

## RESPONSABILIDAD CIVIL POR NACIMIENTO CON DISCAPACIDAD: LAS ACCIONES POR WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO INJUSTO) Y WRONGFUL LIFE (VIDA INJUSTA)

Juan Carlos García Huayama \*

---

*Fecha de publicación: 01/07/2012*

**Sumario:** **I.-** Introducción; **II.-** Las llamadas acciones de wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta); **III.-** Presupuestos; **IV.-** Factor de atribución; **V.-** Daños resarcibles; **VI.-** Relación de causalidad; **VII.-** Cuestionamientos éticos; **VIII.-** A modo de conclusión; **IX.-** Bibliografía.

### I.- INTRODUCCIÓN

Es curioso observar como los grandes avances de la Medicina contrastan con el notable incremento de demandas y denuncias formuladas por parte de pacientes insatisfechos contra los profesionales de la salud, buscando resarcimiento económico. Se argumenta que ello obedece a que la protección de salud cuenta cada vez con técnicas más complejas y sofisticadas, propiciando el sentir generalizado de la población de un cierto “derecho” a un resultado exitoso en cualquier tratamiento, provocado quizá por el sentimiento excesivo en este progreso, llegando inclusive al extremo de estar convencidos que en nuestros días la Medicina lo puede todo; a esto se agrega que en muchas ocasiones los medios de comunicación masivos divulgan los problemas médicos y sus soluciones con carácter

---

\* Fiscal Adjunto Provincial Titular de la Fiscalía Civil y Familia de Castilla - Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial; egresado del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura; Diplomado en Derecho Civil y Registral por la Universidad de Piura. [juancarlosgh1@hotmail.com](mailto:juancarlosgh1@hotmail.com)

excesivamente triunfalista, intensificando la idea que la curación del enfermo es un derecho inobjetable. Resulta inquietante pues, observar que actualmente debido a los enormes avances científicos (transplante de órganos, ingeniería genética, etc.) “...los médicos y cuantos colaboran en el ámbito sanitario devienen víctimas de la responsabilidad de su propio éxito, aunque resulte paradójica tal afirmación”<sup>1</sup>.

Es indudable también que los confines de la responsabilidad civil se amplían cada día más, hasta hace pocos años atrás resultaba insostenible la idea de reclamar judicialmente daños por el nacimiento de un hijo, aún cuando éste naciera enfermo, no obstante, con los avances en el campo de la medicina genética y preventiva, y de la mano de la legalización del aborto, comenzaron a asomarse tímidamente en la jurisprudencia norteamericana primero y europea después las primeras acciones de responsabilidad civil por embarazos que probablemente no habrían llegado a su término si los padres hubieran recibido, oportunamente, información que, por ejemplo, diera cuenta de alguna enfermedad congénita del embrión (wrongful birth)<sup>2</sup>.

Dentro de este contexto se puede afirmar que, a medida que aumenta el desarrollo científico y técnico, irán incrementando el número de enfermedades o defectos que pueden ser detectados en las fases previas al nacimiento y sobre los que, deberá informarse a los progenitores que se sometan a un diagnóstico preconceptivo o prenatal, a fin de que puedan adoptar oportunamente las decisiones pertinentes<sup>3</sup>.

Deviene en irrefutable entonces, que la existencia y evolución de las acciones judiciales que en su terminología norteamericana, de donde proceden, se conocen como “wrongful birth” y “wrongful life” van asociadas al avance de la ciencia médica. Específicamente en el ámbito del diagnóstico genético y el diagnóstico prenatal ha hecho surgir nuevas pretensiones de los pacientes, en relación con la información de que pueden disponer y sobre la que pueden adoptar decisiones respecto de la descendencia futura. Lo que antes no era posible, ahora lo es; y asimismo,

---

<sup>1</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. “Responsabilidad civil médica”. En: *La responsabilidad civil del profesional*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003, p. 137.

<sup>2</sup> MEDINA, Graciela. “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”. En: *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Editorial Motivensa, Lima, 2009, p. 625.

<sup>3</sup> MACÍA MORILLO, Andrea: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life” (consultado el 27/05/2012), *Revistas chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 167-206, julio del 2009, formato pdf., disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art05.pdf>>, ISSN 1718-8072.

lo que antes no era considerado un daño – por ser imposible de evitar – ahora puede serlo.

La admisibilidad de estas demandas no se encuentra exenta de cuestionamientos éticos atendibles, como por ejemplo, que conlleven a calificar la vida del hijo como un daño, pues los padres al accionar explícitamente están manifestando que hubieran preferido que su hijo jamás hubiera nacido, hecho que colisiona frontalmente con el derecho a la vida, el rechazo al aborto y con que la alternativa de ese niño a vivir con discapacidad era no vivir, pues si la anomalía o la malformación se detectaba a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto eugenésico, ese hijo nunca habría llegado a nacer.

