

“PARA AMPARAR LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* ES NECESARIO QUE EL ABORTO EUGENÉSICO SE ENCUENTRE PERMITIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO”.

Juan Carlos García Huayama *

Fecha de publicación: 01/04/2014

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

I. INTRODUCCIÓN

En esta ocasión se procede a comentar la Sentencia de Vista expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna en el Expediente N° 00001-2013-0-2301-SP-CI-01 que resolvió un caso sobre Responsabilidad civil por inejecución de obligaciones debido al nacimiento de un niño con deficiencias físicas (osteogénesis imperfecta) [*La ejecutoria va en anexo*].

La presente sentencia aborda uno de los temas más controvertidos en el ámbito de la responsabilidad civil médica, cuya reclamación considerábamos absolutamente difícil de encontrar en un ordenamiento jurídico antiabortista como el nuestro: la petición de una indemnización bajo el argumento que el médico omitió informar a la madre sobre la existencia de deficiencias graves en el feto, que, de haber sido conocidas le habrían permitido adoptar una decisión respecto de la posible interrupción del embarazo.

* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Civil, ambos por la Universidad Nacional de Piura. Docente de Derecho Civil. Autor de diversos artículos jurídicos sobre la materia. Ponente en el VIII Congreso de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico – SIDEME (Lima - 2013).

II. PRESENTACIÓN DEL CASO

Los demandantes Fortunato Hermosilla Nina, Francisca Cusihuamán Vilca y Santiago Hermosilla Cusihuamán acuden al órgano jurisdiccional solicitando indemnización por inejecución de obligaciones a efectos que los demandados Southern Perú Copper Corporation, Hospital de Toquepala, Juan Manuel Reynaldo Cerna Figueroa y como litisconsorte necesario Eduardo Guillermo Roncal Pacheco, cumplan con cancelar solidariamente *“la suma de veinticinco millones de euros y en forma acumulativa solicitan indemnización por daño moral, a la persona y a la libertad de elección, la suma de veinticinco millones de euros”*.

Los accionantes alegan que Fortunato Hermosilla Nina, trabajador de la Empresa Southern Perú Copper Corporation, contrajo matrimonio con Francisca Cusihuamán Vilca, quien quedó embarazada aproximadamente en noviembre de 1984, siendo atendida por el médico Juan Cerna Figueroa, que trabajaba como médico gineco - obstetra en el Hospital del Asiento Minero de Toquepala. Agregan que Santiago Hermosilla Cusihuamán nació el 24 de julio de 1985, mediante parto normal, presentando desde su nacimiento encogimiento de extremidades inferiores con deformidad en arcos de muslos, fracturas intrauterinas múltiples en costillas y miembros inferiores, determinando el diagnóstico médico que padece de osteogénesis imperfecta.

Se indica en la demanda que la responsabilidad del médico Cerna Figueroa consiste en que aún cuando elaboró la historia clínica de Francisca Cusihuamán Vilca donde constan los antecedentes del embarazo, de la enfermedad del feto y su sintomatología, omitió informar el estado del feto a las catorce semanas de gestación, pues debió realizar la ecografía respectiva, la misma que en el año 1985 ya era una práctica común en los hospitales y clínicas. Es más, el galeno en la etapa de diagnóstico no recomendó realizar las pruebas de laboratorio o de investigación respectivas, a lo que se agrega que el Hospital de Toquepala debió haber contado con los equipos auxiliares necesarios para una debida atención.

La codemandada Southern Perú Copper Corporation contesta la demanda indicando que efectivamente, la gestante fue atendida durante el embarazo en el Hospital de Toquepala, siendo que debido a la naturaleza de la enfermedad no resultaba posible establecer en 1985, que Santiago Hermosilla padecía de osteogénesis imperfecta, asimismo en esa época no se podía practicar un aborto eugenésico pues estaba considerado como delito, además, no existe nexo causal entre la enfermedad que éste padece con el daño moral alegado. El galeno Juan Manuel Reynaldo Cerna

Figuroa, indica al absolver traslado de la demanda, que el caso encuadra dentro de la denominada responsabilidad contractual, y que sólo se indemniza el daño moral en cuanto sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional por parte del deudor, lo que no ha sucedido en autos.

