuación, el problema de la determinación del perjuicio en acciones de *wrongful life* (1), para luego referirnos a las dificultades que presenta el vínculo de causalidad en este tipo de demandas (2).

⁸⁹ Tribunal Supremo (1999) Sala en lo Civil, sección 1, 04.02.1999, 679/1999, parte resolutive.

⁹⁰ Tribunal Supremo (2002) Sala en lo Civil, sección 1, 07.06.2002, 4137/2002, considerando cuarto.

1. Problemas en la identificación jurídica del daño indemnizable en acciones de *wrongful life*

Jurídicamente es menos defendible aún la posibilidad de obtener indemnizaciones derivadas del hecho del nacimiento propio. Lo reclamado, entonces, corresponde sin más al hecho de haber nacido, no al hecho de haber nacido enfermo. De aquí que su reconocimiento jurisprudencial favorable sea prácticamente nulo en la jurisprudencia de diversas latitudes. Se objeta el resarcimiento de este daño por cuanto

“el reconocimiento y protección de la vida por parte de los ordenamientos tiene un carácter absoluto e indiscutible, que excluye por principio poder plantearla como daño”⁹¹.

De lo anterior, pueden considerarse como criterios contrarios a la indemnización del *wrongful life* el imposible de atribuir al hecho mismo de la vida una categoría específica de daño, toda vez que la vida es siempre un beneficio; asimismo, el juez para efectos de determinar el alcance del perjuicio siempre debe efectuar un ejercicio comparativo entre la existencia y la inexistencia⁹², lo cual conduce a un absurdo jurídico desde la perspectiva de exigir una comparación respecto de la “no vida”⁹³.

Es del caso hacer presente que la autora A. Macía M. hace una relación de doctrina comparada que conduce a la solución expuesta⁹⁴. Sin perjuicio de lo anterior, más adelante, la misma profesora expone su propia opinión, defendiendo un supuesto mérito indemnizatorio del *wrongful life*. Expone la autora citada que no en todas las legislaciones la vida corresponde a un bien absoluto. Lo anterior, pues, se consideran legislativamente excepciones, tales como: la legítima defensa, estado de necesidad, el mismo aborto. De aquí que sostenga:

“la exclusión del concepto de daño del perjuicio en que se apoya la reclamación del niño, parte de una pretendida contradicción que, desde el punto de vista jurídico, no es absoluta: si el carácter del bien vida como jurídicamente protegido, que excluye cualquier atentado contra el mismo, tiene límites, ¿no puede ser uno de estos límites la calificación de la vida como daño bajo ciertas circunstancias, sobre todo, cuando el que realiza dicha calificación es el propio titular? La respuesta a esta pregunta merece, al menos, una reflexión mayor de la que se encuentra detrás del rechazo de la reclamación de responsabilidad civil por *wrongful life*”⁹⁵.

⁹¹ MACÍA (2009), p. 192.

⁹² DE LA MAZA (2006).

⁹³ MACÍA (2009), p. 190.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 191.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 192.

En este mismo sentido la profesora A. Romero C. defiende la figura, indicando:

“Desde mi punto de vista, hay que criticar el valor vida como valor absoluto. El reconocimiento del valor vida ha de depender, en buena medida, de valoraciones que nunca han de ser olvidadas o postergadas en pro de otras consideraciones, o en aras de una absolutización de la vida como derecho. Baste decir que los derechos tienen también sus límites. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión (o de información). Es un derecho, pero tiene sus limitaciones, las cuales están más o menos definidas por la Jurisprudencia. Nadie podría pensar que la libertad de expresión sea un derecho absoluto. La vida tampoco lo es”⁹⁶.

Opiniones como las expuestas anteriormente, no han tenido mayor reconocimiento ni en la jurisprudencia española ni en la estadounidense. En atención a ello, los demandantes de un daño de esta naturaleza, conscientes de la posibilidad que su pretensión sea rechazada, recurren a otros criterios y, en definitiva,

“cambian el enfoque de su pretensión; en concreto, alteran el presupuesto de la reclamación e identifican el daño con un interés que socialmente pueda ser considerado como jurídicamente protegido. Separan, pues, el daño reclamado del hecho de la vida del hijo (...) y centran éste, bien en la lesión de la libertad de procreación que reconoce a todo sujeto el artículo 10.1 CE (Martín Casals, 2000, pp. 190-195)¹⁰, o bien en los gastos que acarrea el niño (García Rubio, 1998, p. 1218)”⁹⁷.

Con ello se obtiene que la discusión referente a la indemnización se valore, desde la perspectiva del *wrongful birth*.

Concluiremos refiriéndonos brevemente a los cuestionamientos causales en el resarcimiento del daño en acciones de *wrongful life*.