Se argumenta también que la aceptación de las acciones bajo análisis nos retrotrae a tiempos que parecían muy lejanos, en los que se calificaba a las personas con discapacidad intelectual como vidas indignas de ser vividas, seres maliciosos de miradas retorcida, cáscaras humanas vacías, masa de carne sin alma; pues en ellas se plantea la posibilidad de calificar la vida como un daño y, en consecuencia, afirmar un pretendido derecho a no nacer porque la vida que hipotéticamente va a tener el nasciturus es tan baja que lo mejor para él es no venir a este mundo<sup>4</sup>.

Asimismo, resulta preocupante que los médicos frente al temor a ser demandados por errores de diagnóstico, se vean impulsados a aconsejar indiscriminadamente abortos ante la menor señal de problemas o que se vean tentados a ejercer la medicina a la defensiva<sup>5</sup>. Y es que en los últimos años los profesionales de la salud se han visto sometidos a un “acoso” desconocido hasta hace poco, viéndose obligados a adoptar medidas de precaución como programas de diagnóstico y terapéuticos excesivos, el rechazo de casos difíciles, contratación de seguros médicos, ejerciendo pues su profesión a la defensiva.

---

<sup>4</sup> AMOR PAN, José Ramón. “Demandas Judiciales por nacimiento con discapacidad (wrongful birth, wrongful life)”. En: <<http://www.down21.org/legislacion/temasinteres/demandasjudic/perspjuiridica2.htm>>. (consultado el 04/06/2012).

<sup>5</sup> Ejercicio de la profesión médica a la defensiva es “aquella que el médico o grupo de médicos desarrollan por el miedo a cometer un error de diagnóstico, y que se caracteriza básicamente, por un retraso en la aplicación de un tratamiento, por la solicitud de pruebas e interconsultas con otros compañeros de forma serial y exagerada” (cfr. PORTERO LAZCANO, Guillermo. “Responsabilidad penal culposa del médico: fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*; Dic. 2001- Jun. 2002; p. 90).

## II.- LAS LLAMADAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO INJUSTO) Y WRONGFUL LIFE (VIDA INJUSTA).

Debe entenderse por *wrongful birth* (conocida también como “nacimiento injusto”) a la acción por la que ambos, o cualquiera de los padres de un niño demandan a su médico y/o centro de atención médica por no haber detectado u omitir informar que su hijo iba a nacer enfermo, privándolos, en consecuencia, de tomar una decisión informada sobre la continuación o interrupción del embarazo o cuidados especiales en el parto o métodos muy estrictos de contracepción<sup>6</sup>.

En síntesis, se trata de una acción intentada por los progenitores de un niño que nace con incapacidad o retardo severo, quienes de haber conocido a tiempo la enfermedad que aquejaba al feto, hubieran decidido interrumpir el embarazo o tomar medidas especiales en la concepción y parto. En esta acción, no se alega que la negligencia del galeno fuera la causa de la lesión o enfermedad del niño, sino que la negligencia dio lugar a su nacimiento.

En los casos de *wrongful life* (conocida también como “vida injusta”) es el hijo incapacitado o su representante, quién demanda al médico y/o centro médico que atendió a sus progenitores, en la medida que de no haber sido por: (a) su diagnóstico negligente y/o (b) la información incompleta o errónea que les fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento de su enfermedad congénita<sup>7</sup>.

En este supuesto la demanda la interpone el hijo que ha nacido con alguna enfermedad o anomalía o por sus representantes legales (padres o tutores) pero en nombre de aquél. En este caso el ser humano que padece una anomalía tampoco sostiene que la negligencia del médico fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que dicho actuar negligente dio lugar a su nacimiento; expone que hubiera sido mejor nunca haber nacido que nacer con los defectos o enfermedades que lo aquejan.

Observamos que, en términos generales, ambas acciones son planteadas frente al nacimiento de un niño con malformaciones, enfermedades incurables o inevitables, posibles de ser detectadas durante el embarazo, que de haber sido conocidas a tiempo habrían permitido a los padres decidir legítimamente interrumpir el embarazo. Empero, se diferencian básicamente en función al sujeto que formula la acción; esto es, en las

---

<sup>6</sup> MEDINA, Graciela. Ob. cit., p. 730.

<sup>7</sup> Ídem.

acciones de wrongful birth son los padres quienes interponen la demanda y, contrariamente, en los supuestos de wrongful life es el propio hijo discapacitado el que directamente o a través de sus representantes plantea el reclamo contra los médicos. En otras palabras, la distinción entre las acciones de wrongful birth y wrongful life "...consiste en que la primera se formula por los padres del niño contra el médico, mientras que en la segunda quien la entabla es el hijo. Por ello, en aquella los padres alegan que, al no haberse detectado o no haberseles informado sobre la posibilidad de que la madre diese a luz una criatura con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión "informada" sobre si dar o no lugar al nacimiento. En la acción de wrongful life, en cambio, el hijo demandante argumenta que "de no haber sido por" el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad. Por decirlo de otro modo, en la acción de wrongful birth la culpa del médico consiste en un error "que ha conducido al nacimiento" del hijo de los padres demandantes; y en la acción de wrongful life el error del médico que se invoca es el de "que ha conducido a la vida" del propio hijo enfermo que demanda"<sup>8</sup>.