El juez de primera instancia mediante sentencia de fecha 16 de julio del 2012 resolvió el caso declarando infundada la demanda en todos sus extremos bajo el argumento que “la gestante no podría tampoco haber decidido interrumpir dicho embarazo, pues a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal, a través del artículo 120 en el año 1991”. Apelada la sentencia por los demandantes, los autos se remitieron a Sala Superior donde se confirmó la recurrida.

III. ANÁLISIS DEL CASO

3.1 Delimitación del caso planteado dentro de las acciones de wrongful birth y wrongful life.

Es necesario comenzar este análisis delimitando los hechos concretos que sirven de base a la sentencia, a efectos de establecer si el caso se enmarca dentro de las acciones de wrongful birth y/o wrongful life:

- a. Se define como acción de wrongful birth, también conocida como “nacimiento injusto”, la demanda 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.
- b. En la acción de wrongful life, denominada también como “vida injusta”, es el hijo incapacitado quién demanda al médico o centro de salud que atendió a sus progenitores, bajo el argumento que de no haber sido por su diagnóstico negligente o la información errónea que fue brindada a sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento de su enfermedad congénita.

En términos generales, ambas acciones se diferencian básicamente en función al sujeto que formula la pretensión, ya que la demanda de wrongful birth es interpuesta por los padres del niño contra el médico, alegando que al no haber detectado o 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, quien invoca legitimación activa es la persona que nació con la deformidad o retardo, alegando que de no haber sido por el consejo médico inadecuado brindado a sus progenitores, no habría nacido para experimentar el dolor y angustia propios de su enfermedad¹.

En el caso analizado, se aprecia que el reclamo efectuado por los señores Fortunato Hermosilla Nina y Francisca Cusihuamán Vilca, enmarca dentro de las acciones de wrongful birth, pues se entiende que ambos progenitores fundamentan su pretensión en que se les privó la posibilidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo debido a la enfermedad que presentaba el feto; en tanto que desde la perspectiva del hijo de éstos, Santiago Hermosilla Cusihuamán, quien también actúa en nombre propio, se asume que solicita una indemnización por el hecho mismo de haber nacido con deficiencias, lo que engloba en las denominadas acciones de wrongful life.

3.2 Presupuestos para plantear las acciones de wrongful birth y wrongful life.

Comprender la mecánica de las acciones comentadas implica advertir dos cosas, una de carácter médico y otra de carácter legal. En cuanto a la primera, para que estas acciones puedan prosperar es indispensable que exista tecnología suficiente para que, durante el periodo prenatal, resulte posible detectar la anomalía que determinará la presencia del defecto o retardo en el niño una vez que nazca. En segundo lugar, y ésta es la cuestión de carácter legal, es necesario que el aborto eugenésico se encuentre permitido, porque de otra manera simplemente no sería lícito evitar un nacimiento o una vida no deseados debido a taras físicas o mentales del feto².

En palabras de 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

¹ 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.

² DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “Plegarias atendidas: procreación asistida y wrongful life actions”. En: *Daños en el Derecho de Familia*. Thomson, 2006, p. 79.

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”³.

La interrupción voluntaria del embarazo cuando se presume que el hijo habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas es conocida como aborto eugenésico y, sólo cuando un ordenamiento jurídico lo admite lícitamente se puede afirmar que el comportamiento negligente del médico ha privado la facultad de interrumpir el embarazo; contrariamente, en aquellos sistemas 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.

Según lo expuesto, en nuestro país no corresponde amparar las acciones de wrongful birth y wrongful life, debido a que no se admite legalmente el aborto eugenésico y, por el contrario, es considerado como un ilícito penal⁴; consecuentemente, estando proscrita la posibilidad de abortar debido a taras físicas y/o mentales del feto, la gestante 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.

Es insuficiente que el ordenamiento jurídico en cuestión sólo admita el aborto terapéutico como sucede en el Perú⁵, 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

³ MACÍA MORILLO, Andrea: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life” (consultado el 06/10/2013), 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.

⁴ 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”.

⁵ El artículo 119 del Código Penal establece: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

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”⁶.

