

Reflexiones sobre los fundamentos de la responsabilidad civil médica por *wrongful life*. ¿La vida como daño?

Reflections on the Foundations of Medical Malpractice Liability for Wrongful Life. Life as Harm?

CÉSAR EDWIN MORENO MORE*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: La frustración de las expectativas que genera el incesante avance de la ciencia y técnica médicas ha llevado a la búsqueda constante de una compensación. En este contexto, se han presentado acciones legales conocidas como *wrongful birth* y *wrongful life* con relación al nacimiento de menores con discapacidades. Mientras que las primeras son reconocidas en los sistemas jurídicos en donde estas acciones se han planteado, las segundas son denegadas de manera general, generando no obstante diversas dudas y cuestionamientos. En la presente investigación se analizan los argumentos que se emplean en diferentes sistemas jurídicos para negar el acogimiento de las acciones de *wrongful life*, cuestionando su fundamentación. Este tema es especialmente complejo no solo desde un punto de vista jurídico, sino también principalmente bioético, ya que su análisis implica una apreciación del valor de la propia vida humana. En su desarrollo hemos utilizado un método de investigación cualitativo, prestando atención a los distintos ordenamientos jurídicos tanto de *civil law* como de *common law*. La investigación se divide en dos partes: la primera contextualiza la problemática y la segunda se enfoca en su desarrollo, describiendo el origen y la evolución de las acciones de *wrongful life*, su circulación en diversos ordenamientos, su negación generalizada en la mayoría de ellos y el análisis crítico de los argumentos que se manifiestan para negar su reconocimiento.

Palabras clave: Vida como daño, responsabilidad civil médica, concebido, *wrongful life*, *wrongful birth*

Abstract: The frustration of the expectations generated by the incessant advance of medical science and technology has led to a constant search for compensation. In this context, legal actions known as *wrongful birth* and *wrongful life* have been presented regarding the birth of minors with disabilities. While the former are recognized in the legal systems where these actions have been raised, the latter are generally denied, generating various doubts and questions. In this research, the arguments used in different legal systems to deny the acceptance of *wrongful life* actions are analyzed, questioning their foundation. This topic is especially complex not only from a legal standpoint but also primarily from a bioethical perspective, as its analysis

* Profesor de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), magister en Derecho Privado Europeo por la Università Mediterranea di Reggio Calabria (Italia), y magister en Derecho Sanitario y Bioética por la Universidad Castilla-La Mancha (España).

Código ORCID: 0000-0002-7412-9240. Correo electrónico: c.moreno@pucp.edu.pe

involves an appreciation of the value of human life itself. In its development, we have used a qualitative research method, paying attention to the different legal systems of both civil law and common law. The research is divided into two parts: The first contextualizes the problem and the second focuses on its development, describing the origin and evolution of wrongful life actions, their circulation in various legal systems, their general denial in most of them and the critical analysis of the arguments manifested to deny their recognition.

Keywords: Life as harm, medical malpractice, conceived, wrongful life, wrongful birth

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESCENARIO PRENATAL.- II.1. ACCIONES RELATIVAS AL NACIMIENTO DE UN MENOR.- II.1.1. ACCIÓN DE *WRONGFUL CONCEPTION*.- II.1.2. ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH*.- II.1.3. ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*.- II.2. ACCIONES POR DAÑOS PRENATALES.- III. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR *WRONGFUL LIFE*.- III.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.- III.2. CIRCULACIÓN DE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.- III.3. NEGACIÓN GENERALIZADA EN LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS.- III.3.1. DERECHO ALEMÁN.- III.3.2. DERECHO INGLÉS.- III.3.3. DERECHO AUSTRALIANO.- III.3.4. DERECHO SUDAFRICANO.- III.3.5. DERECHO FRANCÉS.- III.4. ARGUMENTOS EMPLEADOS PARA NEGAR SU ACOGIMIENTO.- III.4.1. INEXISTENCIA DE DAÑO REPARABLE.- III.4.2. IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.- III.4.3. INEXISTENCIA DE UN DEBER DEL MÉDICO FRENTE AL MENOR.- III.4.4. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El constante desarrollo de la medicina, que propicia no solo el mejoramiento de los tratamientos médicos, sino incluso la cura de las enfermedades, genera nuevas expectativas en la sociedad, cuya frustración abre las puertas de la búsqueda incesante de una compensación¹.

El avance médico en las técnicas de detección de enfermedades, síndromes y defectos cromosómicos durante las últimas décadas, así como el contemporáneo reconocimiento de nuevos derechos y libertades en diversos ordenamientos del mundo, como el derecho de los padres a terminar con el embarazo, ha generado una ola de pedidos resarcitorios relativos al nacimiento de menores con discapacidades, tanto de parte de los padres como de los propios hijos². A estos se les

1 Según Blahuta (2017) no solo las nuevas tecnologías, sino también el progreso de la filosofía y, específicamente, los estudios de justicia social, permiten que se argumente sobre casos de daños mucho más polémicos (p. 768).

2 La ingeniería genética constituye un claro ejemplo, ya que esta genera nuevas expectativas y, por ende, nuevas posibilidades de reclamos de daños. Al respecto, véase Roa (2021, pp. 300 y ss.).

ha denominado, no sin cierta ambigüedad, acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, respectivamente.

Con relación a las primeras, los distintos ordenamientos en donde se permite el aborto libre o por motivo embriopático y/o eugenésico las han reconocido, aun cuando no sin hesitación³. Es, sin embargo, respecto a las segundas que en los diversos ordenamientos, tanto de *civil law* como de *common law*, se presentan más dudas y cuestionamientos, lo cual ha llevado a su denegación general.

Ahora bien, el tema de la responsabilidad civil médica por *wrongful life* es uno especialmente complejo no solo por cuanto respecta a razones estrictamente jurídicas, sino también y sobre todo bioéticas. El primer aspecto de la complejidad implica problemas relativos a la existencia de un daño relevante, a la liquidación de los daños y perjuicios, a la existencia de un deber frente al menor y, por último, al nexo causal. El segundo aspecto de la complejidad, no obstante, es mucho más delicado, pues implica una apreciación del valor de la vida misma, comprometiendo así las convicciones o incluso la cosmovisión del operador⁴. Esto último se ve reflejado en la diversidad de soluciones que cada ordenamiento jurídico le reserva⁵.

Ambos aspectos de esta complejidad se pueden apreciar con mayor nitidez cuando se comparan sistemas que tienen un origen en común o que forman parte de la misma tradición jurídica. Por poner un ejemplo, mientras que en el ordenamiento holandés se acogen las acciones de *wrongful life*, en el ordenamiento sudafricano la solución es completamente contraria (Mukheibir, 2005, p. 753; Giesen, 2009, p. 258). La respuesta a dicha diferencia puede encontrarse en alguno de los términos de dicha complejidad, siendo no obstante el segundo el que, en ocasiones, termina condicionando al primero⁶.

Esta distinción entre los regímenes jurídicos foráneos causa interés porque permite apreciar los argumentos de fondo que los diferentes ordenamientos manifiestan ante la solución de un mismo problema y,

87

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

3 La doctrina es unánime al considerar que la permisión del aborto libre, o por lo menos eugenésico, constituye un presupuesto necesario para la discusión de estas acciones. Al respecto, ver Macía Morillo (2007, p. 16).

4 Lo resaltan Giesen (2009, p. 258) y Steininger (2010, p. 125).

5 Tal vez bajo la presencia de lo que Sacco y Rossi (2019) han denominado «criptotipo», vale decir, «un modelo no verbalizado que actúa sobre la demostración y la decisión de una cuestión jurídica» (p. 118). Coincide, en este sentido, Giesen (2009) al afirmar que «es, en cambio, el peso que recibe determinado argumento en determinado ambiente o trasfondo cultural lo que decide la cuestión. Por tanto, son las políticas del sistema de la responsabilidad civil lo que gobierna los resultados y soluciones alcanzados en este tipo de casos» (p. 250).

6 Es interesante advertir que, cuando se comparan los sistemas holandés y sudafricano, la respuesta a la diferencia de tratamiento de las acciones de *wrongful life* se encuentra en la propia cosmovisión de sus sociedades. En ese sentido, por ejemplo, Mukheibir (2008) opina que, en una sociedad como la holandesa, «en donde el anciano puede solicitar la eutanasia simplemente porque ya no desea vivir, no sorprende que un demandante que pida resarcimiento porque no fue abortado pueda tener éxito» (p. 519).

por ende, vislumbrar aquellos argumentos bioéticos que se esconden tras la pantalla de las argumentaciones formales (Alpa, 2010, p. 183).

La presente investigación tiene por objetivo identificar los argumentos que se utilizan en los diferentes sistemas para negar el acogimiento de las acciones de *wrongful life*, analizarlos críticamente y cuestionar su fundamentación.

En el desarrollo de la presente investigación se ha seguido un método cualitativo. Hemos revisado las distintas opiniones y argumentos de expertos a través de la técnica del análisis documental; en específico, mediante la revisión de literatura especializada y de resoluciones judiciales. Además, hemos realizado una investigación de tipo comparativo, tomando en consideración a distintos ordenamientos tanto de *civil law* como de *common law*. La lógica interna que se ha seguido va de lo general a lo particular, iniciando por la distinción entre los daños relativos al nacimiento de un menor y los daños prenatales para desarrollar luego el argumento propio de la problemática planteada.

De esta manera, hemos decidido dividir la presente investigación en dos partes. La primera está dedicada a contextualizar la exposición y la problemática. En esta se aborda la responsabilidad civil por los daños relativos al nacimiento de un menor, que comprenden las hipótesis de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*; y su distinción respecto de otras hipótesis en las que la conducta del médico es la causa directa del daño. La segunda está dedicada específicamente al desarrollo de nuestra problemática. Se describe el origen y la evolución de las acciones de *wrongful life*, su circulación en los diferentes ordenamientos, la negación generalizada en la mayoría de ellos y, por último, se describe y analiza críticamente cada uno de los argumentos que doctrina y jurisprudencia manifiestan para negar el reconocimiento de estas acciones.

Nosotros consideramos que la acción de *wrongful life*, en contracorriente de la opinión mayoritaria, no es ajena a la lógica de la responsabilidad civil. Muy por el contrario, si la responsabilidad civil es concebida como un instrumento para la administración de los costes sociales y no como un conjunto de reglas que responden a dogmas herméticos, es posible y hasta necesario el reconocimiento de esta acción. También debemos reconocer que la responsabilidad civil no es la vía más idónea para la compensación de este tipo de daños; no obstante, hasta que no exista un sistema eficiente de redistribución de daños a través de un sistema de justicia social, la responsabilidad civil será la indicada para cumplir esta tarea.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESCENARIO PRENATAL

La etapa prenatal ha sido el escenario perfecto para la búsqueda de un resarcimiento, tanto por parte de los padres como de los hijos, por los hechos realizados por los médicos tratantes, extendiéndose inclusive el mismo a la etapa de la preconcepción. En dicho escenario se presentan distintas hipótesis dañosas, cuyas características diversas ameritan un tratamiento diferenciado. A pesar de ello, la experiencia ha demostrado que la línea divisoria entre estas no ha sido respetada por la judicatura de los distintos ordenamientos en donde estas se han presentado, la cual ha mezclado las hipótesis, aplicando a unas la lógica interna de las otras (Strasser, 2021, p. 221).

En ese sentido, debe distinguirse entre aquella gama de hipótesis en las que el médico tratante, por no comunicar a los padres información relevante, les niega la posibilidad de decidir sobre la suerte del embarazo; y aquella otra en la que el médico tratante, por la realización u omisión de ciertos procedimientos y/o tratamientos médicos, determina la discapacidad o afección del concebido⁷. La primera serie de hipótesis incluye los casos de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. La segunda, por su parte, incluye las hipótesis de daños prenatales.

La diferencia es marcada si se considera, por una parte, a los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*, y por la otra a los daños prenatales. Mientras que en los primeros la conducta del médico no determina la discapacidad del concebido, ni puede prevenir o mejorar su condición, en la otra serie de hipótesis es el propio médico quien causa de manera exclusiva la afección o discapacidad del menor⁸.

II.1. Acciones relativas al nacimiento de un menor

Las acciones de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life* presentan un elemento en común: en todas estas los daños reclamados están referidos al nacimiento de un menor (Steininger, 2010, p. 126). En otras palabras, en todas estas el propio nacimiento es invocado con relación a los daños (Todd, 2005, p. 525).

7 La literatura no es unánime al definir ambas categorías, no obstante, sí advierte la necesidad de su distinción. Así, mientras Collins (1983) denomina *prenatal torts* a las segundas (p. 677), Strasser (2021) usa dicha denominación para a las primeras (p. 222). Pollard (2004), por su parte, denomina a las segundas *prenatal harms* (p. 329).