Seguidamente presentamos un resumen de las diferencias más notables entre las acciones de wrongful birth y wrongful life:

	<b>WRONGFUL BIRTH</b>	<b>WRONGFUL LIFE</b>
<b>Sujeto activo de la demanda</b>	Son ambos, o cualquiera de los padres de un niño quienes demandan a su médico y/o centro de atención médica por no detectar u haber omitido informar que su hijo iba a nacer enfermo.	Es el hijo incapacitado quién directamente o a través de sus representantes legales (padres o tutores), demanda al médico y/o centro médico que atendió a sus progenitores.
<b>Argumentos para solicitar resarcimiento</b>	Los padres alegan que, al no haberse detectado o no informárseles sobre las enfermedades congénitas del feto, fueron privados de decidir adecuadamente entre continuar el embarazo, conscientes de la enfermedad inevitable del hijo o, bien, acudir al aborto.	El demandante argumenta que de no haber sido por el consejo médico inadecuado, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento de su enfermedad congénita. Es decir, sostiene que habría sido mejor no haber nacido que nacer con los defectos o enfermedades que lo aquejan.

<sup>8</sup> DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. "La quinta sentencia del Tribunal Supremo español en un caso de wrongful birth: se puede decir ya que existe una jurisprudencia en la materia". En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2010, p. 499.

Las acciones civiles bajo comentario deben ser diferenciadas de otros supuestos de “injusticias prenatales”, tales como la *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* (embarazo injusto), que es una demanda incoada por los progenitores contra el actuar negligente del médico que no obstante haberles recetado o suministrado anticonceptivos o haber practicado una esterilización, llegaron a concebir a un niño no planificado. Entonces, implica el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado, por negligencia en los tratamientos anticonceptivos o en la esterilización voluntaria.

La *wrongful conception* abarca los siguientes supuestos: **a)** esterilizaciones fallidas o defectuosamente ejecutadas (operaciones fallidas de vasectomía o ligadura de trompas); **b)** intervenciones esterilizantes realizadas correctamente, pero con tratamiento o información posteriores insuficientes, dando lugar a una concepción no deseada ni previsible. Así, por ejemplo, se ha de informar a los pacientes que durante un tiempo posterior a la intervención es necesario el uso de otras medidas anticonceptivas por formar parte del tratamiento mismo, pues en caso no proceder de esta manera puede producirse un embarazo posterior y **c)** interrupciones fallidas del embarazo.

A continuación se resumen las diferencias entre las acciones bajo análisis con la acción de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*:

	<b>WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE</b>	<b>WRONGFUL CONCEPTION</b>
<b>Según la voluntariedad de la concepción.</b>	En términos generales dichas acciones se formulan por el nacimiento de un niño, cuya concepción ha sido deseada por los progenitores, sin embargo, éstos habrían interrumpido el embarazo si oportunamente hubieran sido informados que el feto presentaba taras físicas y/o mentales.	Esta acción implica el nacimiento de un hijo sano pero no deseado. La concepción ha tenido lugar por negligencia en los tratamientos anticonceptivos o en la esterilización voluntaria.
<b>Según el estado de salud del neonato.</b>	El niño nace con grave enfermedad o malformaciones.	El niño nace sano, pero no ha sido deseado o planificado por sus padres.
<b>Según los</b>	En estas acciones se alega que el	En esta acción comprende los

<p><b>supuestos que legitiman para demandar.</b></p>	<p>nacimiento del niño enfermo se produce debido un actuar negligente del médico, que puede ser consistir en lo siguiente: <b>a)</b> el médico se equivoca en la formulación del diagnóstico, ocasionando que los padres reciban información incorrecta, en el sentido que el feto está sano, cuando en realidad presenta taras físicas o psíquicas, produciendo que pierdan la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido; <b>b)</b> el médico aún realizando un diagnóstico correcto, no comunica nunca a los progenitores o lo informa extemporáneamente cuando ya no hay posibilidad de realizar el aborto eugenésico y <b>c)</b> el galeno omite aconsejar la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal.</p>	<p>siguientes supuestos: <b>a)</b> esterilizaciones fallidas o defectuosamente ejecutadas; <b>b)</b> intervenciones esterilizantes realizadas correctamente, pero con tratamiento o información posteriores insuficientes, dando lugar a una concepción no deseada ni previsible y <b>c)</b> fallidas interrupciones del embarazo.</p>
--	---	--

### III.- PRESUPUESTOS

Para la admisión de las demandas de wrongful birth y wrongful life, es necesario que concurren los siguientes presupuestos<sup>9</sup>:

**1.-** Un profesional médico informa erróneamente (acción) o no informa (omisión) a los padres sobre el estado del feto o los riesgos que lo amenazan. Esta conducta del médico que priva a la gestante de su posibilidad de decidir puede agruparse en tres supuestos:

1.1. El médico se equivoca en el diagnóstico, interpretando erróneamente los resultados de las pruebas, ocasionando que los progenitores reciban información incorrecta, en el sentido que el feto está sano, privándoseles la posibilidad de acudir legalmente al aborto.