Aún cuando considero que la sentencia comentada se encuentra arreglada a ley en cuanto confirma la resolución de primera instancia que declara infundada la demanda, la fundamentación jurídica resulta deficiente en diversos aspectos que menciono a continuación:

La Sala Superior ha establecido que *“la gestante no podría tampoco haber decidido interrumpir dicho embarazo, pues a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal, a través del artículo 120 en el año 1991”*. Esta argumentación no resulta correcta en su totalidad pues en nuestro país el aborto eugenésico siempre ha sido considerado un hecho delictivo, es falso sostener que desde el año 1991, con la entrada en vigencia del actual Código Penal, esté permitido lícitamente acudir al aborto embriopático. Si esto fuera posible, nada impediría que actualmente las acciones de wrongful birth tuvieran amparo en caso de diagnósticos prenatales erróneamente realizados.

Sorprende también que la sentencia comentada indique que se atribuye a *“Eduardo Roncal Pacheco (médico que atendió a Santiago Hermosilla Cusihuamán desde su nacimiento hasta mil novecientos noventa) no haber detectado oportunamente la enfermedad a través de una ecografía o prueba de amniocentesis, para así poder optar - los padres - por el aborto eugenésico” (sic)*. Decimos esto por cuanto no se entiende en qué medida el galeno Eduardo Roncal Pacheco habría impedido a la gestante acudir al aborto eugenésico, si textualmente se ha indicado que atendió al hijo de los demandantes, Santiago Hermosilla Cusihuamán, con posterioridad a su nacimiento.

3.3 De la relación de causalidad.

En las acciones bajo estudio no existe conexión causal entre la actividad del médico y la enfermedad o discapacidad que aqueja al niño. La relación de causalidad se presenta entre la omisión del profesional de la salud y el nacimiento, pues si el galeno actuaba diligentemente el niño no

⁶ MACÍA MORILLO, Andrea. Ob. cit., p. 172.

habría nacido ya que sus padres hubieran optando por el aborto eugenésico. En la sentencia analizada se menciona lo siguiente:

“De lo anteriormente mencionado se tiene que la enfermedad del demandante no se debe a una negligencia grave médica, pues como se ha señalado, si al demandante actualmente le aqueja dicha enfermedad, ello se debe a una alteración congénita, heredado por sus padres, mas no por una mala praxis de los médicos que la atendieron a Francisca Cusihuamán Vilca de Hermosilla (madre del demandante)...”.

En los casos de wrongful birth y wrongful life no se alega que la enfermedad o deficiencia en sí mismo sea consecuencia de la conducta negligente del médico, sino que se debe a circunstancias ajenas a esta. Consecuentemente, aún cuando el facultativo hubiera actuado diligentemente, no habría podido evitar la enfermedad o deficiencia, lo que se hubiera evitado es el nacimiento. Entonces, el análisis de la Sala Civil en cuanto a relación de causalidad debió incidir en que no existe vínculo causal entre la conducta del médico y la pérdida de la posibilidad de acudir al aborto eugenésico, dado que éste jamás ha sido admitido lícitamente en nuestro país, por tanto, no se puede alegar vulneración a la autodeterminación reproductiva de los progenitores ni pérdida de oportunidad de recurrir al aborto.

Es inquietante que aún cuando en la sentencia analizada se ha establecido que el caso comentado encuadra dentro del ámbito de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, donde como sabemos opera la teoría de la causa inmediata y directa conforme indica el artículo 1321 del Código Civil, el tribunal haya invocado el artículo 1985 del mismo texto legal aplicable en sede extracontractual. Así, en el cuarto considerando de la sentencia se ha mencionado: *“Para efectos de emitir pronunciamiento en el presente proceso debe resaltarse que, conforme prescripción del artículo 1985 del citado Código Civil, debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; es decir, se opta, legalmente, por la teoría de la causalidad adecuada”.*

3.4 Daños resarcibles.

En las acciones de wrongful birth se afirma que el nacimiento de un hijo no es, en estricto, un daño cuya indemnización se exige, éste trata de ser identificado con otros intereses o derechos de los progenitores que fueron lesionados debido al comportamiento del profesional sanitario. Así, se argumenta 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...”⁷.

Se establece que la privación de la posibilidad de recurrir al aborto, ocasionará daño moral 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 y la angustia constante por el futuro de ese hijo. También, por efecto rebote, causará daños patrimoniales extraordinarios derivados de la especial condición de enfermedad o discapacidad del hijo, tales como 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 atienda al vástago enfermo e inclusive en ocasiones los padres tendrán que abandonar sus actividades lucrativas para dedicarse al cuidado del hijo.