8 Tal como precisa Pollard (2004), «la distinción se basa en el concepto de que, en los casos de daños prenatales, si no hubiese sido por la negligencia, no se le habría causado ningún daño al feto. En comparación con los casos de *wrongful life*, la premisa subyacente es que, a pesar de la negligencia, el defecto aún habría ocurrido en el menor porque este preexiste al acto negligente» (p. 329). En el mismo sentido, Stein (2010) señala: «En las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*, la negligencia del médico conduce al nacimiento de un menor discapacitado, un menor que supuestamente no habría nacido si el médico hubiese advertido correctamente a los padres. Esta es claramente distinguible de los daños prenatales en donde la negligencia del médico causa al feto el padecimiento de determinado daño *in utero*, no obstante, de no haber sido por la negligencia del médico, el menor habría nacido "física y psicológicamente sano"» (p. 1130).

Evidentemente, entre ellas existen diferencias relativas a la legitimación para reclamar los daños (sean los padres o el menor), al daño reclamado, a la extensión del resarcimiento y a la eficiencia causal de la conducta del médico, entre otros aspectos. No obstante, un punto debe quedar claro: mientras que en las acciones de *wrongful conception* y *wrongful birth* la legitimación corresponde a los padres, en las acciones de *wrongful life* esta corresponde al menor. Veamos cada una de estas.

II.1.1. Acción de *wrongful conception*

Se entiende por *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*⁹ aquella acción resarcitoria ejercida a título propio por los padres de un menor que vino al mundo sano a causa de una negligencia médica que determinó su concepción. Las hipótesis comprendidas como causa de los daños reclamados bajo este concepto van desde los procedimientos de contracepción, esterilización o aborto fallidos hasta la falta de diagnóstico del embarazo (Collins, 1983, p. 694; Jackson, 1995, pp. 594-595; Giesen, 2009, p. 259).

Inicialmente, estas acciones eran rechazadas por las cortes. Asimismo, consideraciones bioéticas negaban la idea de que la propia existencia de un menor no deseado o planeado fuera un daño por el cual el derecho otorgase un resarcimiento (Collins, 1983, p. 692; Van Dam, 2013, p. 194). En ese sentido, algunas cortes del *civil law*, como la Cour de Cassation o el Bundesverfassungsgericht, llegaron a indicar inclusive que el resarcimiento por los costos de manutención de un menor no deseado era contrario a la dignidad del menor (Van Dam, 2013, p. 194).

Más tarde, esta actitud cambiaría. *Custodio c. Bauer* (1967) fue el primer caso en el que se reconoció una acción de *wrongful conception* a los padres por traer al mundo a un menor no planeado. En el caso en específico, se demandó contractual y extracontractualmente a un médico por haber practicado una esterilización que se reveló ineficaz. Aunque en este la Corte no reconoció más que *nominal damages*¹⁰, dispuso que «es teóricamente posible para los padres recobrar todos los daños próximos previsibles y razonablemente causados por la conducta del dañador, incluido el costo de crianza de un menor no planeado» (Collins, 1983, p. 692).

Con *Troppi c. Scarf* (1971) los elementos de esta acción empezaron a delimitarse. En este caso el daño fue causado por la errónea prescripción

9 Tal como precisa Steininger (2010), no existe unanimidad en la distinción entre *wrongful conception* y *wrongful pregnancy* (p. 126). La jurisprudencia norteamericana las identifica. Así, por ejemplo, en *Walker by Pizano c. Mart* (1990), *Kush c. Lloyd* (1992) y *Willis c. Wu* (2004) se usan indistintamente ambos conceptos.

10 Los *nominal damages* son sumas que las cortes de *common law* reconocen por la mera violación de determinados derechos. Su función no es compensatoria, sino más bien vindicativa. Estos no necesitan ser probados y solo se otorgan ante determinados tipos de hechos ilícitos que son considerados accionables *per se* (Von Bar, 2005, p. 11).

de un tranquilizante (Nardil) en lugar de un anticonceptivo oral (Norinyl). La Corte reconoció a los padres un resarcimiento ordinario común a toda acción en *tort*, sin exigirles la mitigación del daño a través del aborto o la adopción del menor (Collins, 1983, p. 693).

Aun cuando esta acción es ampliamente reconocida por las cortes, tanto de *common law* como de *civil law*, hay discusión sobre la extensión del daño resarcible¹¹. Por lo general, las cortes toman en consideración ciertos criterios extralegales para la determinación del resarcimiento. Así, estas consideran si la sociedad en cuestión tiene interés en alentar una actitud de reverencia por la vida humana, hacer responsables a los padres por el cuidado de los hijos que traen al mundo, mejorar la calidad de la existencia humana, proteger los derechos reproductivos de las personas, hacer responsables a los dañadores por los daños que causan y alentar una atención médica competente para todos (Collins, 1983, p. 695).

Inicialmente, las cortes adoptaron la postura de que el nacimiento de un menor era un beneficio para sus padres, protegiendo de esta forma el interés de la sociedad en la vida e imponiendo la visión tradicional de la responsabilidad parental. Sin embargo, luego del reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas, las cortes se plantearon el problema de hasta dónde se podría transferir al dañador el costo de la crianza de un menor no planificado (Collins, 1983, p. 696). Las cortes sopesan el beneficio que representa la vida del menor y, de esta manera, restringen la extensión del resarcimiento. Así, los caminos tomados por los diferentes sistemas son variados. Por una parte, las cortes estadounidenses no reconocen los costos de crianza del menor no planificado¹², sino solo aquellos relativos a las atenciones prenatales, los costos médicos y gastos por hospitalización, además de la pena y el sufrimiento, así como los costos de los procedimientos de esterilización subsecuentes (Hermanson, 2019, p. 520). Por la otra, mientras que las cortes alemanas consideran que se debe resarcir el daño patrimonial y el daño no patrimonial entendido como daño físico (*Körperverletzung*) de la madre, sea que el menor nazca sano o no, y el derecho inglés reconoce como daño patrimonial un *nominal damages* más una compensación por la pena y el sufrimiento por las inconveniencias del embarazo y el

91

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

11 Por cuanto respecta al derecho holandés, el primer caso en que se reconoció este tipo de acciones fue el conocido bajo el nombre de *Missing IUD*, ventilado ante la Corte Suprema de Holanda el 21 de febrero de 1997. En este caso, el médico extrajo el implante anticonceptivo de la demandante sin informarle al respecto y sin reemplazarlo.

Para el derecho italiano, el primer caso relevante fue decidido por el Tribunale di Padova el 9 de agosto de 1985. En este, el menor nació como resultado de un aborto fallido, en donde el médico omitió someter a la paciente a mayores análisis para determinar si el embarazo no deseado había sido realmente interrumpido. Al respecto, ver Pozzo (1999, pp. 251 y ss.).

12 En este aspecto hay coincidencia con lo que ocurre en las cortes inglesas. Comparar con Deakin *et al.* (2013, p. 195).

nacimiento si el menor nace sano; el derecho francés es más estricto al no reconocer el daño patrimonial si el menor nace sano¹³.

II.1.2. Acción de *wrongful birth*

Una acción de *wrongful birth* es aquella en la cual los padres reclaman a título propio un resarcimiento por haber traído al mundo a un menor con discapacidades a causa de la omisión del médico de informarles acerca de esta condición antes de la concepción o durante el embarazo. Son dos los elementos caracterizadores de estas últimas y que las distinguen de las acciones de *wrongful conception*. Primero, en estas el menor nace con discapacidades¹⁴; segundo, en sentido estricto, el daño reclamado no es una concepción no deseada, sino el no haber podido decidir sobre la suerte del embarazo¹⁵.

Tal como ocurría para las acciones de *wrongful conception*, en un primer momento las cortes eran reacias a admitir una acción de *wrongful birth*. Esencialmente, las razones para su denegación eran dos (Andrews, 1992, p. 153). Por una parte, no se identificaba una relación de causalidad entre la conducta del médico y la discapacidad del menor; por la otra, se consideraba que esta acción contravenía la prohibición del aborto¹⁶.

Sin embargo, esta actitud fue cambiando progresivamente por la presencia de dos sucesos (Hermanson, 2019, p. 525). Primero, el avance de la medicina permitió una detección más precisa y una mayor prevención de los defectos y las anomalías congénitas, dando como resultado nuevas expectativas en los pacientes; y, segundo, el reconocimiento del derecho a terminar con el embarazo determinó el surgimiento de nuevas libertades y, en consecuencia, nuevos derechos e intereses a ser tutelados¹⁷. Actualmente, estas acciones son

13 Tal como precisan Viney y Jourdain (2013, p. 29), la jurisprudencia francesa «establece el principio según el cual el nacimiento de un menor no es, para sus padres, un daño indemnizable, sin perjuicio de la posibilidad de constatar un daño específico, distinto del nacimiento considerado en sí mismo», entendiéndose por este daño específico «un sufrimiento específico causado a la madre en ocasión de este nacimiento».

14 A pesar de que actualmente jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que la condición de discapacidad del menor es el elemento que distingue a ambas acciones, algunos insisten en tratarlas de manera indistinta. Así, por ejemplo, Steininger (2010) señala: «En los casos de *wrongful birth*, los padres de un menor que no habría nacido de no haber sido por la negligencia del médico demandan compensación. No es decisivo si el menor nació con discapacidades o no, o si la negligencia ocurrió antes o después de la concepción» (p. 126).

15 Macía Morillo (2003) precisa que en las acciones de *wrongful birth* se parte de una voluntad de concebir o llevar a término el embarazo, sin embargo, esta voluntad no se forma correctamente, al no haber el médico tratante informado a la paciente sobre los defectos —o posibles defectos— del embrión (p. 45).

16 Ambas razones fueron aducidas en *Gleitman c. Cosgrove* (1967).

17 En efecto, esta acción tuvo una aceptación mucho más amplia luego de que en 1973 la Supreme Court of the United States en *Roe c. Wade* el derecho al aborto dentro del primer trimestre del embarazo. Sin embargo, es necesario precisar que en Estados Unidos la suerte de estas acciones dependerá de los efectos que cause en los diferentes estados el caso *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization* (2022), decidido recientemente por la Supreme Court of the United States. Según esta decisión, la Constitución estadounidense no regula ni prohíbe el aborto. Tal como han señalado Day y Weatherby (2022), se teme que esta decisión marque el inicio del despojo de muchas libertades fundamentales de larga data (p. 28).

ampliamente reconocidas¹⁸, aun cuando se restringe su aplicación a los casos en los que los menores nacen con graves discapacidades¹⁹.

Por cuanto concierne al derecho afectado, tal como se aclara en *Willis c. Wu* (2004), en este tipo de acciones los padres reclaman haber sido privados del derecho de tomar una decisión oportuna sobre la prevención o el término del embarazo. Efectivamente, el fundamento del reconocimiento de estas acciones radica en el derecho de los padres de controlar su reproducción y de determinar la forma del menor que traerán al mundo (Collins, 1983, p. 691)²⁰. En otras palabras, se trata del derecho de autodeterminación de los padres (Sánchez González, 2018, pp. 465 y ss.).

Con relación a la extensión del resarcimiento, la tendencia es muy variada en los distintos ordenamientos. Mientras que algunas jurisdicciones estadounidenses reconocen una amplitud de conceptos como costos hospitalarios, costos extraordinarios por la crianza del menor, costos extraordinarios asociados a los tratamientos médicos del menor, la pérdida de ingresos de los padres y el daño no patrimonial; otras limitan dichos conceptos, lo que ha dado lugar a una práctica de *forum shopping* (Whitney & Rosenbaum, 2011, p. 204). Por cuanto respecta a las cortes de *civil law*, se reconoce una tendencia generalizada a compensar los daños no patrimoniales como consecuencia de la vulneración del derecho a la autodeterminación de la madre (Bagińska, 2010, p. 202).

II.1.3. Acción de *wrongful life*

En términos generales, una acción de *wrongful life* es aquella en la que un menor pretende un resarcimiento a causa de su mera existencia (Hughes, 1987, p. 572). Para ser más precisos, en estos casos el menor nace gravemente enfermo o severamente discapacitado porque su madre no terminó con el embarazo al no haber sido correctamente informada por su médico tratante, antes o después de la concepción, acerca de los riesgos que corría el menor de padecer una enfermedad hereditaria o presentar algún defecto genético (Van Dam, 2013, pp. 199-200), omisión que, de no haber ocurrido, habría evitado el nacimiento del menor (Giesen, 2009, p. 259; Steininger, 2010, p. 126). Tal como ha sido precisado, «en este grupo de casos, los demandantes básicamente argumentan que estos habrían estado mejor si no hubiesen nacido» (Steininger, 2010, p. 126).

18 De conformidad con *Plowman c. Fort Madison Comty Hosp.* (2017), en Estados Unidos la mayoría de los estados reconocen este tipo de acciones.

19 Este dato es resaltado por Whitney y Rosenbaum (2011), quienes consideran que su extensión a los defectos genéticos menores implicaría cuestiones bioéticas, como el reconocimiento de la eugenesia aplicada, en donde las personas genéticamente no aptas estarían sometidas a eliminación (p. 171).