2. Problemas en la identificación jurídica del vínculo de causalidad en acciones de *wrongful life*

Un factor que sepulta las demandas indemnizatorias bajo el argumento del *wrongful life* corresponde a la insuficiencia notoria de causalidad que existe entre el daño invocado (hecho de vivir) y el hecho generador de responsabilidad (negligencia en la información comunicada por el médico u omisión de esta). Lo indicado, pues, resulta inconexo que la negligencia incurrida por el médico haya tenido alguna incidencia en el daño invocado por el hijo. En rigor, podría decirse que la negligencia impide que la madre aborte o que los

⁹⁶ ROMERO (2010), p. 2573.

⁹⁷ MACÍA (2007), pp. 9-10.

progenitores se vean afectados por el impacto de tener un hijo enfermo y de los gastos extraordinarios que ello implica, pero no constituye la causa por la cual el niño padece los males que lo aquejan y que lo motivan a demandar una indemnización derivada del hecho de su existencia. En sentido de lo expuesto, argumenta la profesora A. Macía M., respecto del sufrimiento experimentado por el niño a causa de sus malformaciones, que este existe:

“y que, con seguridad, de ellas deriva el perjuicio del niño, pero su existencia no se debe al comportamiento del profesional que no las detectó o no las puso de relieve frente a los progenitores; falla, pues, aquí la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del profesional sanitario”⁹⁸.

CONCLUSIÓN

Aspectos vinculados a la responsabilidad médica constituyen un espacio fértil en cuanto a la constatación de nuevas especies de daños indemnizables. Entre ellos, hemos abordado la pertinencia indemnizatoria de daños vinculados a la concepción, nacimiento y a la vida misma de una persona, también conocidos bajo la nomenclatura anglosajona *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Las figuras expuestas se identifican con afirmaciones de embarazo injusto, nacimiento injusto y vida injusta, respectivamente. Nociones que se enfrentan al beneficio palpable de cada nueva vida humana en el mundo. En el análisis, hemos revisado sentencias de países exponentes del sistema anglosajón, tales como Estados Unidos y Reino Unido. Asimismo, hemos estudiado la situación de países exponentes del sistema latino continental, tales como España, Francia y Chile.

Apreciamos una tendencia en el Derecho Comparado en orden a reconocer el mérito indemnizatorio derivado de figuras de *wrongful conception*, bajo el entendido en que la negligencia del médico ha impedido que la intervención quirúrgica tendiente a la esterilización de alguno de los progenitores surta el efecto esperado, verificándose, en definitiva, un embarazo. En tal sentido, la negligencia del médico constituye la causa eficiente del daño invocado. En este punto, nos oponemos a la tesis de considerar al embarazo como un daño, en atención a la concepción humanista del derecho, criterio que suscribimos.

Por otro lado, respecto de aquellos países en los que se encuentra aprobado legislativamente el aborto, constatamos una regla general tendiente al reconocimiento de acciones por *wrongful birth* por parte de los tribunales. De aquí que se haya aprobado que la negligencia en el diagnóstico de enferme-

⁹⁸ MACÍA (2009), p. 189.

dades graves o malformaciones probablemente presentadas por el feto, y que impiden en los hechos a la madre abortar, constituye un perjuicio indemnizable. Sin perjuicio de lo anterior, se ha afirmado, por un lado, que una lectura más amplia de la figura podría integrar legislaciones que no han legalizado el aborto. De aquí, que el *wrongful birth* pudiera ser planteado desde la perspectiva de aquellos progenitores que no pudieron prepararse, psicológica o materialmente al nacimiento de un menor discapacitado, a consecuencia de la negligencia del médico en el cumplimiento de su obligación de informar oportunamente las malformaciones o enfermedades del feto. Por otro, hemos expuesto que la exigencia de probar que la intención de haber abortado implica una exigencia insalvable de esta acción constituye un presupuesto arbitrario e invasivo.