Coincido con quienes afirman que “la privación de la facultad de optar por el aborto sí es un daño moral resarcible, precisamente, me parece el único daño susceptible de ser reparado en los casos donde la falta de diligencia en la realización del diagnóstico prenatal o en la comunicación de sus resultados priva a la mujer embarazada de la posibilidad de abortar. Ciertamente, si a la hora de cuantificar el daño se incluyen daños materiales, por los gastos adicionales, que para los padres supone haber engendrado a un niño deficiente (en relación con los que generan los que no lo son), de hecho, se acaba considerando como daño resarcible el nacimiento mismo del niño...”⁸.

Contrariamente, en las pretensiones de wrongful life, no se ha logrado establecer coherentemente la separación entre el daño y la vida misma del niño, pues es la propia vida lo que se reclama como daño indemnizable al establecerse en las demandas que presenta mayores inconvenientes vivir disminuido física y psíquicamente respecto al no vivir plenamente. Hemos indicado que estas reclamaciones se centran en que el profesional sanitario

⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César. “Responsabilidad civil médica”. En: *La responsabilidad civil del profesional*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003, p. 259.

⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”. En: *Daños en el Derecho de Familia*. Thomson, 2006, p. 29.

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, ni la facultad de interrupción voluntaria del embarazo ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del hijo 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.

En tal sentido, sorprende que en el proceso se haya fijado como un punto controvertido “*determinar si la empresa Southern Perú ha causado (...) daño a la libertad de elección de Santiago Hermosilla Cusihuamán*”. Es que no resulta coherente suponer que el daño ocasionado al hijo nacido con deficiencias consiste en haberle privado la libertad de elegir interrumpir voluntariamente el embarazo, en tanto que dicha facultad, aún en los ordenamientos jurídicos que lo admiten, se atribuye estrictamente en virtud a los intereses de la gestante y no en atención al nasciturus. 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”⁹.

Del mismo modo, si se considera que una persona con deficiencias tiene interés legítimo a no nacer y, en consecuencia, se le consiente dirigirse contra el médico que, al no cumplir correctamente con su deber de información, no permitió a la madre interrumpir su embarazo, ¿quién dice que no pudiera acabar dirigiéndose también contra su propia madre, que, sabiendo que el hijo nacería con enfermedades, sin embargo, optó por no abortar?¹⁰.

3.5 Factor de atribución.

La responsabilidad del galeno debe ir asociada a la culpa en la emisión del diagnóstico prenatal, pues no comunicó 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 *lex 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.

⁹ DONATO BUSNELLI, Francesco. “Bioética y Derecho Privado”. Editorial Grijley; Lima, 2003, p. 424.

¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Ob. cit. p., 25.

Para poder imputar responsabilidad entonces, 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 dentro del contexto de un comportamiento diligente, lo que excluye la responsabilidad civil.

La sentencia comentada guarda silencio respecto a si durante la época de gestación (1984) era posible o no detectar la enfermedad que padecía el feto y, comentando el factor de atribución únicamente indica lo siguiente:

“Con respecto a que se debió ordenar se realice ecografías a la demandante Francisca Cusihuamán Vilca de Hermosilla, durante el desarrollo del embarazo, se tiene que se ha probado, que en la etapa de gestación el Hospital de Toquepala no contaba con dichos equipos, para tomar la ecografía, para advertir tales deformidades. Entonces concluimos que no se ha infringido ningún deber médico...”

Conforme a lo indicado en la cita precedente, para la Sala Civil la ausencia de equipamiento mínimo en el establecimiento de salud resulta suficiente para eximir de responsabilidad, argumento éste que resulta sumamente peligroso teniendo en cuenta que según este análisis aún la carencia en el establecimiento de salud de equipamiento básico, exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece, conllevaría la exoneración de responsabilidad.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Las fronteras de la responsabilidad civil se encuentran en un acelerado proceso de expansión, pues hace 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 y de la mano con la legalización del aborto eugenésico, 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.