20 Van Dam (2013) habla de una afectación del derecho a la autodeterminación de los padres (p. 194). Por su parte, Hermanson (2019) considera que el derecho afectado es la autonomía reproductiva (p. 526).

Por otra parte, no se ha dejado de resaltar lo confuso de la expresión, ya que lo injusto no es la propia vida del menor, sino la conducta del dañador causada antes de que el menor «venga a la vida» —es decir, nazca— (Van Dam, 2013, p. 198)²¹.

La principal diferencia entre estas y las acciones de *wrongful birth* radica en la titularidad de la acción. En las primeras, la titularidad la tiene el menor; en las segundas, los padres²².

II.2. Acciones por daños prenatales

A diferencia de las anteriores, las acciones por daños prenatales (*prenatal torts*), sin importar si el daño se concretizó antes de la concepción o durante el embarazo (Von Bar, 2005, p. 72), son aquellas en las que los padres, a título propio o en representación del menor, reclaman los daños causados al menor por un tratamiento médico mal ejecutado que se revela con el nacimiento.

A diferencia de las acciones relativas al nacimiento del menor, la conducta del médico es causalmente eficiente para la producción del daño. En estas «el demandante alega que, de no haber sido por la negligencia del demandado, el menor habría vivido una mejor vida» (Strasser, 2021, p. 237).

En estos casos las hipótesis más recurrentes son la sobreexposición a algún tratamiento radioactivo o a algún fármaco. En ese sentido, el daño alegado no está referido al nacimiento con discapacidades, sino a la producción de dichas discapacidades a causa del tratamiento médico.

Ahora bien, en los distintos ordenamientos la discusión sobre estas acciones está referida al estatus del damnificado, ya que cuando el daño se produjo, este aún no nacía. En otras palabras, su reconocimiento dependerá de si se considera al damnificado como un sujeto pasible de ser dañado de manera autónoma e independiente²³.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR *WRONGFUL LIFE*

Ya hemos indicado que la acción de *wrongful life* consiste en una pretensión resarcitoria que realiza un menor discapacitado por el hecho mismo de existir, en contra del médico tratante de la madre al no haber informado a esta última de los defectos o enfermedades del menor, omisión que determinó que la madre lleve a término el embarazo.

21 Este autor prefiere usar el concepto de *not prevented prenatal harm*.

22 Tal como precisa Giesen (2009): «Para mí, la principal diferencia entre las posibles causas de acción en *wrongful birth* y *life* no radica en los posibles tipos de daños (los que pueden diferir, incluso dentro de la categoría de los *wrongful birth cases*) sino en quién es el que realmente puede demandar: los padres o el menor por sí mismo» (p. 259).

23 Para un análisis sobre la cuestión, ver Busnelli (2004, p. 552).

De manera que, para ser amparada por el ordenamiento en donde se plantee, se deberán presentar todos los extremos necesarios que las reglas de responsabilidad civil exijan. Sin embargo, toda vez que el menor alega que su daño tiene su causa inmediata en el hecho de no haber sido abortado por su madre, el presupuesto indefectible para tan siquiera plantearse esta problemática será el reconocimiento del derecho de la madre a interrumpir el embarazo. Esto explica el por qué estas acciones tienen su origen, se han desarrollado y se hacen presentes en aquellos ordenamientos en donde la madre puede abortar libremente o bajo determinadas circunstancias (aborto eugenésico y/o embriopático)²⁴, y por qué su presencia es limitada o nula en el caso contrario²⁵.

A continuación, brindaremos un panorama acerca del origen, desarrollo y difusión de la acción de *wrongful life*; indicaremos sumariamente los pronunciamientos de aquellas cortes que la han acogido; y, luego, brindaremos un panorama de aquellas jurisdicciones que la han rechazado. Por último, analizaremos críticamente los argumentos que se han utilizado para su rechazo.

95

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

24 Tal como se puede entrever en el razonamiento de *Curlender c. Bio-Science Laboratories* (1980).

Por cuanto respecta al ordenamiento peruano, el único aborto que está permitido expresamente por el Código Penal (1991, art. 119) es el aborto terapéutico. Sin embargo, en la sentencia del IX Juzgado Constitucional del 21 de enero de 2015 (Exp. 21486-2011), se reconoce el resarcimiento por el daño causado a Noelia Karin Llantoy a cargo del Estado peruano por no habersele permitido abortar a un embrión anencefálico. Lo particular de este pronunciamiento es que se emite en aplicación del dictamen contenido en la Comunicación N.º 1153/2003, del 24 de octubre de 2005, del Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual reconoce, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) —vigente en el Estado peruano desde el 3 de enero de 1981—, el derecho de la madre a abortar cuando no permitirlo —como en el caso en específico— constituya una violación a los artículos 7 y 17 del Pacto. En consecuencia, se puede considerar que el aborto eugenésico y/o embriopático está permitido en el ordenamiento peruano en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual abriría las puertas para que en sede nacional se empiece a discutir acerca de la posibilidad de amparar demandas por *wrongful birth* o, incluso, por *wrongful life*.

25 En el ordenamiento peruano solo se ha presentado una demanda por *wrongful life*. Se trata del caso resuelto en apelación por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Tacna, del 13 de julio de 2013 (Exp. 00001-2013). En este, el demandante, Santiago Hermosilla Cusihuamán, nació padeciendo de osteogénesis imperfecta. Se alegó que los padres no fueron informados acerca de su condición durante la fase temprana del embarazo, ni se practicaron los procedimientos de diagnóstico necesarios para su detección. La Sala no acogió la demanda, ya que consideró que no existía nexo causal entre el hecho de los demandados y el estado de salud del demandante: «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 demandado)». Cabe advertir que esta sentencia fue recurrida en casación; no obstante, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, con sentencia del 7 de enero de 2014 (Cas. N.º 3904-2013), declaró improcedente el recurso, coincidiendo con la sentencia de vista en que no existe nexo causal: «la enfermedad que padece el recurrente Santiago Hermosilla Cusihuamán proviene de una afección genética causada por una mutación de los genes que codifican las cadenas de colágeno, lo cual en ningún caso puede ser atribuible a una negligencia médica, tanto más, si la falta de diligencia médica en el diagnóstico y tratamiento brindado que denuncian los recurrentes no se encuentra debidamente acreditado con medio probatorio alguno». Con relación a este caso, pueden verse las reflexiones críticas de León Hilario (2017, pp. 651 y ss.), quien sin embargo llega a la conclusión de que, al no estar reconocida en el ordenamiento peruano la libertad de aborto, «no cabe postular ninguna tutela resarcitoria por el nacimiento en sí mismo» (p. 653); y de Gabriel Rivera (2013), quien señala: «Con relación al caso peruano, consideramos que no se podría hablar de “un perjuicio de haber nacido”, puesto que el aborto —al menos en el Perú y en la actualidad— nunca se ha presentado como una posibilidad de elección» (p. 215).

III.1. Origen y evolución

El concepto de *wrongful life* aparece invocado por primera vez en el caso *Zepeda c. Zepeda* (1963), en el que un menor físicamente sano reclamaba a su padre su condición de discapacidad social de hijo ilegítimo²⁶. No obstante, como más tarde sería precisado, en realidad, en casos como este en los que se reclama la falta de estatus social, lo que se presenta es una demanda por *dissatisfied life* (Cohen, 1978, p. 212; Hughes, 1987, p. 572).

Será, antes bien, *Gleitman c. Cosgrove* (1967) el primer caso en el que se plantearía una acción de *wrongful life* bajo las características que actualmente se le reconocen²⁷. Sandra Gleitman, madre del menor, informó al demandado que había contraído rubeola en los primeros meses del embarazo y le consultó si esto afectaría o no al hijo que estaba gestando. El demandado le señaló, en varias oportunidades, que esta condición no tendría efectos en el menor; sin embargo, el menor nació con graves discapacidades auditivas y visuales. A pesar de ello, la Corte desestimó la acción de *wrongful life* con base en dos argumentos. Primero, consideró que las condiciones del menor no fueron el resultado de la conducta de los demandados; en otras palabras, no existe nexo causal entre el hecho de los demandados y el daño padecido por la víctima. Según la Corte, en este caso «no está en discusión que cualquier cosa que los demandados pudieran haber hecho no habría disminuido la posibilidad de que el menor naciera con defectos. La conducta de los demandados no fue la causa de la condición del menor demandante» (*Gleitman c. Cosgrove*, 1967). Segundo, es imposible determinar el monto del resarcimiento. En opinión de la Corte: «El demandante nos estaría obligando a medir la diferencia entre su vida con defectos con el vacío absoluto de la no existencia, empero, es imposible realizar dicha determinación» (*Gleitman c. Cosgrove*, 1967). Después, *Stewart c. Long Island College Hospital* (1972)²⁸, *Dumer c. St. Michael's Hospital* (1975)²⁹,

26 Así, por ejemplo, Brantley (1976), quien refiriéndose al caso *Zepeda c. Zepeda* (1963), señala: «En efecto, la frase “*wrongful life*” se originó en casos como este» (p. 146). Un caso similar en el pedido, más no en los hechos, es *Williams c. State of New York* (1966), en el que el menor nació producto de la violación a su madre mientras esta era paciente del Hospital Estatal de Nueva York, razón por la cual demandaba haber sido privado de sus derechos de propiedad, de haber tenido una niñez y vida normal, del cuidado, apoyo y crianza paternos y, lo más importante, de cargar con el estigma de ser un hijo ilegítimo.

27 Tal como precisa Hughes (1987), *Gleitman c. Cosgrove* es el primer caso verdadero de *wrongful life* (p. 575).

28 Caso en el que la madre, quien había sido infectada con rubeola, por consejo de los demandados, no terminó con el embarazo, dando a luz a un menor con serias discapacidades físicas y mentales.

29 Caso en el que la madre, Carol Dumer, fue diagnosticada con una reacción alérgica cuando en realidad se trataba de rubeola. Al tiempo del diagnóstico erróneo, la demandante llevaba aproximadamente un mes de embarazo. La menor, Tanya Dumer, nació meses después padeciendo de retardo físico y mental permanente, cataratas y malfuncionamiento del corazón.

Karlsons c. Guerinot (1977)³⁰, *Gildiner c. Thomas Jefferson University Hospital* (1978)³¹ y *Berman c. Allan* (1979)³² siguieron esta tendencia.

Sin embargo, *Park c. Chessin* (1977) marcaría un cambio de ruta, siendo el primer caso en el que se acogerá esta acción. En junio de 1969, Hetty Park dio a luz a un menor que solo vivió cinco horas debido a que padecía de poliquistosis renal, un trastorno hereditario. Posteriormente, junto a su esposo, buscó consejo médico a fin de saber si en un próximo embarazo su futura descendencia sufriría también del mismo mal. Los demandados les informaron que las probabilidades eran prácticamente nulas, al no ser este padecimiento uno de tipo hereditario. Con base en esta información errónea, Hetty Park quedó embarazada una vez más. En julio de 1970 dio a luz a Lara Park, quien también nació con poliquistosis renal, muriendo dos años y medio después a causa de la enfermedad. En esta ocasión, a pesar de reconocer el hecho de que esta acción no cuenta con el favor de las cortes y los distintos argumentos que estas dan para dichos efectos, la Corte consideró, por el contrario, que eran muy importantes el contexto y las particularidades del caso para dar una solución. Por ello, su argumento parte de la configuración y el reconocimiento del derecho de los padres a no tener hijos, el cual comprende aquellos casos en los que se ha determinado con razonable certeza médica que el menor nacerá con deformidades. Así, la violación de dicho derecho también será contraria «al derecho fundamental del menor a nacer como un ser humano completo y funcional» (*Park c. Chessin*, 1977). En base a estas consideraciones, la Corte acogió la demanda del menor, reconociendo el resarcimiento por los «perjuicios, dolor consciente y sufrimientos causados por la negligencia de los demandados» (*Park c. Chessin*, 1977).

A pesar de ello, esta sentencia sería revocada por *Becker c. Schwartz* (1978), en la que se dispuso que las acciones de *wrongful life* no pueden ser amparadas, ya que los menores no sufren ningún daño jurídicamente cognoscible, no existe el derecho fundamental de nacer como un ser humano completo y funcional, y es imposible determinar el monto del resarcimiento. Los fundamentos de esta sentencia fueron seguidos por *Elliott c. Brown* (1978) y *Speck c. Finegold* (1981).

30 Caso en el que, por la falta de información de los médicos respecto a la existencia de prueba de amniocentesis y la desconsideración de las condiciones médicas de la madre (37 años, sufría de hipotiroidismo y había dado a luz previamente a un niño deforme), esta dio a luz a un niño con síndrome de Down.