1.2. El médico aún realizando un diagnóstico correcto, no lo comunica nunca a los padres o lo informa extemporáneamente cuando ya no hay posibilidad de abortar lícitamente al haber transcurrido el plazo legal.

<sup>9</sup> Vid. FORNAS, Ricardo. “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en las acciones de wrongful birth”. En: <<http://www.ricardofornas.net/search/label/acciones%20de%20wrongful%20birth>>. (consultado el 03/06/2012).

1.3. El médico no aconseja sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal. Por tanto, el error consiste no en la defectuosa realización del diagnóstico, sino en *no haber dado lugar a él*.

2.- No se conoce cura a la enfermedad o anomalía detectada en el feto.

3.- El mal o la enfermedad estuvo en la posibilidad de ser detectada de acuerdo con los conocimientos científicos actuales.

4.- Los progenitores – al conocer la discapacidad – hubieran optado por interrumpir el embarazo, esto resulta posible porque el ordenamiento jurídico permitía abortar al momento en que se produjo la información errónea o la omisión de la información.

5.- La concepción del hijo fue voluntaria.

Para Andrea Macía Morillo “la posibilidad que se plantee una demanda de wrongful birth o de wrongful life depende de la existencia de dos presupuestos. En primer lugar, sólo puede plantearse este tipo particular de reclamaciones de responsabilidad si, en el ordenamiento que resulte aplicable, está contemplada la facultad de interrupción voluntaria del embarazo como una opción lícita de la que dispone la gestante o ambos progenitores; en segundo lugar, es necesario que, en el caso concreto, el mal o defecto que padece el niño, posteriormente nacido, pudiera ser detectado o diagnosticado de acuerdo con el estado de la ciencia médica, antes de la concepción o antes del plazo legalmente fijado para el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo”<sup>10</sup>.

En efecto, constituye un requisito imprescindible para la admisión de las acciones de wrongful birth o wrongful life que el ordenamiento jurídico en cuestión admita el aborto en caso de grave enfermedad o malformación del feto y, es precisamente la ausencia de información respecto a los males que aquejan al nasciturus, lo que priva a la madre de la posibilidad de interrumpir el embarazo, acto que no es punible si es realizado dentro del término establecido por la ley y con motivo de las malformaciones.

La interrupción voluntaria del embarazo cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas es conocida como aborto eugenésico o embriopático. Sólo cuando un ordenamiento jurídico lo

---

<sup>10</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. Ob. cit.



admite lícitamente se puede afirmar que el comportamiento negligente del médico ha privado la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo; contrariamente, en aquellos ordenamientos jurídicos en que no esté reconocida esta opción para las gestantes, la omisión de información sobre el estado de salud de la descendencia ya concebida no priva a la madre de facultad alguna como las aquí planteadas, pues la acción del niño o de los padres carecería de base al no existir legalmente la opción de impedir el nacimiento. En otras palabras, si la posibilidad de abortar no es admitida legalmente, la madre en ningún caso va a ser privada de “elegir” entre continuar con el embarazo o no, puesto que dicha facultad no existe.

No es suficiente con el reconocimiento de la facultad de aborto para otros motivos (terapéutico o ético), ya que, en tal caso “...el hecho de que existieran defectos o malformaciones en la descendencia futura no permitiría a los progenitores decidir acerca del ejercicio de la facultad de aborto, por lo que el error en el diagnóstico sobre estos extremos no produciría una privación de esta facultad de interrupción del embarazo (...) De hecho en este contexto la falta de información a los progenitores sobre los defectos o malformaciones de su descendencia concebida y no nacida, no impide a la gestante decidir si interrumpir o no el embarazo, pues esta posibilidad queda sólo condicionada a la puesta en peligro de su salud o de su vida”<sup>11</sup>.

En nuestro país debido a que el aborto eugenésico está prohibido al encontrarse tipificado como delito, no resulta posible formular acciones de responsabilidad contra los galenos que negligentemente no advirtieron a los progenitores las taras físicas o psíquicas del feto, impidiendo que éstos adopten una decisión informada respecto de interrumpir o no el embarazo. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico la gestante no tiene lícitamente otra alternativa que alumbrar, pues el artículo 120 del Código Penal dispone que el aborto “...será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: (...) 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

---

<sup>11</sup> MACIA MORILLO, Andrea: “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life”. En: <[http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/27/1\\_La%20responsabilidad%20civil.pdf](http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/27/1_La%20responsabilidad%20civil.pdf)>. (Consultado el 08/06/2012).

#### IV.- FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Es obvio que existirá responsabilidad civil sólo cuando la privación de la posibilidad de abortar obedece a una conducta culposa del médico, contraria a la ley artis, de acuerdo con los conocimientos médicos actuales, esto es, necesariamente se requiere la concurrencia del elemento subjetivo culpa así como de los demás requisitos que exige todo supuesto de responsabilidad civil.