2. Las acciones de wrongful birth y wrongful life han sido cuestionadas 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, máxime cuando la alternativa de ese niño a vivir con discapacidad era no vivir, ya que si la anomalía se detectaba a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto eugenésico, ese hijo nunca habría llegado a nacer.
3. 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. Contrariamente, las demandas por wrongful life por regla general son rechazadas, debido a que las razones argumentadas por la teoría de la separación no han funcionado en este caso, pues resulta claro que el daño se identifica con la propia vida al afirmarse que la vida que hipotéticamente va a tener el nasciturus es tan baja que lo mejor para él era no venir a este mundo; más aún si tampoco existe nexo de causalidad 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 hijo demandante, la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, dado que dicha facultad se atribuye específicamente en virtud a los intereses de la gestante, no en atención al nasciturus.
4. Aun cuando la fundamentación jurídica de la sentencia comentada resulta deficiente, considero correcta la decisión de la Sala Civil de confirmar la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, pues en nuestro país las acciones de wrongful birth y wrongful life no encuentran amparo jurídico debido a que no se admite lícitamente el aborto eugenésico y, por el contrario, se encuentra tipificado como acto delictivo; 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.

ANEXO

RESOLUCIÓN

Sentencia de vista

Tacna, doce de julio

Del dos mil trece.-

Vistos: Interviniendo como Ponente el señor Luis Antonio Ayca Gallegos en los seguidos por Santiago Hermosilla Cusihuaman, Francisca Cusihuaman Vilca de Hermosilla y Fortunato Hermosilla Nina en contra de la Empresa Southern Peru Copper Corporation, Hospital de Toquepala, Médico Juan Manuel Reynaldo Cerna Figueroa, sobre daños y perjuicios por responsabilidad de mala praxis y daño médico y por daño moral y daño a la persona; con informe oral.

Objeto del recurso.- Es materia de revisión por el colegiado la sentencia, contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha dieciséis de Julio del dos mil doce, que declara infundada la demanda de folios veinte a treinta y cuatro sobre indemnización por daños y perjuicios por mala praxis y daño médico, por daño moral y daño personal y daño a la libertad de elección, postulada por Fortunato Hermosilla Nina, Francisca Cusihuaman Vilca y Santiago Hermosilla Cusihuaman contra Southern Peru Copper Corporation, Hospital de Toquepala, Juan Manuel Reynaldo Cerna Figueroa y como litisconsorte necesario Eduardo Guillermo Roncal Pacheco. Sin costas ni costos.

Pretensión impugnatoria.- Que a folios setecientos noventa y siguientes, Santiago Hermosilla Cusihuaman y otros, interponen recurso de apelación, alegando, que el A quo no ha motivado debidamente su resolución, pues el principio de la motivación escrita de las resoluciones propugna un adecuado razonamiento jurídico y la coherencia interna de los resultados del trabajo del Juez. Que la recurrida le causa agravio al no haberse pronunciado respecto a la enfermedad de osteogénesis imperfecta, producida por la mala praxis del médico tratante, además que la Empresa Southern nunca le dio un tratamiento adecuado para su enfermedad.

FUNDAMENTOS:

Antecedentes

Primero.- Que Santiago Hermosilla Cusihuaman, Francisca Cusihuaman Vilca y Fortunato Hermosilla Nina interponen demanda por daños y perjuicios por responsabilidad de mala praxis y daño médico para que los demandados le abonen veinticinco millones de euros y en forma acumulativa solicita la indemnización por daño moral, a la persona y a la libertad de elección, la suma de veinticinco millones de euros, en base a los siguientes hechos: A) Que Fortunato Hermosilla Nina es trabajador de la Empresa Southern Peru Copper Corporation contrae matrimonio con Francisca Cusihuaman Vilca, quien queda embarazada aproximadamente en Noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, siendo atendida por el médico Juan Cerna Figueroa quien

trabaja como médico gineco - obstetra en el Hospital de Toquepala del Asiento Minero de Toquepala. B) Que Santiago Hermosilla Cusihuaman nació el veinticuatro de Julio de mil ochenta y cinco, por parto normal, presentando desde su nacimiento encogimiento de extremidades inferiores con deformidad en arcos de muslos, fracturas intrauterinas múltiples en costillas y miembros inferiores, lo que ha llevado a determinar el diagnóstico médico que padece de OSTEOGENESIS IMPERFECTA. C) Que la responsabilidad del médico es de formular la historia clínica de Francisca Cusihuaman Vilca donde consta los antecedentes de su embarazo, de la enfermedad y su sintomatología, que se le debió informar el estado del feto a las catorce semanas de su gestación, habérsele practicado la ecografía respectiva que en el año mil novecientos ochenta y cinco, ya era una práctica común en los Hospitales y clínicas. D) El daño que puede acarrear una responsabilidad del médico puede darse en las etapas del diagnóstico, se puede causar daño cuando el médico no recomendó realizar las pruebas de laboratorio o de investigación, a lo que se debe agregar que el Hospital de Toquepala, debió haber contado con los equipos auxiliares necesarios para una debida atención. Que a folios ciento cuarenta y uno a ciento cincuenta y cinco Southern Peru Copper Corporation absuelve el traslado de la demanda, indicando que la demandante fue atendida durante el embarazo en el Hospital de Toquepala, que por la naturaleza de la enfermedad no se podía establecer en el año mil novecientos ochenta y cinco que Santiago Hermosilla padecía dicha enfermedad, además en esa época no se podía practicar un aborto eugenésico pues estaba considerado como delito, que no existe un nexo causal entre la enfermedad que padece con el daño moral. Que a folios ciento setenta y ocho a ciento noventa y dos Juan Manuel Reynaldo Cerna Figueroa, indicando que nos encontramos dentro de la responsabilidad contractual, y que sólo se indemniza el daño moral en cuanto sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional por parte del deudor.