31 Caso en el que la prueba de amniocentesis falló al detectar durante el embarazo de la madre, Linda Gildiner, la presencia de la enfermedad de Tay-Sachs en el concebido. A causa de este resultado, que se revelaría erróneo, el demandado aconsejó a los padres continuar con el embarazo. Andrew Lane Gildiner nació el 14 de agosto de 1974 padeciendo de dicha enfermedad.

32 Caso en el que, por la omisión de información acerca de la prueba de amniocentesis, Shirley Berman dio a luz a Sharon, quien padecía de síndrome de Down. Lo peculiar de esta sentencia es que, a pesar de negar el resarcimiento a Sharon por *wrongful life*, consideró que no condenar al demandado sería una perversión de la justicia.

Luego de que *Park c. Chessin* abriera la posibilidad del acogimiento de estas acciones, el siguiente caso en donde se las reconoció fue *Curlender c. Bio-Science Laboratories* (1980). En este, los padres de la menor, Phillis y Hyam Curlender, buscaron a los demandados para la realización de ciertas pruebas con el fin de determinar si alguno de ellos portaba el gen de la enfermedad de Tay-Sachs. Los demandados brindaron información incorrecta a los padres, quienes en base a esta decidieron concebir a la menor. La información se reveló incorrecta cuando, al nacer la menor, Shauna Curlender, se hizo evidente que esta padecía dicho mal. La Corte consideró que al estar presente el elemento del daño, consistente en una vida con defectos en lugar de en los defectos considerados en sí mismos, la menor tiene derecho a no nacer y así «obtener resarcimiento por la pena y el sufrimiento que soportará durante la vida limitada disponible para un menor como tal y todo daño patrimonial resultado de su condición deteriorada» (*Curlender c. Bio-Science Laboratories*, 1980).

El razonamiento de esta sentencia sería reafirmado en *Turpin c. Sortini* (1982), precisando el monto resarcitorio. En este caso, los padres del menor, James y Donna Turpin, tuvieron un primer hijo, Hope, quien nació con deficiencias auditivas. Sin embargo, el demandante, consultado por los padres, les informó que esta condición era una limitación auditiva normal; no obstante, como más tarde se reveló, en realidad era una deficiencia hereditaria. Los padres, confiando en esta primera diagnosis, decidieron tener un segundo hijo, Joy, quien también padeció de la misma condición. Los padres alegaron que, de haber conocido que la sordera de Hope era hereditaria, no habrían concebido a Joy. El razonamiento de la Corte para acoger esta demanda se basa esencialmente en considerar que, primero, existe un daño causado al menor y, segundo, que la determinación del resarcimiento no tiene por qué ser impedida por la consideración de la vida como un bien más valioso que la no vida. Respecto al primer punto, la Corte sostiene que cuando el demandado falla negligentemente al diagnosticar una enfermedad hereditaria, este daña tanto al menor potencial como a sus padres, privándolos de información que podría ser necesaria para determinar si, en interés del menor, este nacerá con defectos o no nacerá (*Turpin c. Sortini*, 1982). Respecto al segundo, la Corte considera que, si bien en términos generales «nuestra sociedad y nuestro sistema jurídico incuestionablemente dan a la vida humana el valor más alto», no es cierto que «bajo todas las circunstancias la “vida deteriorada” es “preferible” a la “no vida”». Aun cuando la Corte niega los *general damages*³³, ya que estos «no pueden en ningún sentido significativo compensar al demandante por la pérdida de oportunidad de no nacer», sí reconoce

³³ Que, bajo el caso en específico, se sustentaban en el resarcimiento de la pena y el sufrimiento de las afecciones hereditarias del menor. Para la distinción entre *general* y *special damages*, consultar Deakin *et al.* (2013, p. 794).

los *special damages*, es decir, el resarcimiento de los costos extraordinarios relativos a los tratamientos educativos y médicos especiales que tendrá que solventar el menor durante su vida. Los alcances de *Turpin* serían precisados en *Andalon c. Superior Court* (1984)³⁴, en el que la Corte enfatizó que los *general damages* se limitan a la pena y el sufrimiento, mientras que no es posible reconocer los daños por la pérdida de la capacidad de generar ingresos.

Actualmente, solo las jurisdicciones estadounidenses de California³⁵, Washington³⁶, Nueva Jersey³⁷ y Maine³⁸, siguiendo esencialmente a *Turpin*, reconocen la responsabilidad del médico por *wrongful life*³⁹. Por el contrario, la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses ha rechazado consistentemente estas acciones bajo distintos argumentos. Si bien algunas de estas se han centrado en negar la existencia de los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil del médico advirtiendo, por ejemplo, la inexistencia de un daño, la imposibilidad de calcular el resarcimiento (Hensel, 2005, p. 161) o, también, como se advierte en *Willis c. Wu* (2004), que «en realidad el médico no causó la afección o defecto congénito»; no se ha dejado de resaltar que, en ocasiones, el fundamento del rechazo son las implicancias filosóficas o éticas de esta acción (Andrews, 1992, p. 157).

III.2. Circulación de las acciones de *wrongful life*

Las acciones de *wrongful life* han sido planteadas en aquellos ordenamientos en donde el aborto está permitido. La gran mayoría de

99

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

34 Caso en el que el médico omitió informar a los padres, Ruth y Adolph Andalon, sobre la existencia de la prueba de amniocentesis. Como consecuencia, los padres trajeron al mundo a Ryan, un menor que padecía de síndrome de Down.

35 El estado de California reconoció esta acción en *Garni c. Mullikon Medical Center* (1993), caso en el que el menor, Nandini, a causa de la negligencia del médico tratante de la madre al no comunicarle que la prueba de alfafetoproteína reveló que su sangre era inadecuada para la prueba y tampoco practicarle una segunda prueba, nació con hidrocefalia congénita y espina bífida.

36 El estado de Washington reconoció esta acción en *Harbeson c. Parke-Davis, Inc.* (1983), caso en el que la madre, quien sufría de epilepsia, luego de traer al mundo a su primer hijo, que nació sano, consultó a los médicos sobre el riesgo que implicaría concebir a un segundo hijo a causa del medicamento que esta consumía para controlar sus convulsiones (Dilantin). Estos le indicaron que dicho medicamento causa paladar hendido e hirsutismo temporal. Confiando en esta información, la demandante salió embarazada dos veces más, trayendo al mundo a Elizabeth en abril de 1974 y a Christine en mayo de 1975. Durante el embarazo, la madre continuó consumiendo Dilantin. Posteriormente, se reveló que ambas menores sufrían del síndrome de hidantoína fetal, un padecimiento que les causa una serie de deficiencias físicas.

37 El estado de New Jersey reconoció esta acción en *Procanik by Procanik c. Cillo* (1984), caso en el que los demandados no diagnosticaron la rubeola que la madre, Rosemary Procanik, había contraído durante el primer trimestre del embarazo. Como resultado, Peter Procanik nació padeciendo el síndrome de rubeola congénita.

38 Aunque en esta jurisdicción no se han presentado casos ante los tribunales, el Maine Insurance Code contiene una regla que permite su acogimiento.

39 Cabe resaltar que en *Azzolino c. Dingfelder* (1984), la North Carolina Court of Appeal acogió la demanda del menor, Michael Azzolino, por haber nacido con síndrome de Down a causa de la omisión de información del médico tratante respecto de la existencia de la prueba de amniocentesis. Sin embargo, la Supreme Court of North Carolina, con sentencia del 1 de diciembre de 1985, revocó esta decisión, indicando simplemente que este tipo de pretensiones no son amparables bajo dicha jurisdicción.

estos las han rechazado; no obstante, algunos pocos las han reconocido. Francia (en un primer momento), Holanda y España son ejemplos emblemáticos de estos últimos.

En Francia, el conocido como *arrêt Perruche* (2000) es uno de los pocos casos en los que la Cour de Cassation reconoció las acciones de *wrongful life*⁴⁰. Los hechos fueron los siguientes: la madre de Nicolas Perruche contrajo rubeola durante el embarazo, a pesar de que el médico le había informado que ella estaba inmunizada. Como resultado, Nicolas Perruche manifestó problemas neurológicos y sensoriales que sugerían una rubeola congénita. La Cour de Cassation, a diferencia de la primera vez en que se pronunció sobre el caso⁴¹, reconoció directamente el resarcimiento de Nicolas Perruche: «este último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de esta discapacidad y causado por las falencias consideradas» (*Nicolas Perruche c. Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne*, 2000). Aun cuando pueda ser dudoso en qué consiste esta reparación de la que habla la Corte, dado el carácter lacónico con el que usualmente esta suele expresarse, se ha precisado que «lo que los jueces han pretendido reparar no es la vida misma, sino (principalmente) las consecuencias económicas de las graves alteraciones corporales» (Markesinis, 2001, p. 89).

Con posterioridad, la Cour de Cassation confirmaría esta decisión, limitando sus alcances a aquellos casos en los que se presenten las condiciones que permitan un aborto legal⁴². A pesar de ello, como veremos, el rumbo que se tomará en el ordenamiento francés, debido a la intervención del legislador, será uno muy distinto.

Por su parte, la Suprema Corte de Holanda (Hoge Raad), en el caso *Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar* (2005) —caso *Kelly*—, admitió por primera vez este tipo de acciones. En este, la menor (Kelly) nació con graves discapacidades, las cuales eran el resultado de defectos genéticos cromosómicos de naturaleza hereditaria provenientes de la línea paterna. Durante el embarazo, la madre de Kelly informó al obstetra sobre la condición de un pariente de su marido, quien sufría de dichos defectos cromosómicos. La madre consultó al obstetra si era necesario hacerse algunas pruebas de descarté (amniocentesis); no obstante, el obstetra consideró que no se precisaba de ello. Adicionalmente, se

40 Tal como informan Viney y Jourdain (2013), con anterioridad la Cour de Cassation ya había tomado una decisión en dicho sentido en dos casos decididos el 26 de marzo de 1996 (p. 33). De hecho, uno de estos, precisamente el decidido por la Chambre Civile 1 (N.º de pourvoi: 94-11.791, 94-14.158), se trataba del mismo caso *Perruche* en la primera ocasión en que la Cour de Cassation se pronunció sobre este.

41 Como habíamos indicado, la Chambre Civile 1 de la Cour de Cassation, con sentencia del 26 de marzo de 1996, ya había casado y anulado la sentencia de la Cour d'appel de Paris, que negaba el resarcimiento a Nicolas Perruche. Sin embargo, tras reconocer la existencia de la relación de causalidad entre las falencias cometidas y el daño causado al demandante, se limitó a reenviar la causa a la Cour d'appel d'Orléans.

42 Sentencia de la Assemblée Plénière de la Cour de Cassation del 13 de julio de 2001.

debe tomar en cuenta que la mujer de un pariente de su marido, que sufría el mismo defecto cromosómico y que estaba embarazada durante el mismo periodo, sí fue sometida a dicha prueba bajo la supervisión del mismo obstetra. La madre alegó que, de haber sido informada de la condición de Kelly, habría optado por el aborto⁴³. La Corte decidió reconocer el resarcimiento del daño a Kelly, además de al padre y a la madre, otorgando una compensación por el costo de vida y los costos relativos a sus discapacidades, así como por el daño no patrimonial por el sufrimiento. A diferencia de Francia, el legislador holandés no intervino para corregir la tendencia iniciada por la Hoge Raad y, antes bien, está conforme con dicha solución (Giesen, 2009, p. 263).

Por cuanto respecta al ordenamiento español⁴⁴, a pesar de que en términos generales la jurisprudencia rechaza esta acción⁴⁵, el Tribunal Supremo Español las ha reconocido en dos pronunciamientos. En el primero de ellos, la madre acudió al Hospital General de Elda con la finalidad de someterse a una prueba de amniocentesis. Le informaron que, según esta prueba, los valores del cariotipo eran normales; sin embargo, tal como se reveló más tarde, la prueba se realizó respecto de una muestra distinta a la extraída a la madre, naciendo el menor con síndrome de Down. La sala de instancia reconoció, además del resarcimiento a cada uno de los padres, la suma de mil quinientos euros mensuales a favor del menor desde la fecha de su nacimiento, siendo confirmada en dicho extremo por el Tribunal Supremo. Al respecto, es interesante notar que, en un pasaje de la sentencia, el Tribunal Supremo, de manera muy similar a la Cour de Cassation y la Hoge Raad, advierte que «[...] los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder a la indemnización» (STS 3364/2010, 16 de junio de 2010)⁴⁶.

El segundo de los pronunciamientos, bajo el mismo fundamento⁴⁷, reconoce al menor la suma de doscientos mil euros por concepto de

43 Los hechos del caso son narrados con gran precisión por Hondius (2005, pp. 111 y ss.) y Mukheibir (2005, p. 754).

44 La STS 3999/1997 del 6 de agosto de 1997, a pesar de ser la primera en la que se hace referencia a la acción de *wrongful life*, no resuelve una reclamación en dicho sentido, sino propiamente una acción de *wrongful birth*.