En el error de diagnóstico para que “la conducta del médico merezca reproche, ha de estar presente la culpa, necesaria tradicionalmente para que el caso merezca la atención de los tribunales de justicia (...). Tal vez, en el supuesto de error de diagnóstico, la culpa, ya sea en forma de omisión de diligencia, ya de manifiesta negligencia, ha de merecer el calificativo de “grosera” para que adquiera la entidad suficiente que alcance a provocar la atención del juzgador, pues es verdad que no se puede ser muy estricto con el cumplimiento obligacional de este contrato en lo que se refiere a la obtención de un resultado cierto”<sup>12</sup>.

Efectivamente, la responsabilidad del galeno en el diagnóstico prenatal debe ir asociado a la culpa en la emisión del diagnóstico prenatal, pues no se comunicó a la gestante o a los progenitores del mal o defecto que padecía el feto, o que amenazaba a la descendencia futura, pudiendo sin embargo, haberse informado del mismo de acuerdo a la ley artis. Este actuar negligente ocasiona que los progenitores reciban una información falsa o errónea sobre el estado de salud del feto, al que creen sano, privándolos de la facultad de interrumpir el embarazo.

En tal sentido, para poder imputar la responsabilidad es necesario que se compruebe que el médico actuó negligentemente en alguna de las fases de la prestación sanitaria, de manera que ese comportamiento impidiera la formulación de un diagnóstico certero. En sentido contrario, cuando la enfermedad o defecto que se concrete tras el nacimiento sea una de las que, de acuerdo al estado actual de la ciencia médica, no puede ser diagnosticada antes de la concepción o antes del plazo legalmente fijado para ejercitar la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, nada se le puede reprochar al profesional sanitario que no la detectara en la fase preconceptiva o prenatal; su diagnóstico, aunque erróneo, se enmarcaría

---

<sup>12</sup> BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003, p. 193.

dentro del contexto de un comportamiento diligente, lo que excluye la responsabilidad civil<sup>13</sup>.

El actuar negligente puede consistir en lo siguiente: **a) no información sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico; b) errores en el diagnóstico o interpretación de resultados.** El Tribunal Supremo español con sentencia de fecha 18 de diciembre del 2003 encontró responsabilidad en los médicos por no haber detectado una grave enfermedad congénita en el feto aún cuando a la madre se le realizó cuatro ecografías; para el tribunal resultó inconcebible que los galenos demandados visualizaran dos arterias cuando en realidad había una o que había normalidad en las extremidades cuando faltaba totalmente la izquierda<sup>14</sup>, y **c) falta de comunicación de los resultados dentro del plazo hábil para realizar el aborto eugenésico.** Un supuesto como este se puede encontrar en la sentencia del 06 de junio de 1997 donde el Tribunal Supremo español, declaró la responsabilidad de una médico a quién la gestante solicitó un diagnóstico de salud para su posible futuro hijo a través de una prueba de amniocentesis, sin embargo, la médico omitió informar a la interesada el fracaso de la prueba realizada, privándole la posibilidad de su repetición dentro del plazo legal establecido para abortar, impidiendo a la futura madre tomar una decisión informada<sup>15</sup>.

## V.- DAÑOS RESARCIBLES

A través de las acciones de wrongful birth se acciona contra los médicos y/o establecimientos de salud atribuyéndoles responsabilidad civil, bajo el argumento que debido a su actuar negligente ocasionaron el nacimiento de un niño discapacitado, conllevando a que los progenitores asuman gastos extraordinarios que en ningún momento se imaginaron a la hora de concebir y, que hubieran podido evitar si eran informados de la discapacidad del feto, recurriendo al aborto eugenésico dentro del plazo establecido por la ley.

Empero, resulta enormemente dificultoso establecer si la vida del recién nacido puede considerarse en sí mismo como un daño jurídicamente resarcible, pues ante esta pretensión se encuentra la idea que la vida es por excelencia “un derecho natural primario del que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia”, constituyendo el presupuesto indispensable

---

<sup>13</sup> MACÍA MORILLO, Andrea: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life” (...).

<sup>14</sup> Cfr. MEDINA, Graciela. Ob. cit., p. 631-633.

<sup>15</sup> Cfr. BLAS ORBÁN, Carmen. Ob. cit., p. 201-206.

para todos los demás derechos<sup>16</sup>, cuya protección está garantizada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Además, el considerar la vida del recién nacido como un daño para los progenitores, rebaja el valor del niño frente a éstos y lesiona su dignidad, lesión que se incrementa desde que se trata de reducir el valor de un ser humano a los costos que origina su existencia.

En vista de esta polémica, en las demandas de wrongful birth se han buscado caminos alternativos a través de los cuales lograr la satisfacción del interés de los progenitores de recibir una indemnización, tratando de eludir, al mismo tiempo, que el daño se centre en el nacimiento de su hijo. Se parte, pues de la afirmación de que éste no es, en sí mismo, un daño, y se trata de identificarlo con otros intereses o derechos de los progenitores que se han visto lesionados por el comportamiento del profesional sanitario.