Distinto ha sido el tratamiento del mérito indemnizatorio por acciones de *wrongful life*, cuyo mérito indemnizatorio, por regla general ha sido objeto de rechazos por parte de los tribunales de diversas latitudes. En otros términos, se objetan normalmente las pretensiones indemnizatorias derivadas de la vida injusta de la persona que no pudo ser abortada. Estamos de acuerdo con ello, por cuanto, en nuestro entender, la vida no puede ser identificada como un daño. Por otro lado, no hay causalidad entre el daño invocado por el hijo y la negligencia del médico.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDALIA, Candice y BOSTON, Sheila (2013): *Know the Stakes When the Stork Comes: Damages and Defenses in Pregnancy Tort Actions*. Disponible en: <http://clients.criticalimpact.com/newsletter/newslettercontentshow1.cfm?contentid=15236&id=1806#15236>.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín (2006): "Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica", en María del Carmen GARCÍA GARNICA y Antonio ORTI VALLEJO (coords.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (Pamplona, Aranzadi).
- AYNÈS, Laurent (2001): "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", en *Recueil Dalloz*, Vol. 8 N° 2: pp. 492-496.
- BRAVERMAN, Philip (1978): "Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?", en *Fordham Law Review*, Vol. 47 Issue 3: pp. 417-436.
- COHEN, Mark (1978): "Park v. Chessin: The Continuing Judicial Development of the Theory of "Wrongful Life", en *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 4 N° 2: pp. 211-232.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?*, Derecho y Academia, el blog de Hernán Corral. Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/>.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1989): "La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado", en *Revista Española de Seguros*, N° 57: pp. 47-87.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1996): "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 4: pp. 105-120.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006): "Plegarias atendidas: procreación asistida y wrongful life actions", en José Ramón DE VERDA (ed.) *Daños en el Derecho de Familia* (Madrid, Thomson Aranzadi).
- DE VERDA, José Ramón y CHAPARRO, Pedro (2014): "Responsabilidad Civil Médica por privación de la facultad de optar por el aborto", en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 17: pp. 276-295.
- DEWITT ROGERS, Thomas (1982): "Wrongful Life and Wrongful Birth: Medical Malpractice In Genetic Counseling And Prenatal Testing", en *South Carolina Law Review*, Vol. 33 Issue 4: pp. 713-758.
- DOBBS, Dan (2000): *The law of Torts* (St. Paul, West Group).
- DUGUET, Anne Marie (2002): "Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions", en *European Journal of Health Law*, Vol. 9 Issue 2: pp. 139-149.
- ELSTE, Sandra Birgitta (2007): "Analysis of Common Law Judgments In Regards Of "Wrongful Birth" Cases", en *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, Issue 4. Disponible en: <https://cdn.auckland.ac.nz/assets/nzpglejournal/Subscribe/Documents/2006-2/5-SandraEPaper.pdf>
- FISHMAN, James (2012): *Ariel and Deborah Levy Win Highly Controversial "Wrongful Birth" Suit*. Disponible en: www.sunstoneonline.com/ariel-and-deborah-levy-win-highly-controversial-wrongful-birth-suit
- GARFINKLE, Jill (1991): "Burke v. Rivo: Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy", en *Villanova Law Review*, Vol. 36 Issue 3: pp. 805-830.
- GIESEN, Ivo (2012): "The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases", en *Utrecht Law Review*, Vol. 8 N°. 2: p. 35-54.
- JACKSON, Anthony (1995): "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 17 Issue 3: pp. 535-613.
- JOURDAIN, Patrick (2002a): "Loi anti-Perruche: une loi démagogique", en *Recueil Dalloz*, Point de vue.
- JOURDAIN, Patrick (2002b) *"La fin de la jurisprudence Perruche"*, *Le Nouveau droit des malades* (París, Litec).
- LABRUSSE-RIOU, Catherine y MATHIEU, Bertrand (2000): "La vie humaine peut-elle être un préjudice", en *Recueil Dalloz*, N° 44: p. III.

- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (2002): "La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées", en *Recueil Dalloz*, N° 6: p. 1217 y ss.
- MACÍA MORILLO, Andrea (2005): *La responsabilidad médica por los diagnósticos pre-conceptivos y prenatales [las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life"]* (Madrid, Tirant lo Blanch).
- MACÍA MORILLO, Andrea (2007): "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life", en *Revista de Derecho Universidad del Norte Colombia*, N° 27: pp. 3-37.
- MACÍA MORILLO, Andrea (2008): "Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 18-II: pp. 189-210.
- MACÍA MORILLO, Andrea (2009): "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12 julio: pp. 167-206.
- MALAN, Chris (1982): "The Wrongful Life Controversy: Curlender v. Bio-Science Laboratories and Turpin v. Sortini", en *Idaho Law Review*, Vol. 18 Issue 2: pp. 237-255.
- MARKESINIS, Basil (2001): "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", en *Revue trimestrelle de droit civil*, Jan-Mars: p. 77 y ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel (2000): "Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish Law: two wrongs in search of a right", en Ulrich MAGNUS y Jaap SPIER (edit.) *European Tort Law: Liber Amicorum for Helmut Koziol* (Frankfurt, Peter Lang).
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep (2002): "Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 60, 2002, pp. 1097-1121.
- MONCADA MIRANDA, Alexis (2014) "Obligaciones y Responsabilidad Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23: pp. 351-360.
- MONCADA MIRANDA, Alexis; AEDO BARRENA, Cristián y COLEMAN VEGA, Luis (2015): "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth, wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 21 N° 1: pp. 19-56.
- PACHECO-JIMÉNEZ, Maria Nieves (2011): *Acciones Wrongful Birth Y Wrongful Life: Una Controvertida Vía De Responsabilidad Civil Médica*. Disponible en: <https://previa.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentostrabajo/2011/2-2011.pdf>
- PRIAULX, Nicolette (2004): "That's One Heck of an "Unruly Horse"! Riding Roughshod Over Autonomy in Wrongful Conception", en *Feminist Legal Studies*, Vol. 12 Issue 3: pp. 317-331.
- PRIAULX, Nicolette (2005): "Damages for the "unwanted" child: time for a rethink?", en *Medico-Legal Journal*, Vol. 73 Issue 4: pp. 152-163.