45 Así, por ejemplo, la STS 3752/2015 del 15 de septiembre de 2015, haciendo referencia a pronunciamientos anteriores, descarta la viabilidad de este tipo de acción porque la omisión de información no afecta al menor, sino a los padres; y porque no puede considerarse al nacimiento bajo condiciones de discapacidad como un daño en sí mismo.

46 Para un análisis del caso, ver Mazzilli (2012, pp. y 79 ss.).

47 En realidad, en ambas sentencias el fundamento es extraído de la STS 5899/2008 del 4 de noviembre de 2008. En este caso la madre reclamaba, además del daño moral, el pago de una renta vitalicia a favor de su hija ascendiente a novecientos uno euros mensuales. En otras palabras, además de la acción de *wrongful birth*, ejercía en representación de su hija la acción de *wrongful life*. Cabe resaltar que el Tribunal Supremo, si bien estima que es posible resarcir los gastos extraordinarios

sobrecoste de su crianza y educación (STS 1673/2012, 20 de marzo de 2012)⁴⁸.

III.3. Negación generalizada en los diferentes ordenamientos

Como habíamos indicado, la mayoría de los sistemas en donde se han presentado demandas de resarcimiento por *wrongful life* las han rechazado, no obstante, bajo argumentos similares (Giesen, 2009, p. 264). A continuación, sin ánimos de exhaustividad, indicaremos de manera sintética los principales hechos, así como los argumentos que se utilizaron para su rechazo.

III.3.1. Derecho alemán

Comencemos por el sistema alemán. El primer caso de *wrongful life* que el Bundesgerichtshof (BGH) conoció⁴⁹ fue uno del 18 de enero de 1983 en el cual la demandante (la menor) reclamaba los daños que le había causado el ginecólogo de su madre al no diagnosticar la rubeola que esta última contrajo durante las primeras semanas del embarazo, lo cual determinó que esta naciera con su salud gravemente comprometida. La Corte consideró que, bajo el ordenamiento alemán, no existe —y, antes bien, es ajeno a este ordenamiento— deber alguno de impedir el nacimiento de un menor bajo la presunción de que este sufrirá con toda probabilidad una enfermedad que restará valor a su vida ante los ojos de la sociedad o ante sus propios ojos, toda vez que el derecho de la responsabilidad civil está centrado en la protección de la integridad personal.

Además, esta consideró que, desde la implantación del feto en el útero materno, la vida humana es el interés jurídicamente protegido de más alto orden, cuyo valor es inestimable. «Por esta razón, se reconoce que el deber de salvar la vida de una persona enferma o de una que está gravemente dañada no debe depender del juicio sobre el valor de la vida que debe salvarse» (BGH, 18 de enero de 1983).

De esta manera, el BGH considera que al no estar implicado ningún interés a la integridad personal del demandante, no se puede determinar de manera definitiva si una vida afectada por graves discapacidades, en alternativa de la no vida, puede ser considerada como un daño relevante, o si esta es una mejor condición que la no vida. Finalmente, esta llega a la conclusión de que, «en principio, un ser humano tiene que aceptar su vida tal como la naturaleza se la ha brindado y no tiene derecho

por la crianza de un menor en circunstancias que se separan de lo normal, no reconoce que esto fundamente la acción de *wrongful life*, sino la de *wrongful birth*.

48 STS 1673/2012 del 20 de marzo de 2012. En este caso, a diferencia del anterior, la prueba de amniocentesis ni siquiera se llevó a cabo, prescindiendo del hecho de que se trataba de un embarazo de alto riesgo y privando así a la madre de la oportunidad de interrumpirlo.

49 Sentencia del BGH del 18 de enero de 1983. La sentencia puede revisarse en Markesinis *et al.* (2019, p. 237).

a reclamar a otros por haber nacido o por no haber sido eliminado» (BGH, 18 de enero de 1983).

III.3.2. Derecho inglés

McKay and Another c. Essex Area Health Authority (1982) representa un caso inglés muy similar al caso alemán anterior⁵⁰. Una mujer contrajo rubeola en los primeros meses del embarazo. A pesar de las pruebas de sangre realizadas, el médico no diagnosticó la infección. Como resultado, el menor nació seriamente discapacitado. La Court of Appeal, si bien reconoció que el médico tenía un *duty of care* frente a la madre de informarle acerca de la infección y de la conveniencia del aborto, adujo cuatro argumentos para rechazar la demanda. Primero, el *duty of care* del médico respecto al feto no se extiende al deber de terminar con su vida; segundo, admitir una acción como tal compromete el valor de la vida y devalúa la vida de un menor discapacitado al extremo de considerarla como una vida sin valor de ser preservada; tercero, es imposible comparar el daño resultante de una vida con discapacidades con la no existencia; y, por último, el reconocimiento de estas acciones motivaría a los médicos a recomendar los abortos en casos dudosos (Hondius, 2005, p. 112; Van Dam, 2013, pp. 200-201).

Recientemente, *Toombes c. Mitchell* (2020) ha generado la duda de si las acciones de *wrongful life* siguen estando prohibidas en el ordenamiento inglés (Bowden, 2022, p. 465). Sin embargo, en realidad, lo que la demandante reclamaba en este caso no se trataba de un daño por *wrongful life*, sino de uno causado por un *prenatal tort*. En efecto, Evie Toombes reclamaba el hecho de que el demandado no había aconsejado y prescrito correctamente a su madre la ingesta de ácido fólico antes ni durante la gestación, lo que indujo a la madre a prescindir de él. Como resultado, la menor nació con el síndrome de médula espinal anclada. En otras palabras, lo que realmente reclamaba la demandante no era el haber nacido con discapacidades, sino que dichas discapacidades fueron causadas por el tratamiento médico que el demandado aconsejó a su madre.

III.3.3. Derecho australiano

Por cuanto atiene al derecho australiano, la High Court, en *Harrinton c. Stephens* (2006), desestimó la acción de *wrongful life* en un caso muy similar al caso inglés (*McKay c. Essex*). Esta siguió la argumentación de la Corte inglesa anteriormente reseñada; es decir, el argumento principal fue que era imposible comparar una vida con discapacidades con la no vida. Además, se plantearon otros problemas para respaldar esta decisión. Primero, no se sabe cuál es el grado de discapacidad necesario para que esta acción tenga éxito; segundo, era posible que estas acciones

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

50 Decidido, además, tan solo un año antes de la sentencia del BGH.

podieran ejercerse contra los padres, al saber estos de la condición del feto y no abortarlo; tercero, existe una potencial superposición entre la acción de *wrongful life* del menor y la de *wrongful birth* de los padres; y, por último, son dudosos los tipos de daños que podrían reconocerse y su fundamentación (Goudkamp & Nolan, 2020).

III.3.4. Derecho sudafricano

En el sistema sudafricano, *Friedman c. Glicksman* (1994) constituye la línea de tendencia seguida por su jurisprudencia. En este caso, el demandado, un ginecólogo especialista, luego de realizar algunos exámenes a la madre, aconsejó a esta última continuar con el embarazo, informándole que no existía un riesgo mayor al normal de tener un hijo discapacitado. Es de resaltar que la madre informó al obstetra su voluntad de terminar con el embarazo en caso existiera un riesgo más alto que el normal de que el feto naciera con defectos o discapacidades. Finalmente, la información brindada por el médico resultó errónea, naciendo la menor con discapacidades⁵¹. La madre interpuso una demanda a título propio y a título de su menor hija. La Corte, luego de negar la configuración de una acción contractual⁵², utilizó dos argumentos para rechazar la pretensión resarcitoria⁵³. Primero, afirmó la inexistencia de un deber a favor del menor de dar a su madre la oportunidad de terminar con el embarazo. Segundo, se estimó la imposibilidad de liquidar los daños, ya que se habría tenido que comparar la condición actual del menor discapacitado con su no existencia (Blackbeard, 1996, p. 713). Así, esta afirmó: «para las Cortes sería contrario al orden público tener que admitir que para una parte sería mejor no tener la incalculable bendición de la vida que tener dicha vida, aunque de manera estropeada» (*Friedman c. Glicksman*, citado en Mukheibir, 2005, p. 760).

En *Stewart c. Botha* (2008), un caso muy similar al anterior donde el menor nació severamente discapacitado porque sus padres no fueron informados de los defectos congénitos que este padecía, la Supreme Court of Appeal sudafricana siguió la línea establecida en *Friedman c. Glicksman*, rechazando la acción de *wrongful life*, aunque bajo el argumento de ser *contra bonos mores*⁵⁴, lo cual niega a la conducta del

51 Los hechos del caso son narrados con gran detalle en Blackbeard (1996, p. 711).

52 Fueron dos las razones expuestas por la Corte a fin de rechazar la configuración de una acción contractual a favor del menor. Primero, al tiempo de la vigencia del contrato de prestaciones médicas celebrado entre el obstetra y la madre, el menor no contaba con personalidad jurídica, ya que bajo el derecho sudafricano se considera que esta comienza con el nacimiento. Segundo, este contrato no se configuraba como uno a favor de tercero, el menor, ya que el beneficio del mismo (la terminación del embarazo) no podía ser aceptado mientras estaba en el vientre materno, siendo imposible que este sea aceptado luego del nacimiento. Sobre estos argumentos se detiene Blackbeard (1996, p. 713).

53 Un tercer argumento, en nuestra opinión no decisivo, fue el peligro que significaría establecer un precedente con base en el cual los hijos demanden a sus padres por no haberlos abortado.

54 Mukheibir (2008) se muestra crítico respecto a este argumento, llegando a concluir que, en un sistema en donde el aborto es legal, es hipócrita considerar que una acción de *wrongful life* sea contraria al orden público (p. 523).

médico el carácter de *wrongful* (Chürr, 2015, p. 747). En opinión del *acting judge of appeal* Snyder:

desde toda perspectiva que uno mire la cuestión, la pregunta esencial que una corte debe responder si es llamada a resolver un caso como este, es si el menor debería haber nacido. Esta es una pregunta que llega tan profundamente al corazón de lo que es humano que no debería ser respondida por el derecho. Por esta razón en mi opinión esta corte no debería reconocer una acción como tal (*Stewart c. Botha*, 2008).

Tomando en consideración este escenario, algunos autores llegaron a afirmar que es improbable que este tipo de acciones alguna vez llegue a ser reconocido en el ordenamiento sudafricano⁵⁵.

A pesar de ello, más recientemente, en *H c. Fetal Assessment Centre* (2014), el sistema sudafricano tuvo la oportunidad de establecer directrices para el reconocimiento de estas acciones. En este caso, la madre alegaba la negligencia del Fetal Assessment Centre al no haberle informado sobre la alta probabilidad de que su hijo naciera con síndrome de Down, lo cual habría determinado su decisión para terminar con el embarazo. En 2008, su hijo nació padeciendo dicho síndrome. La High Court desestimó la demanda basándose en *Stewart*; sin embargo, la madre impugnó dicha decisión y, en lugar de recurrir a la Supreme Court of Appeal, recurrió a la Constitutional Court, ya que consideró que recurrir a la primera sería una pérdida de tiempo al basarse la justicia civil en el precedente *Stewart* (Chürr, 2015, p. 748). No obstante, debe tomarse en cuenta que el recurso ante la Constitutional Court no tuvo por objetivo revocar la sentencia de la High Court, sino tan solo garantizar la apelación con las directrices que se establecerán en esta decisión. En otras palabras, el objetivo no era resolver el problema de si el ordenamiento sudafricano reconoce este tipo de acciones, sino más bien si este podría desarrollarse en vista de su reconocimiento (*H c. Fetal Assessment Centre*, 2014).

El razonamiento de la Constitutional Court, que se muestra crítico respecto al precedente *Stewart*, parte de la idea de que el fundamento para negar el acogimiento a estas acciones, según el cual es imposible liquidar los daños porque se tendría que hacer una comparación entre la existencia con discapacidades y la no existencia del menor, crea problemas insuperables en los distintos niveles del juicio de responsabilidad civil (*H c. Fetal Assessment Centre*, 2014). Luego, prosigue indicando que en *Stewart* no se toma en consideración el marco normativo establecido por la Constitución sudafricana ni sus valores, en específico la igualdad,

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

55 Blackbeard (1996) dice: «Por lo tanto, parece ser altamente probable que una acción de *wrongful life* jamás llegue a ser reconocida en el Derecho Sudafricano» (p. 715). Una opinión similar se aprecia en Chürr (2009), quien sostiene: «La decisión en *Stewart* confirma que ninguna demanda por "wrongful life" será bienvenida» (p. 174).

la dignidad y el derecho de los menores de que su interés superior sea considerado en este tipo de decisiones⁵⁶. De manera que, si las cortes sudafricanas tomaran en consideración estos factores, «parece posible que, dada nuestra constitución, la demanda del menor pueda no ser inconcebible». A pesar de esto, la Corte advierte que ello no implica necesariamente el acogimiento de las acciones de *wrongful life*, ya que esto no solo depende de la consideración del interés superior del menor, sino también del análisis de los elementos de la responsabilidad civil, tarea que esta Corte deja en manos de la justicia civil:

Debemos enfatizar que todo lo que este fallo determina es que potencialmente la demanda del menor podría encontrar fundamento. Será la High Court la que decida si esto es así y de qué manera. De modo que, la High Court aún debe determinar si la demanda ha sido propiamente reformulada según la responsabilidad civil, si se hacen presente el daño, la injusticia, la negligencia, el nexo de causalidad y los daños. Todo lo que este fallo establece es que este análisis debe ser realizado con nuestro imperativo constitucional según el cual la decisión debe ser conforme con los derechos y valores constitucionales, lo cual debe incluir la consideración del interés superior del menor.