Los argumentos para separar el daño reclamado de la vida del recién nacido surgen en la jurisprudencia alemana con la “teoría de la separación”, según la cual es posible diferenciar la vida o el nacimiento del niño, de los gastos que implica su manutención. Desde este punto de vista, es posible afirmar que la indemnización se solicita únicamente por la vulneración de la autodeterminación reproductiva de los progenitores así como por la pérdida de oportunidad de recurrir al aborto, lo que a su vez genera perjuicios económicos extraordinarios y daños morales aparejados al nacimiento de un hijo discapacitado, pero no por el nacimiento del niño en sí mismo. Con este planteamiento se supera al parecer las objeciones éticas que supone considera la vida como un daño.

Entonces, en las demandas de wrongful birth no se considera el nacimiento mismo del niño discapacitado como daño resarcible, sino que “en puridad, la reclamación se sustenta, fundamentalmente, en la privación de la posibilidad de la madre de decidir en torno a la interrupción legal del embarazo con todas las consecuencias que ello conlleva, lo que constituye una lesión de su derecho a la dignidad personal y al principio de libre desarrollo de su personalidad...”<sup>17</sup>. Adicionalmente se establece que la privación de la posibilidad de recurrir al aborto, ocasionará un daño moral y también, por efecto rebote, daños patrimoniales extraordinarios derivados de la especial condición de enfermedad o discapacidad del hijo.

---

<sup>16</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 4ta. edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.177.

<sup>17</sup> GALAN CORTÉS; Julio César. Ob. cit., p. 259.

Siguiendo este razonamiento, el Tribunal Supremo español en la sentencia del 21 de diciembre del 2005 afirmó “El daño, por tanto resulta no solo del hecho de haber privado a la madre negligentemente 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 la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva”<sup>18</sup>.

El daño patrimonial extraordinario se traduce en las expectativas de que se han visto privados los actores, la repercusión en su vida, la atención fija y permanente que requieren los incapaces de por vida, gastos de asistencia médica y rehabilitación especializados derivados de la anomalía del hijo, gastos de asistencia a un centro de educación especial, egresos que conlleva la adecuación de la vivienda familiar y costos de los vehículos especiales para el transporte del incapaz, el salario de persona que atiende al vástago enfermo e inclusive en ocasiones los padres tendrán que abandonar sus actividades lucrativas para dedicarse al cuidado del hijo.

En general, la familia se verá obligada a asumir la responsabilidad económica que supone mantener un ser humano que tiene unas necesidades superiores, tanto en su cantidad como en su duración a las que ellos estaban dispuestos a asumir por el hecho de tener un hijo. Es que el hijo discapacitado genera unos costes que, muy probablemente, los padres no hubieran querido adjudicarse en caso de haber contado con la información que finalmente no se le brindó.

A su vez, el daño moral se encuentra constituido por el impacto psicológico de crear un ser discapacitado que nunca podrá valerse por sí mismo, requiriendo de los padres dedicación más intensa y prolongada que un hijo sano; el padecimiento de ver crecer a un hijo discapacitado, el sufrimiento que provoca la incertidumbre de no saber quien lo cuidará en caso que les sobreviva, la angustia constante por el futuro de ese hijo.

En la sentencia del 06 de junio de 1997 del Supremo Tribunal español, admitiendo la existencia del daño moral, expuso “...el niño nace con taras, pero la otra alternativa posible era que no hubiera nacido; ahora bien, el daño derivado del referido dato es no patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y

---

<sup>18</sup> Cfr. MEDINA, Graciela. Ob. cit., p. 634 y 635.

puede llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija y permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógico el montante de la suma reclamada por la parte ahora, recurrente”<sup>19</sup>.

Sin embargo, en las pretensiones de wrongful life - a diferencia de lo que sucede en los casos de wrongful birth - no resulta posible establecer coherentemente la separación entre el daño y la vida misma del niño, pues en esta acción es la propia vida lo que se reclama como daño indemnizable al establecerse que “presenta mayores inconvenientes el vivir disminuido física y/o psíquicamente respecto al no vivir plenamente”.

En las acciones de wrongful life se comprueba que la reclamación se centra en que el profesional sanitario no permitió a los progenitores evitar la concepción o interrumpir el embarazo; con ello, el demandante sostiene que se han lesionado sus intereses. Sin embargo, ya se ha apuntado que, ni la facultad de interrupción voluntaria del embarazo ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en situación de conflicto.

Si el aborto eugenésico se estableciera en virtud del interés del nasciturus se corre el peligro de transformar la libertad de la gestante en una obligación de abortar, generándose la amenaza de introducir un “derecho a la eutanasia prenatal”<sup>20</sup>. Además, las acciones de wrongful life suscitan una serie de dramáticas interrogantes como ¿a partir de qué límite de gravedad, la incapacidad haría la vida insostenible?<sup>21</sup>. En consecuencia, debido a la inexistencia de daño resarcible tanto la doctrina como los tribunales - contrariamente a lo que sucede con las de wrongful birth - generalmente no consideran admisibles las reclamaciones de wrongful life.