- RENDER, John *et al.* (1998): "Health Care Law: A Survey of 1997 Developments", en *Indiana Law Review*, Vol. 31 Issue 3: pp. 621-668.
- ROMERO COLOMA, Aurelia (2010): "Las acciones de "Wrongful birth" y "Wrongful life" en el Ordenamiento Jurídico Español", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°722: pp. 2559-2608.
- SÉRIAUX, Alain (2002): "Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", en *Recueil Dalloz*.
- STRASSER, Mark (1999): "Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?", en *Missouri Law Review*, Vol. 64 Issue 1: pp. 29-76.
- STRETTON, Dean (2005): "The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth And Wrongful Life", en *Deakin Law Review*, Vol. 1 Issue 1: pp. 319-364.
- TAYLOR, Joel (1982): "Torts-Wrongful Birth-Public Policy Forbids Award Of Damages For Expense Of Raising A Healthy, But Unwanted Child. *Wilbur V. Kerr*, 276 Ark. 214, 628 S.W.2d 568 (1982)", en *University Of Arkansas at Little Rock Law Journal*, Vol. 5 Issue 4: p. 593-604.
- TEFF, Harvey (1985): "The action for wrongful life in England and the United States", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34 Issue 3: pp. 423-441.
- TERRÉ, François (2000): "Le prix de la vie", en *La Semaine Juridique ed. Générale*, N° 50 Actualité.
- VARGAS ARAVENA, David (2006): "Responsabilidad civil por falta de información en algunos casos de wrongful conception al tenor de la jurisprudencia española", en *Gaceta Jurídica*, N° 314: pp. 28-34.
- VICANDI MARTINEZ, Arantzazu (2013): "El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 3 septiembre-diciembre: pp. 40-59.
- VINEY, Genevieve (2001): "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion", en *La Semaine Juridique ed. Générale*, N°2 Doctrine.
- WILLIAMS, Robert (1990): "Johnson v. University Hospitals of Cleveland: Public Policy Over Traditional Principles", en *Akron Law Review*, Vol. 23 Issue 3: pp. 599-610.
- WILMOTH, David (1980): "Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action: Suggestions for a Consistent Analysis", en *Marquette Law Review*, Vol. 63 Issue 4: pp. 611-642.

Jurisprudencia

- Barder v. Johnson*, 675 N.E.2d 1119 (1997).
- Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401 (1978).
- Burke v. Rivo*, 406 Mass. 764, 551 N.E.2d 1 (1990).
- Christensen v. Thornby* (1934) 192 Minn., at p. 126 [255 N.W. at p. 622].
- Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012): Rol N° 373-11, 2 de mayo de 2012.

- Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 17.11.2000, JCP G 2000, II, 10438.
- Custodio v. Bauer, 251 Cal. App. 2d 303, 324, 59 Cal. Rptr. 463, 477 (1967).
- Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital, 451 F. Supp. 692, 695 (1978).
- Gleitman vs. Cosgrove, 49 N.J. 22 (1967).
- Jacobs vs. Theimer. 519 S.W.2d 846 (1975).
- McFarlane v Tayside Health Board [2000] 2 AC 59.
- McKay v Essex Area Health Authority [1982] All ER 771 (CA).
- Park v. Chessin, 88 Misc. 2d 222 (1976).
- Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust, [2001] All ER (D) 125 (Apr).
- Rance v. Mid-Downs Area Health Authority, (1990) 2 Med LR 27.
- Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2003] 3 WLR 1091 (HL).
- Salih v. Enfield Health Authority [1991] 3 All ER 400 (CA).
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 04.02.1999, 679/1999.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 06.06.1997, 3999/1997.
- Tribunal Supremo, Sala en lo civil, sección 1, 07.04.2004, 2401/2004.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 07.06.2002, 4137/2002.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 14.03.2013, 1136/2013.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 18.05.2006, 3350/2006.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 18.12.2003, 8215/2003.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 19.06.2007, 4827/2007.
- Tribunal Supremo, Sala en lo civil, sección 1, 25.04.1994, 2851/1994.
- Tribunal Supremo, Sala en lo civil, sección 1, 29.05.2003, 3678/2003.
- Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 31.05.2011, 3556/2011.
- Turpin v. Soritini, 31 CAL.3D 22.
- Wilbur V. Kerr, 628 S.W.2d 568 (1982).
- Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App. 2d 240 (1963).