III.3.5. Derecho francés

En Francia, luego de la conmoción causada por el *arrêt Perruche*⁵⁷, al considerarse que este pronunciamiento era contrario al principio constitucional de la dignidad de la persona humana, y dado el sentimiento de aumento de presión por parte de la profesión médica al tener que recomendar los abortos puesto que los diagnósticos de discapacidad no eran cien por ciento efectivos, el legislador francés tuvo que intervenir mediante la Loi 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité de système de santé (Loi Kouchner), del 4 de marzo de 2002, disponiendo que nadie puede ser indemnizado por haber nacido, incluso si nació discapacitado. Debe advertirse, no obstante, que esta ley no solo impide el resarcimiento por *wrongful life*, sino también el resarcimiento por *wrongful birth*. A pesar de ello, no deja desamparados a los damnificados, ya que, si bien no les reconoce ninguna protección bajo las reglas de responsabilidad civil, asigna su reparación a otro mecanismo de administración de daños. De esta manera, instituye un

⁵⁶ Algo que llama la atención es la utilización de la comparación jurídica por parte de esta Corte. Así, esta precisa que los sistemas que no reconocen este tipo de acciones son aquellos en los que los derechos de las mujeres a decidir están significativamente restringidos y, por el contrario, en aquellos ordenamientos en los que se admite este derecho, este tipo de acciones se encuentra mucho menos restringida.

⁵⁷ Conmoción causada, en realidad, tal como informan Viney y Jourdain (2013), por la desinformación de los medios y la presión de los *lobbies*, que hicieron creer que lo que en realidad era objeto de reparación era la vida misma (p. 34).

fondo especial de compensación para los padres destinado a mitigar los altos costos de crianza de sus hijos discapacitados.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró que la Loi Kouchner era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En *Draon c. Francia* (2005) y *Maurice c. Francia* (2005), el Tribunal dispuso que la Loi Kouchner derogó con efectos retroactivos uno de los tipos esenciales de daños, respecto a los cuales los padres de los menores cuyas discapacidades no fueron detectadas antes del nacimiento habrían reclamado. De esta manera, esta ley les privó de un activo; es decir, de un reclamo fundado de ser compensados por los daños sufridos.

Por lo tanto, este Tribunal concluyó que, respecto a los procesos pendientes hasta antes de la entrada en vigencia de la Loi Kouchner el 7 de marzo de 2002, la aplicación retroactiva de esta última viola el artículo 1 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esto determinó que la Cour de Cassation aún acoja demandas por *wrongful life* en casos en los que tanto el daño como el inicio del proceso hayan ocurrido antes de la entrada en vigencia de la Loi Kouchner, tal como hizo en los *arrêts* N.º 136, 195 y 196 del 24 de enero de 2006. Inclusive en el *arrêt* N.º 796 del 8 de julio de 2008 acogió dicha acción, a pesar de que el proceso se inició con posterioridad a dicha ley.

Esta última actitud de esta corte ha llevado a algunos a especular la posibilidad de que, dado el plazo de prescripción de diez años para este tipo de acciones y que dicho plazo comienza a computarse cuando los damnificados adquieren la mayoría de edad, el *arrêt Perruche* pueda ser aplicado hasta el año 2030 (Manaouil *et al.*, 2012, p. 668).

De hecho, esta interpretación de la Cour de Cassation, en contraposición a la del Conseil d'État⁵⁸, ha sido suscrita recientemente por el TEDH en *N. M. y otros c. Francia* (2022), el cual se muestra contrario a toda forma de aplicación retroactiva de la Loi Kouchner⁵⁹.

III.4. Argumentos empleados para negar su acogimiento

Bajo los distintos ordenamientos, la afirmación de la responsabilidad civil del demandado siempre dependerá de la verificación de determinados requisitos, que esencialmente son tres: el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación⁶⁰. Al consistir las demandas de *wrongful life* en

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

58 El cual ha restringido el acogimiento de esta acción a aquellas cuyos procesos se hayan iniciado antes de la entrada en vigencia de la Loi Kouchner.

59 De esta última vicisitud de las acciones de *wrongful life* en el ordenamiento francés da cuenta Manaouil (2023, pp. 94 y ss.).

60 Tal como indican los comparatistas, «el moderno derecho de la responsabilidad civil tanto en el *civil law* como en el *common law* presenta una estructura común, debido a que se plantean preguntas y

pretensiones resarcitorias, estas no pueden ser ajenas a este razonamiento formal. Tal como hemos visto, la mayoría de los ordenamientos en donde esta acción se ha planteado rechaza su acogimiento porque no se presentarían algunos de estos requisitos para la configuración de la responsabilidad civil del médico. No obstante, los argumentos que estas aducen, aun cuando pretenden ser jurídicos, muchas veces resultan guiados por argumentos extrajurídicos⁶¹. Tal como opina Markesinis (2001), «es difícil negar que estos presentan una fuerza y, por lo tanto, que estos tienen cierto impacto. No obstante, es igualmente imposible considerarlos concluyentes en todos sus extremos» (p. 81). Es por ello que resulta necesario mirar detrás de la pantalla de las argumentaciones formales (Alpa, 2010a, p. 183) y distinguir aquellas que son respaldadas por una lógica y un razonamiento jurídico de aquellas que son guiadas por cuestiones bioéticas.

III.4.1. Inexistencia de daño reparable

Los diferentes ordenamientos establecen distintos mecanismos para definir qué tipo de intereses serán protegidos por las reglas de responsabilidad civil. De esta forma, solo aquel daño que se concrete en la afectación de dichos intereses será considerado como uno relevante a efectos de su resarcimiento⁶². Estos mecanismos van desde el establecimiento de reglas generales como el artículo 1240 del Code Civil, que no precisa ningún requisito para la identificación del *dommage*, hasta la identificación precisa de dichos intereses, como ocurre con el listado de los *Rechtsgüter* contenido en el párrafo 823(1) del BGB o en el *common law*, donde dicha tarea se asigna al *duty of care*⁶³. A pesar de ello, las diferencias entre dichos mecanismos son más aparentes que reales, ya que en los primeros se han empleado instrumentos hermenéuticos para restringir su extensión, y en los segundos se han desarrollado diversas instituciones para expandir su alcance (Wagner, 2019, p. 1007), de manera que en todos estos sistemas se ha llegado a resultados análogos. Esta analogía entre los resultados se revela en la argumentación empleada en todas estas jurisdicciones para negar

las responden de manera similar» (Gordley, 2015, p. 173). En el mismo sentido, Alpa (2010b) señala: «En la diversidad de los sistemas, no obstante, se identifica un carácter recurrente: la ilustración del sector de la responsabilidad civil mediante la identificación de los elementos del ilícito» (p. 108).

61 Tal como advierten Deakin *et al.* (2013), «los pronunciamientos judiciales en esta parte del derecho son formulados en términos filosóficos o incluso metafísicos», lo que se debe a que «las cortes están inseguras sobre las respuestas que deberían dar y, por ello, buscan refugio detrás de contraseñas jurisprudenciales o filosóficas con el fin de evitar dar soluciones claras y audaces» (p. 72).

62 De hecho, tal como refiere Salvi (2019), existen tres concepciones del daño que han ido apareciendo sucesivamente en el tiempo, cada una de las cuales representa la superación de la anterior. La primera, concibe al daño como la modificación de la realidad material, es decir, como alteración o supresión de un bien. La segunda, lo concibe como la disminución del patrimonio de la víctima. Por último, la tercera lo concibe como la contrariedad a las reglas jurídicas; es decir, como la lesión de un interés protegido (p. 50).

63 Como precisa Wagner (2019): «Así, la idéntica función de los *Rechtsgüter* alemanes y el *duty of care* inglés consiste en definir el alcance de protección de la responsabilidad civil discriminando ciertos tipos de daños, por ejemplo, los *pure economic loss* y las violaciones de los derechos personales intangibles» (p. 1006).

que el daño producido por *wrongful life* sea uno relevante y, por ende, reparable⁶⁴. La *dissenting opinion* del juez Schreiber en *Procanik c. Cillo* (1984) es una clara muestra de esta idea:

[L]a simpatía por un menor discapacitado y sus padres no debería llevarnos a ignorar las nociones de responsabilidad, relación de causalidad y daño sobre las que se asienta la entera filosofía de nuestro sistema de justicia. Sería insensato —y, lo que es peor, injusto— permitir al demandado obtener un resarcimiento de personas que no le causaron ningún daño.

Esta argumentación presenta dos versiones (Steinbock, 2011, p. 143). La primera sostiene que la vida es sagrada, un regalo divino, algo que sería incorrecto rechazar. En su versión secular, esta concibe a la vida, sea cual fuere su condición o calidad, como un valor en sí mismo⁶⁵. «Bajo esta perspectiva, no hay algo como una vida que no merezca ser vivida» (p. 143). Este argumento puede evidenciarse, por ejemplo, en *Berman c. Allen* (1979). La Corte consideró que, en este caso, «Sharon no sufrió ningún daño perceptible por el derecho al ser traída al mundo», lo cual se explica porque «una de las creencias más profundas de nuestra sociedad es que la vida, con o sin graves discapacidades físicas, es más valiosa que la no vida» (*Berman c. Allen*, 1979).

La segunda versión sostiene que la vida de las personas con discapacidades, incluso las severas, usualmente valen la pena ser vividas⁶⁶ y que la creencia común de que una vida con discapacidades es incompatible con la satisfacción de la vida se debe a prejuicios o ignorancia respecto a la vida de las personas con discapacidades, quienes generalmente viven sus vidas con satisfacción (Steinbock, 2011, p. 144).

No es difícil apreciar que ambas versiones son presentadas en términos filosóficos o hasta sofísticos (Viney & Jourdain, 2013, p. 36), afirmando que la vida gravemente alterada es preferible a la ausencia de vida (Markesinis, 2001, p. 80).

Una reformulación de este argumento considera que el daño no existe, al ser este lógicamente incoherente. Este sigue la siguiente lógica:

64 Tedeschi (1966) señala: «La ausencia de daño en nuestro caso no es simplemente el resultado de una actitud técnica; es también una conclusión lógica» (p. 530).

65 Bajo esta perspectiva, Robertson (1975) considera que «aquel que jamás ha conocido los placeres de una operación mental, de la deambulación y de la interacción social, de seguro que no sufrirá de su pérdida tanto como aquel que sí la ha conocido. Mientras que aquel que ha conocido estas capacidades podría preferir la muerte a vivir sin ellas, no estamos seguros de que una persona discapacitada, con ningún punto de comparación, estuviese de acuerdo. La vida, y solo la vida, cualesquiera que fuere sus limitaciones, podría valer lo suficiente para él» (p. 254).

66 Así, por ejemplo, Harris (1990), quien señala: «La madre y/o el médico pueden haber dañado al menor, pero si este tiene una vida que valga la pena vivir, a pesar de que sea una vida discapacitada, entonces este no ha sido perjudicado por haber venido al mundo, aun cuando de hecho este haya sido dañado de este modo» (p. 103). Aquí cabe resaltar que el autor hace una distinción entre los conceptos de daño (*harm*) y perjuicio (*wrong*), siendo este último el relevante —en su discurso— para que se reconozca una acción de responsabilidad civil.

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

ser dañado significa haber sido puesto en una situación deterior; sin embargo, ningún individuo es puesto en una situación deterior por llegar a existir, pues para ello deberíamos poder comparar a la persona antes de existir con la persona después de existir, lo cual es simplemente absurdo. Por tanto, es lógicamente imposible que alguien sea dañado por llegar a existir. En consecuencia, las demandas de *wrongful life* son ilógicas e injustas en la medida en que exigen al demandante compensar a alguien que no ha sido dañado (Steinbock, 2011, p. 144). Bajo esta perspectiva, el daño es concebido como la agravación de una situación existente⁶⁷. De esta manera, sería ilógico pensar en una agravación de la situación del demandante en estos casos, ya que, si el médico hubiese cumplido su obligación, el menor no habría sido puesto en mejor condición y, por el contrario, ni siquiera habría existido⁶⁸.