Segundo.- Que se advierte de la revisión de autos, que los puntos controvertidos, son los siguientes: a) determinar si la empresa Southern Perú ha causado daños y perjuicios por responsabilidad de mala praxis y daño médico, daño moral y daño en la persona, daño a la libertad de elección de Santiago Hermosilla Cusihuaman. B) determinar si el nacimiento de Santiago Hermosilla Cusihuaman con el mal que lo aqueja, ES CONSECUENCIA DE UNA NEGLIGENCIA MÉDICA POR PARTE DE LOS MÉDICOS DEL HOSPITAL DE TOQUEPALA. Con respecto a la negligencia médica esta debe ser probada por los demandantes, pues ellos asumen la carga probatoria.

Tercero.- Elementos constitutivos de la responsabilidad civil.- A) **la ilicitud o antijuricidad.-** vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico. B) **factor de atribución.-** el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto. C) **el nexo causal.-** concebido con la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido. D) **el daño.-** que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

Cuarto.- Responsabilidad Civil.- Entonces, a fin de poder resolver la presente causa, debemos tener en cuenta que para que exista responsabilidad civil debe concurrir los siguientes elementos: **a)** Antijuricidad, **b)** daño, **c)** relación de causalidad entre el daño y el hecho y **d)** factor de atribución. Para efectos de emitir pronunciamiento en el presente proceso debe resaltarse que, conforme prescripción del artículo 1985 del citado

Código Civil, debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; es decir, se opta, legalmente, por la teoría de la causalidad adecuada. [CASACION Nro. 3230-00/Ayacucho]. Conforme a ella, en el presente caso se trata de establecer si, realizadas las conductas que se atribuyen a los demandados concurren los elementos de la responsabilidad aludidos y, particularmente, si existe un nexo de causalidad entre aquellas y el resultado dañoso que se afirma.

Quinto.- Responsabilidad Civil Contractual.- Que la Responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano. Así también el artículo 1321 del Código Civil, señala “*queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve...si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecerían a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída*”.

Sexto.- Responsabilidad Civil de los médicos.- Que con respecto a la **antijuricidad**, es la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica que impone el deber de actuar de tal manera que no se cause daño a los demás, que en el presente caso, se tiene que el daño demandado, es la enfermedad que sufre el demandante Santiago Hermosilla Cusihuaman-OSTEOGENESIS IMPERFECTA-[enfermedad que se presenta al nacer, que se caracteriza por una fragilidad de hueso excesiva, como consecuencia de una deficiencia congénita en la elaboración de una proteína, el colágeno. Quienes portan el defecto tienen menos colágeno de lo normal o es de una menor calidad y como es una proteína importante en la estructura de los huesos, causa una fragilidad y debilidad poco usual de los huesos. **El diagnóstico es radiológico**. Sólo se manifiesta la enfermedad si el individuo lleva las dos copias del gen alteradas, por lo que sólo se transmite la enfermedad si ambos padres pasan una copia mutada del gen, cosa que puede suceder aunque ellos no padezcan la enfermedad. La mayoría de los casos de osteogénesis imperfecta se heredan de los padres]. De lo anteriormente mencionado se tiene que la enfermedad del demandante no se debe a una negligencia grave médica, pues como se ha señalado, si al demandante actualmente le aqueja dicha enfermedad, ello se debe a una alteración congénita, heredado por sus padres, mas no por una mala praxis de los médicos que la atendieron a Francisca Cusihuaman Vilca de Hermosilla (madre del demandante). Con respecto a que se debió ordenar se realice ecografías a la demandante Francisca Cusihuaman Vilca de Hermosilla, durante el desarrollo del embarazo, se tiene que se ha probado, que en la etapa de gestación el Hospital de Toquepala no contaba con dichos equipos, para tomar la ecografía, para advertir tales deformidades. Entonces concluimos que no se ha infringido ningún deber médico, conforme se observa de la historia clínica que obra a folios catorce, no siendo responsable el médico de la enfermedad que hoy sufre el demandante Santiago Hermosilla Cusihuaman. **Daño**, son las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado, ello se encuentra acreditado a folios trece, con el certificado otorgado por Dr. Ramon Silvera Vallejos-Jefe del Servicio de Medicina de Southern Peru Copper Corporation-, el mismo que certifica que Santiago Hermosilla Cusihuaman sufre de Osteogénesis Imperfecta, lo cual le produce una incapacidad permanente.