## **VI.- RELACION DE CAUSALIDAD**

Cuando se produce el nacimiento de un niño gravemente enfermo o discapacitado por causas naturales, ante la imposibilidad de atribuir responsabilidad a otros sujetos, las miradas se vuelven hacia los profesionales sanitarios que participaron en el proceso de seguimiento del embarazo o de diagnóstico previo al mismo (si hubo un diagnóstico

---

<sup>19</sup> DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 502.

<sup>20</sup> DONATO BUSNELLI, Francesco. “Bioética y Derecho Privado”. Editorial Grijley; Lima, 2003, p. 424.

<sup>21</sup> ídem, p. 424.

preconceptivo), buscando imputarle algún tipo de responsabilidad por el hecho del nacimiento en tales condiciones. Aunque la enfermedad o discapacidad no haya sido causada por el comportamiento del profesional sanitario, el hecho de que no se haya ofrecido la posibilidad de impedir el nacimiento, y que, consiguientemente, llegado a término el embarazo haya nacido un niño en graves condiciones de salud, es el daño sobre el que se estructura la reclamación de los progenitores y del niño.

Ante las reclamaciones por errores en el diagnóstico prenatal, los demandados con frecuencia sostienen que no es seguro que la madre hubiera abortado si hubiera sabido la enfermedad congénita del feto, y que la alegación de la madre es una alegación de circunstancias, esto es, “interesada”<sup>22</sup>. Como sostiene De Ángel Yaguez, esa decisión de la madre es una hipótesis, no una certeza, por lo que la relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado (nacimiento de un niño enfermo, por no haberse podido acudir al aborto) se halla mediatizada por una supuesta decisión de la madre<sup>23</sup>.

Este problema de relación de causalidad se enmarca en el concepto de los “cursos causales no verificables”, en el sentido que el médico demandado puede argumentar que el nexo causal es interrumpido en virtud de la libertad inalienable de la mujer a decidir, en presencia de los presupuestos exigidos por ley, si interrumpe o no el embarazo. Es decir, sería una mera sospecha y no una certeza manifestar que la madre hubiera abortado si hubiese conocido la enfermedad congénita del nasciturus, por tanto, la relación de causalidad entre la conducta negligente del galeno y el resultado dañoso se encuentra interrumpida por una supuesta decisión de la gestante.

No obstante, coincidimos con quienes sostienen que “...el curso causal, aun cuando no sea verificable en su integridad, es que la madre que efectúe tales técnicas las haga, no por curiosidad, sino para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo si hubiere lugar a ello. La circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye *per se* un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto. Por ese motivo, debería al menos producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga

---

<sup>22</sup> SUPERBY JELDRES, Alejandro Iván: “El nexo de causalidad y su prueba en la responsabilidad civil médica”. En: <[http://www.peritajedrsuperby.es/drsuperby\\_nexo\\_de\\_causalidad\\_en\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_medica.pdf](http://www.peritajedrsuperby.es/drsuperby_nexo_de_causalidad_en_la_responsabilidad_civil_medica.pdf)>. (Consultado el 07/06/2012).

<sup>23</sup> DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 500.

que demostrar que la madre no habría abortado<sup>24</sup>. De lo contrario, consideramos que en la práctica se estaría exigiendo la presencia de prueba diabólica a la reclamante.

En los casos de wrongful life a la ausencia de un daño jurídicamente resarcible, se adiciona la inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del médico y los perjuicios reclamados, pues “es innegable que tales malformaciones existen 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”<sup>25</sup>. Asimismo, tampoco se puede sostener que el daño ocasionado al hijo demandante consisten en haberle privado la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que dicha facultad se atribuye estrictamente en virtud a los intereses de la gestante y no en atención al nasciturus.

## VII.- CUESTIONAMIENTOS ÉTICOS

Como hemos indicado, contra las acciones bajo análisis se oponen diversos cuestionamientos basados en convicciones éticas y religiosas que destacan el valor de la vida y la imposibilidad de calificarla como daño jurídicamente resarcible; objeciones que consideramos han sido superadas en la acción de wrongful birth (pues en base a la teoría de la separación, queda claro que la indemnización se solicita únicamente por la vulneración de la autodeterminación reproductiva de los progenitores pero no por el nacimiento del niño en sí mismo), sin embargo, dichas críticas no han sido desvirtuadas en las argumentaciones efectuadas en las demandas de wrongful life.

Así, se menciona que un hijo nunca puede ser equiparado a un daño, tanto en el sentido económico como moral, aunque esté aquejado de alguna enfermedad o dolencia incurable, pues un hijo siempre es un don y nunca una carga. Un ser humano, aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y belleza en el mundo. Tampoco la propia existencia puede ser considerada como un daño: no se puede

---

<sup>24</sup> GALAN CORTES, Julio César. Ob. cit., p. 258 y 259.

<sup>25</sup> MACÍA MORILLO, Andrea: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life” (...) consultado el 27/05/2012), Revistas chilena de Derecho Privado, N° 12, pp. 167-206, julio del 2009, formato pdf., disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art05.pdf>>, ISSN 1718-8072.



comparar, ni es admisible que alguien plantee, la no existencia con la existencia. Si la vida es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede ser sino un síntoma de barbarie.