Tal como se puede intuir, la vía para superar la negación de la existencia de un daño es precisamente la identificación del interés lesionado. Un primer intento en dicho sentido se puede apreciar en *Park c. Chessin* (1977). En este caso, la Corte considera que el derecho de los padres a no tener hijos se extiende a aquellos casos en los que se puede determinar con una razonable certidumbre médica que el menor nacerá con defectos. La vulneración de este derecho también podría considerarse que afecta el derecho fundamental del menor a nacer como un ser humano completo y funcional (*Park c. Chessin*, 1977).

Una variante mucho más restrictiva de este argumento es presentada por Feinberg (1984), quien elabora el concepto de derecho a no nacer. Según este autor,

[H]ablar de “derecho a no nacer” es una manera sintética de referirse a la plausible exigencia moral de que ningún menor debería venir al mundo a menos que se le garanticen ciertas condiciones mínimas de bienestar, y que ciertos “intereses futuros” básicos sean protegidos con anticipación, por lo menos en el sentido de que la posibilidad del cumplimiento de sus intereses se mantenga abierta (p. 101).

Posteriormente, Feinberg (1986) precisa su postura al abordar específicamente el tema del daño en las acciones de *wrongful life*. Así, él señala: «un menor es dañado por un acto ilícito consistente en su llegada a existencia, solo si dicho acto le produce el haber nacido en una condición tan mala que este habría estado “mejor si no hubiese nacido”» (p. 177)⁶⁹. En otras palabras, el daño por *wrongful life* solo se

⁶⁷ Tal como se puede apreciar, esta postura es guiada por la *Differenztheorie*.

⁶⁸ Weir (1982) expresa esta idea: «Si los demandados hubieran cumplido su deber, la menor no habría estado *mejor*: esta simplemente no habría existido. Dañar es hacer empeorar, no solo hacer *simpliciter*» (p. 227).

⁶⁹ Comparte una postura similar Hughes (1987), quien concluye: «la responsabilidad solo parece apropiada cuando los daños son aparentes y extremos, y es evidente que el médico fue negligente» (p. 585).

concretizaría en aquellas hipótesis en las que la condición del menor, debido a sus discapacidades, sea tan mala que habría sido preferible no nacer; vale decir, en aquellas hipótesis en las que «la vida es tan terrible que ya no es más un beneficio o un don para aquel que vive» (Steinbock, 2011, p. 147). Empero, tal como ha sido advertido, esta postura llevaría a resultados irónicos pues solo comprendería a muy pocos casos, aquellos precisamente en los que la discapacidad es más severa, dejando fuera los casos en donde, dada la no tan severa discapacidad de los demandantes, el beneficio que reportaría el reconocimiento de estas acciones sería mayor (p. 152).

Como es fácil apreciar, las posturas que niegan la identificación de un daño reparable no se fundamentan en argumentos jurídicos, sino bioéticos. Todas estas giran en torno a la idea de la imposibilidad de considerar a la vida discapacitada como un daño, cayendo así en la paradoja de la no existencia (Burns, 2003, p. 808). Sin embargo, al hacerlo se pasa por alto el hecho de que la vida con discapacidades implica una carga económica mayor que una vida sin discapacidades, carga que no solo sería injusto dejar recaer en la persona que tiene menores posibilidades de afrontarla, sino incluso antieconómico (p. 835).

En ese sentido, prescindiendo de las consideraciones bioéticas y centrándonos en aspectos de orden pragmático, es necesario identificar que el interés o bien jurídico protegido es el patrimonio del menor (p. 839). Es este último el que resulta afectado por los especiales costos de atención médica, alimentación y educación que requiere una persona en dichas condiciones, lo cual, como veremos a continuación, determina la extensión del resarcimiento.

III.4.2. Imposibilidad de determinar los daños y perjuicios

Un segundo argumento, estrechamente vinculado con el anterior, es aquel según el cual es imposible determinar el monto del resarcimiento (*quantum debeatur*). Tal como hemos visto, este razonamiento es común a los sistemas inglés (*Mckay c. Essex*, 1982), australiano (*Harrinton c. Stephens*, 2006), sudafricano (*Friedman c. Glicksman*, 1994) y estadounidense (*Gleitman c. Cosgrove*, 1967; *Goldberg c. Ruskin*, 1986; *Cowe c. Forum Group*, 1991). Así, incluso en *Coleman c. Garrison* (1975)⁷⁰ se llega a afirmar que la valoración de la vida solo se podría realizar hacia «el final de la vida, luego de que uno ha vivido y cuando los hechos pueden ser identificados. Sin embargo, en nuestra opinión, todo intento por aplicarla al momento del nacimiento solo puede ser un ejercicio de profecía».

⁷⁰ *Emerson c. Magendantz* (1997) acoge este extremo de la decisión.

Este argumento presupone que para otorgar el resarcimiento sería necesario asignarles valor a entidades intangibles como la vida discapacitada y la no existencia⁷¹, lo que las cortes simplemente consideran imposible⁷². Así, se puede leer en *Gleitman c. Cosgrove* (1967): «[E]sta corte no puede sopesar el valor de la vida discapacitada con la no existencia de vida misma. Al afirmar que este no debería haber nacido, el demandante hace lógicamente imposible a la corte la comparación exigida por los remedios compensatorios».

Por nuestra parte, creemos que para determinar el monto del resarcimiento no es necesario realizar una comparación entre la vida y la no vida⁷³. Tal como lo establecieron la Cour de Cassation en el caso *Perruche* y la Hoge Raad en el caso *Kelly*⁷⁴, la determinación del resarcimiento no implica dicha comparación; por el contrario, este debe comprender todos los costos en los que se incurrirá para la educación y el cuidado del menor, así como para combatir las consecuencias de sus discapacidades (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, 2005). En otras palabras, el resarcimiento debe consistir en un monto que compense los costos adicionales que tiene que asumir o las necesidades especiales por las que pasará el menor por vivir una vida con discapacidades (Pearson, 1997, p. 106; Markesinis, 2001, p. 79; Giesen, 2009, p. 266)⁷⁵. Ello no compromete la dignidad humana del menor, sino que, por el contrario, el reconocimiento de un resarcimiento puede facilitarlo; es decir, conducirlo a una existencia digna, en la medida de lo posible (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, 2005).

Ahora bien, se nos podría replicar que nuestra postura implica un riesgo de duplicación del resarcimiento, en el sentido de que en estos casos a

71 Asimismo, esto presupondría considerar que la no existencia tiene mayor valor que la existencia (discapacitada), lo cual, en opinión de Hondius (2005), es contrario a la dignidad humana (p. 113).

72 Algunos autores también evidencian la imposibilidad de determinar el resarcimiento. Así, por ejemplo, Stolker (1994) sostiene: «lo que sigue en pie en la vía de la responsabilidad es el hecho de que no se tiene el punto de comparación requerido para otorgar la compensación del daño» (p. 536). En contra está Mukheibir (2005), quien sugestivamente se pregunta: «Después de todo, no es culpa del menor el que esté viviendo con una discapacidad. ¿Por qué deberíamos privarlo de un remedio basándonos únicamente en argumentos referidos al hecho de que uno no puede comprender la no existencia del menor?» (p. 761).

73 No obstante, Hughes (1987) es de opinión contraria. Este autor no solo cree que dicha comparación es necesaria, sino que incluso considera que, «si se acepta la premisa según la cual en casos extremos la vida con severas discapacidades es menos valiosa que la no vida, entonces el resarcimiento por la pena y el sufrimiento podría ser computada como lo es en cualquier otro caso de malpraxis» (p. 585).

74 Tal como precisa Van Dam (2013): «A menudo, se afirma que no es posible comparar el valor de una vida con discapacidades y una vida no existente, pero dicha comparación no es necesaria si uno sigue a la corte de casación francesa en su razonamiento, según el cual son los costos de la discapacidad los que necesitan ser compensados, y no la vida con discapacidades. La vida del menor es tan valiosa como cualquier otra vida humana. Esto se sostiene antes que negando, otorgando una compensación por los altos costos de criar a un niño discapacitado. El apoyo económico es crucial para prevenir que las vidas de los menores y de sus padres se tornen más difíciles de lo necesario. La posibilidad de compensación también podría impedir la decisión de los padres acerca de terminar con el embarazo, al verse influenciados por su posición económica» (p. 202).

75 Según Morris y Saintier (2003), «el resarcimiento en una demanda por *wrongful life* podría tener por finalidad mejorar las consecuencias del ilícito (vivir una vida menoscabada) y brindar al menor de una mejor calidad de vida» (p. 181).

los padres, al ser titulares de la acción de *wrongful birth*, normalmente se les resarce los costos extraordinarios que representa la crianza del menor discapacitado⁷⁶. Sin embargo, este riesgo quedaría eliminado con la delimitación del alcance del resarcimiento en función del interés tutelado y la correspondiente negación de los daños patrimoniales a los padres por los costos adicionales de crianza. En la acción de *wrongful birth*, este interés es el derecho de autodeterminación de los padres (Sánchez González, 2018, p. 483); en la de *wrongful life*, es el patrimonio del menor. Por consiguiente, mientras que a los padres se les debe reconocer solo el daño no patrimonial, a los menores se les debe reconocer el daño patrimonial.

III.4.3. Inexistencia de un deber del médico frente al menor

El tercer argumento está referido a la inexistencia de un deber del médico respecto al menor y, por ende, a la falta de la violación de dicho deber. Las razones que se aducen, por ejemplo, en *McKay c. Essex* (1982) o en la Sentencia del Bundesgerichtshof del 18 de enero de 1983, es que no existe ningún deber (*duty of care*) del médico de terminar con la vida del menor y, viceversa, ningún derecho del menor a que se termine con su vida. Asumir lo contrario sería ir en contra del orden público al desconocer la dignidad humana. Asimismo, se precisa que el deber del médico de informar a la madre no puede extenderse al menor.

Para afrontar este problema se han propuesto diversas soluciones. Una de estas considera que el deber del médico consiste en brindar a la madre toda la información necesaria para que esta pueda decidir, en beneficio del concebido, si continuar o no con el embarazo⁷⁷. Esto no quiere decir que el médico se encuentre obligado a hacer todo lo posible para inducir a la madre a terminar con el embarazo, ya que esta decisión es solo suya⁷⁸. Tal como precisó la Hoge Raad en el caso *Kelly*, el deber de cuidado respecto al menor no nacido consiste en realizar los diagnósticos prenatales requeridos en las circunstancias dadas (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, 2005).

La crítica a esta postura, según la cual «uno solo puede aceptar dicho deber de información respecto al menor si uno también acepta que la

76 Son precisamente estos conceptos los que reconoce el Tribunal Supremo español por las acciones de *wrongful birth*. Ver, en dicho sentido, la STS 5899/2008 del 4 de noviembre de 2008.

77 Por su parte, Markesinis (2001) propone una variación de esta solución. Él concibe al deber respecto al concebido como uno accesorio al deber principal que tiene el médico respecto a la madre de brindarle información. Así, este autor considera que «la obligación que corresponde al médico de informar a la madre también podría ser concebida como si incluyese deberes accesorios frente al feto y al menor nacido posteriormente. Y si este deber fue objeto de una mala ejecución a razón de la información errónea brindada a la madre, y el menor nace discapacitado y con múltiples necesidades, entonces el médico negligente tendrá que soportar estos últimos» (p. 91).

78 Según Morris y Saintier (2003), «Enmarcar el deber respecto al menor como un deber de informar deja en claro que, en caso ser necesario, no existe ningún “deber de abortar” a cargo del médico. El deber es brindar información a la madre» (p. 179).

no existencia es preferible a una existencia discapacitada» (Steininger, 2010, p. 154), se funda nuevamente en argumentos bioéticos.

Sin embargo, es necesario tomar en consideración que el deber cuya violación desencadena el otorgamiento de un resarcimiento es el de no dañar (*alterum non laedere*). En consecuencia, el deber que tiene el médico frente al menor es no causarle daño con la omisión de información a la madre. El reconocimiento de la existencia de dicho deber, además, repercutiría sobre los niveles de precaución que toman los médicos, incentivándolos a ser más diligentes (Burns, 2003, p. 833).

III.4.4. Inexistencia del nexo causal

El cuarto y último argumento consiste en considerar que el daño que padece el menor (infección, síndrome, enfermedad), aquella vida injusta (su *wrongful life*), no fue causado por la negligencia del médico. En otras palabras, no existe un nexo causal entre la conducta (negligente) del médico y la vida discapacitada del menor. Así, por ejemplo, en *Mckay c. Essex* (1982), lord Ackner sostuvo que «Las discapacidades fueron causadas por la rubeola, no por el médico [...]. Entonces, ¿cuáles son sus daños causados por la negligencia del médico? La respuesta debe ser ninguno». Bajo esta perspectiva, se observa que la causalidad «es el mayor obstáculo para permitir una demanda por *wrongful life*, y los puristas bien podrían insistir en que no hay forma de encajar estas demandas dentro de un modelo ortodoxo de causalidad» (Morris & Saintier, 2003, p. 187). Efectivamente, si tomamos como ejemplo, por una parte, al *common law*, los casos de *wrongful life* no superan el *but for test*; es decir, la determinación del nexo casual con base en un balance de las probabilidades, el cual tiene que ser superior al cincuenta por ciento para concluir que la conducta del demandado es la causa del daño (Deakin *et al.*, 2013, p. 223). Por la otra, si tomamos al ordenamiento francés, estos casos no superan la *causalité adéquate*, según la cual, para determinar que un hecho es la causa de un daño, se debe analizar objetivamente si este podía hacer prever la ocurrencia del daño en base a un juicio de regularidad (Viney & Jourdain, 2013, p. 245).