Relación de causalidad entre el daño y el hecho, se formula un juicio a fin de considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado. Se tiene de autos, que se le atribuye a los médicos Juan Manuel Cerna Figueroa (médico que atendió a Francisca Cusihuaman Vilca de Hermosilla durante la etapa de gestación) y Eduardo Roncal Pacheco (médico que atendió a Santiago Hermosilla Cusihuaman desde su nacimiento hasta mil novecientos noventa) no haber detectado oportunamente la enfermedad a través de una ecografía o prueba de amniocentesis, para así poder optar-los padres-por el aborto eugenésico. Que el A quo ha motivadamente debidamente este aspecto, conforme se puede observar del punto 25 de la sentencia (folios setecientos ochenta y dos), indicando que *“la gestante no podría tampoco haber decidido interrumpir dicho embarazo, pues a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal, a través del artículo 120 en el año 1991”*. En tal razón, concluimos que si bien la enfermedad de Santiago Hermosilla Cusihuaman persiste a la fecha, ello no significa que se deba al tratamiento médico dado, o porque no se haya realizado la ecografía o una amniocentesis, sino que se trata de una enfermedad congénita heredada por los genes de sus padres.

Factor de atribución, este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, el cual está constituido por la culpa o el dolo con la que se obró, sin embargo se desprende de autos, que no existe dolo o culpa en los médicos, pues no es su responsabilidad del nacimiento del demandante con dicha enfermedad. Conforme lo anteriormente expresado, se concluye que no existe responsabilidad civil de los demandados, ya que no cumple las condiciones para que sean responsables de la enfermedad que padece Santiago Hermosilla Cusihuaman, al no existir conducta contraria a derecho, ni relación entre la determinación de la causa y las consecuencias dañosas.

Sétimo.- El colegiado estima que al no estar establecido, la responsabilidad civil de los médicos, tampoco se puede establecer la responsabilidad de su empleadora Southern Peru Copper Corporation ni de su Hospital de Toquepala, en consecuencia ello imposibilita pronunciarse sobre el daño moral y daño a la persona. Así también se debe tener presente que la sentencia emitida por el A quo se encuentra debidamente motivada, habiendo determinado claramente las razones por las cuales no existe un nexo causal entre la enfermedad del demandante Santiago Hermosilla Cusihuaman y el obrar del médico co demandado Juan Manuel Reynaldo Cerna Figueroa, lo que imposibilita determinar una responsabilidad civil.

Por tales consideraciones, conforme al artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

SE RESUELVE: CONFIRMAR la sentencia, contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha dieciséis de Julio del dos mil doce, que declara infundada la demanda de folios veinte a treinta y cuatro sobre indemnización por daños y perjuicios por mala praxis y daño médico, por daño moral y daño personal y daño a la libertad de elección, postulada por Fortunato Hermosilla Nina, Francisca Cusihuaman Vilca y Santiago Hermosilla Cusihuaman contra Southern Peru Copper Corporation, Hospital de Toquepala, Juan Manuel Reynaldo Cerna Figueroa y como litisconsorte necesario Eduardo Guillermo Roncal Pacheco. Sin costas ni costos. Con lo demás que contiene.

S.S.
ZEGARRA RAMIREZ
AYCA GALLEGOS
RAMOS VARGAS