Resulta preocupante también que los tribunales al admitir dichas acciones lancen un peligroso mensaje a los discapacitados, ya que con las demandas por “vida injusta”, se sostiene, que los niños discapacitados son errores de fabricación y que jamás debieron haber nacido. Esta “justicia” despoja a los niños de su dignidad humana y también degrada a sus padres. Los órganos jurisdiccionales no deben desconocer algo tan obvio como que la discapacidad forma parte de la vida humana.

Cuando se enuncia que es mejor no haber nacido que padecer de síndrome de Down u otra anomalía congénita incurable, entonces los individuos que padecen dicha enfermedad interpretan que socialmente su vida tiene menos valor o es inferior a la de aquellos seres humanos que no se encuentran aquejados por anomalías.

A través de las acciones bajo comentario se trata de identificar la discapacidad con sufrimiento insoportable e incapacidad para poder realizar planes de vida. Traer al mundo a un hijo se convierte en una suerte de consumismo. Cuando un producto adquirido no cumple con las especificaciones con que se encargó, lo enviamos de regreso y pedimos un reembolso. Las demandas por “nacimiento injusto” se convierten en una compensación por una compra “defectuosa”.

## **VIII.- A MODO DE CONCLUSIÓN**

1. Actualmente observamos que las fronteras de la responsabilidad civil se encuentran en un acelerado proceso de expansión, pues hasta algunos años atrás resultaba injustificable la idea de reclamar judicialmente resarcimiento por el nacimiento de un hijo, aún cuando éste naciera enfermo, no obstante, con los avances de la ciencia médica han surgido nuevas pretensiones de los pacientes, en relación con la información de que pueden disponer y sobre la que pueden adoptar la decisión de interrumpir o no el embarazo debido a enfermedad que aqueja al feto. En este contexto, resulta indudable que la existencia de las acciones judiciales wrongful birth y wrongful life se encuentran estrechamente asociadas al desarrollo de la medicina y la legalización del aborto eugenésico.

2. La admisibilidad de las acciones de wrongful birth y wrongful life no se encuentra exenta de cuestionamientos éticos atendibles, en el sentido que conllevan a calificar la vida del hijo como un daño, pues los padres al demandar explícitamente estarían manifestando que hubieran preferido que su hijo jamás hubiera nacido, hecho que colisiona frontalmente con el derecho a la vida, más aún cuando la alternativa de ese niño a vivir con discapacidad era no vivir, ya que si la anomalía o la malformación se detectaba a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto eugenésico, ese hijo nunca habría llegado a nacer; sin embargo, en las acciones de wrongful birth se ha logrado superar dichas objeciones éticas recurriendo a la “teoría de la separación”, según la cual la indemnización se solicita únicamente por la vulneración de la autodeterminación reproductiva de los progenitores así como por la pérdida de oportunidad de recurrir al aborto, pero no por el nacimiento del niño en sí mismo.
3. Es regla general el rechazo de las demandas por wrongful life pues las razones argumentadas por la “teoría de la separación” no han funcionado en este caso, ya que en estas acciones resulta claro que el daño se identifica con la propia vida, al argumentarse que “constituye mayor daño vivir disminuido física y/o psíquicamente que no vivir plenamente”; máxime si tampoco se evidencia en ellas la existencia de nexo causal entre la conducta negligente del médico y el resultado dañoso (nacimiento de un niño enfermo, por no haberse podido acudir al aborto), pues en primer lugar, las malformaciones que aquejan al niño no se deben al comportamiento del profesional y en segundo término, tampoco se puede identificar como daño al niño demandante, la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, pues dicha facultad se atribuye específicamente en virtud a los intereses de la gestante, no en atención al nasciturus.
4. En nuestro país no resulta posible plantear acciones de wrongful birth y wrongful life, debido a que no se admite legalmente el aborto eugenésico y, por el contrario, se encuentra tipificado como un ilícito penal; consecuentemente, estando proscrita la posibilidad de abortar debido a taras físicas y/o mentales del feto, la madre en ningún caso va a ser privada de “elegir” entre continuar con el embarazo o no, puesto que en el ordenamiento jurídico peruano dicha facultad simplemente no existe.

## IX.- BIBLIOGRAFÍA

- BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. “La quinta sentencia del Tribunal Supremo español en un caso de wrongful birth: se puede decir ya que existe una jurisprudencia en la materia”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2010.
- DONATO BUSNELLI, Francesco. “Bioética y Derecho Privado”. Editorial Grijley, Lima, 2003.
- GALÁN CORTÉS, Julio César. “Responsabilidad civil médica”. En: *La responsabilidad civil del profesional*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003.
- MACÍA MORILLO, Andrea: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life” (consultado el 27/05/2012), *Revistas chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 167-206, julio del 2009, formato pdf., disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art05.pdf>>, ISSN 1718-8072.
- MEDINA, Graciela. “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”. En: *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Editorial Motivensa, Lima, 2009.