No obstante, aquellas cortes que han reconocido estas acciones no han tenido problemas en superar estos argumentos. Así, por una parte, la Cour de Cassation, en las dos oportunidades en que se pronunció sobre el caso *Perruche*, admitió la existencia de causalidad entre el resultado de las discapacidades de Nicolas y la negligencia de los médicos. Por la otra, en *Kelly*, la Hoge Raad consideró que «los hechos que fundan la responsabilidad no son el nacimiento de Kelly ni el defecto cromosómico presente en él desde su concepción, sino la negligencia del obstetra de brindar el cuidado prenatal necesario en las circunstancias dadas» (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, citado en Hondius, 2005, p. 113). En ambas, jamás se llega a afirmar que la

negligencia del médico sea la causa de la vida discapacitada, sino que es la causa de las consecuencias de esta vida discapacitada. En otras palabras, se reconoce su eficacia causal, concurrente con otros hechos (precisamente, los defectos congénitos del menor)⁷⁹, respecto al daño reclamado, que no es la propia vida (discapacitada), sino —como ya hemos visto antes— la carga económica que esta representa. Tal como ha sido precisado, «aunque la negligencia de los médicos no causó la discapacidad, hizo inevitable (*rendu inéluctable*) que la vida del menor resultase minusválida o disminuida por estas discapacidades» (Morris & Saintier, 2003, p. 186).

Asimismo, tampoco debemos olvidar que la causalidad es un concepto jurídico que responde a políticas específicas y, por lo tanto, puede ser manipulada para obtener ciertos objetivos que el intérprete considera valiosos⁸⁰. En este sentido, un instrumento que podría servirnos para justificar la imputación de las consecuencias dañosas al médico es la teoría de la imputación objetiva, tomando en consideración el principio de confianza, dado el rol que desempeña el médico en la sociedad (Agudelo Molina, 2021, p. 330). A pesar de ello, esta última postura no ha dejado de ser criticada bajo la idea de que el fin de protección de la norma no se centra en el interés del menor, sino en el de los padres (Macía Morillo, 2007, p. 28).

Sin perjuicio de esta última observación, consideramos que el fin de protección varía en función del interés que se pretende proteger; de allí que esta decisión dependa también del intérprete. En nuestro caso, bien se puede afirmar que este interés no es el de no nacer con discapacidades, sino el que los costos de las discapacidades sean sufragados por quien contribuyó a su padecimiento.

IV. CONCLUSIONES

La responsabilidad médica por *wrongful life* es una cuestión altamente controversial por la propia complejidad que la argumentación subyacente representa. No solo son cuestiones técnico-jurídicas las que están en juego, sino también cuestiones bioéticas. Consideramos, empero, que una solución en el sentido de su acogimiento podría

79 Morris y Saintier (2003) indican: «la vida discapacitada del menor tiene dos causas: la rubeola y la negligencia del médico. El médico no es culpable por el hecho de haber Nicolas Perruche contraído rubeola, sin embargo, sí lo es por su vida con las consecuencias de esta» (p. 188). En el mismo sentido, Viney y Jourdain (2013) precisan: «Se ha resaltado que la verdadera causa de la discapacidad sería bien la enfermedad de la madre transmitida al menor, bien una anomalía cromosómica debida a una causa desconocida. No obstante, si bien es cierto que esta es la causa (biológica) de la discapacidad, esta no excluye que otras causas hayan podido contribuir a la producción del daño, entre las cuales se encuentran las falencias médicas. En la medida en que se establezca que, *sin estas falencias, la discapacidad habría podido ser evitada*, estas ciertamente son las causas del daño en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones que nuestra jurisprudencia ha acogido ampliamente» (p. 35).

80 En este extremo, coincidimos con Marquesinis (2001, p. 93).

comenzar a construirse si tan solo se les presta atención a las primeras. En este sentido, un cambio de perspectiva desde la que se analiza a la responsabilidad civil podría servir para dichos efectos. De cualquier forma, contrariamente a la mayoría, creemos que las acciones por *wrongful life* deberían ampararse en aquellos sistemas en los que se reconoce su presupuesto (el derecho de la madre a terminar con el embarazo) y se cumplen los requisitos que el sistema de responsabilidad civil exige: el daño, el criterio de imputación y el nexo causal.

Respecto al primer elemento, el daño, al que se añade el problema de su liquidación, creemos que el problema es superado a través del reconocimiento de un interés relevante. Este interés lo hemos identificado en el patrimonio del menor. Con relación a su liquidación, no es necesario comparar la vida discapacitada con la no vida porque lo que se resarce no es la vida con discapacidades, sino las necesidades económicas especiales que el menor discapacitado tiene que afrontar (*Viccaro c. Milunsky*, 1990; Markesinis, 2001, p. 79).

En lo atinente al criterio de imputación, este se identifica en la existencia del incumplimiento del deber del médico, que no es otro que el deber de no dañar al menor con la omisión de información a la madre.

Por cuanto respecta al último requisito, el nexo causal, debemos de considerar que este es un concepto eminentemente jurídico, el cual puede ser manipulado en función de ciertos objetivos que se deseen alcanzar. Tal como hemos visto, no es necesario que la conducta del médico sea la causa única y exclusiva de las discapacidades del menor; basta con que apliquemos la regla de la equivalencia de las condiciones para llegar a determinar su existencia o incluso echar mano de la teoría de la imputación objetiva.

La flexibilización de las reglas de responsabilidad civil, tal como ha sido sugerido⁸¹, también podría ser un mecanismo idóneo para que estas acciones encuentren amparo. La negación de su reconocimiento con base en dogmas «debe ceder ante la injusticia de dicho resultado» (*Procanik c. Cillo*, 1984).

81 Feinberg (1986) dice: «Sería mejor que en estos casos excepcionales las reglas tradicionales de responsabilidad civil relativas a los daños sean suspendidas, como lo han sido en otras hipótesis. En lugar de exigir que el demandado viole los derechos del demandante, solo podríamos exigir que su conducta sea real y seriamente injusta, y en lugar de exigir que este lo dañe, podríamos exigir que este sea responsable por la llegada a existencia de aquel en una condición perjudicial severa. En estos ejemplos habría abundante culpa, e incluso daño, aun cuando la culpa no cause al demandante un agravio personal, y el daño no sea el producto de un acto de hacer daño. Este sería un «ilícito sin víctima», el cual no es un ilícito en sentido tradicional, sin embargo, quizá la justicia la sostenga de cualquier forma, tal como esta sostiene diversos tipos de responsabilidad civil objetiva y vicaria. Podría no ser justo hacer que una persona pague daños a otra que no ha sido dañada directamente por aquella, pero sería más injusto aún hacer que la miserable parte damnificada pague o que esta prescinda de la ayuda que necesita» (p. 174).

Finalmente, somos conscientes de que la responsabilidad civil no es la mejor vía para garantizar que las necesidades de las personas discapacitadas sean satisfechas. Sería deseable que todas las personas con discapacidades reciban el tratamiento que necesitan sin importar si su discapacidad se debe o no a la culpa de alguien. Es decir, en un escenario ideal, creemos que este problema debe ser resuelto mediante un sistema de justicia social⁸². Sin embargo, hasta que ello ocurra, negarles el reconocimiento de sus acciones de *wrongful life* no mejorará ni la situación de los demandantes ni la del resto de discapacitados. Dejarlos a su suerte es asumir un esquema teológico según el cual lo único que les queda es la resignación (Diez-Picazo, 1979, p. 728). Hasta que no exista un sistema universal de asistencial social que permita satisfacer las necesidades de las personas con discapacidades, la única vía que tienen algunas de ellas es la responsabilidad civil⁸³.

REFERENCIAS

- Agudelo Molina, J. D. (2021). Causalidad e imputación. La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, 41, 321-353. <https://doi.org/10.18601/01234366.N41.11>
- Alpa, G. (2010a). Dove va la responsabilità civile? *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3, 175-184.
- Alpa, G. (2010b). *La responsabilità civile. Parte generale*. UTET.
- Andrews, L. B. (1992). Torts and the Double Helix: Malpractice Liability for Failure to Warn of Genetic Risks. *Houston Law Review*, 29, 149-184.
- Bagińska, E. (2010). Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation. *Journal of European Tort Law*, 1(2), 171-203. <https://doi.org/10.1515/JETL.2010.171>
- Blackbeard, M. (1996). Actions for wrongful birth and wrongful life. *Friedman v Glicksman 1996 1 SA 1134 (W)*. *Tydskrif Vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 59, 711-715.
- Blahuta, J. P. (2017). Liability for harms caused in utero: new technologies, new problems. *International Journal of Human Rights*, 21(6), 758-771. <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1319704>
- Bowden, C. E. (2022). Is the Unequal Treatment of Maternal and Paternal Liability Under the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 Justified? *Medical Law Review*, 30(3), 457-478. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwac012>
- Brantley, J. R. (1976). Wrongful Birth: The Emerging Status of a New Tort. *St. Mary's Law Journal*, 8(1), 140-159.

82 Tal como opina Harris (1990), «si creemos que los menores discapacitados deberían ser compensados por sus discapacidades, entonces nosotros como sociedad deberíamos compensarlos [...] el problema de la discapacidad debería ser visto como uno de justicia social» (p. 104).

83 En este punto, coincidimos con Steinbock (2011, p. 152).

- Burns, T. A. (2003). When life is an injury: An economic approach to wrongful life lawsuits. *Duke Law Journal*, 52(4), 807-839.
- Busnelli, F. D. (2004). L'inizio della vita umana. *Rivista Di Diritto Civile*, 4, 533-568.
- Chürr, C. (2009). A delictual claim based on 'wrongful life': is it possible? *Tydskrif Vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 72, 168-174.
- Chürr, C. (2015). Wrongful life claims under South African law: An overview of the legal framework. *Obiter*, 36(3), 745-761. <https://doi.org/10.17159/obiter.v36i3.11603>
- Cohen, M. (1978). Park v. Chessin: The Continuing Judicial Development of the Theory of Wrongful Life. *American Journal of Law & Medicine*, 4(2), 211-232. <https://doi.org/10.1017/s0098858800005955>
- Collins, E. (1983). An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth: Time for a New Framework. *Journal of Family Law*, 22(4), 677-712.
- Day, T., & Weatherby, D. (2022). The Dobbs Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis That Lies Ahead. *William & Mary Law Review Online*, 64(1), 1-28.
- Deakin, S., Markesinis, B., & Johnston, A. C. (2013). *Markesinis and Deakin's tort law* (7.^a ed.). Clarendon Press.
- Diez-Picazo, L. (1979). La responsabilidad civil hoy. *Anuario de Derecho Civil*, 32(4), 727-738. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3131>
- Feinberg, J. (1984). *Harm to others. The moral limits of the criminal law* (vol. 1). Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1986). Wrongful life and the counterfactual element in harming. *Social Philosophy and Policy*, 4(1), 145-178. <https://doi.org/10.1017/S0265052500000467>
- Gabriel Rivera, J. L. (2013). ¿El perjuicio de haber nacido? El affaire perruche de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación y una reciente sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna. *Advocatus*, 29, 215-230.
- Giesen, I. (2009). Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. *Tydskrif Vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 72, 257-273.
- Gordley, J. (2015). The architecture of the common and civil law of torts: An historical survey. En M. Bussani y A. Sebok (eds.), *Comparative tort law. Global perspectives* (pp. 173-200). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781784718138.00015>
- Goudkamp, J., & Nolan, D. (2020). *Winfield and Jolowicz on Tort* (20.^a ed.). Thomson Reuters.
- Harris, J. (1990). The Wrong of Wrongful Life. *Journal of Law and Society*, 17(1), 90-105. <https://doi.org/10.2307/1409957>

Hensel, W. F. (2005). The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 40(1), 141-196.

Hermanson, H. (2019). The Right Recovery for Wrongful Birth. *Drake Law Review*, 67(2), 513-559.

Hondius, E. (2005). The Kelly Case—Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment. En S. Gevers, E. Hondius y J. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention* (vol. 85, pp. 105-116). Nijhoof. https://doi.org/10.1163/9789047416128_012

Hughes, R. (1987). Recognition of wrongful life actions: Trend or aberration? *Tort & Insurance Law Journal*, 22(4), 572-585.

Jackson, A. (1995). Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 17(3), 535-613.

León Hilario, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3.ª ed.). Instituto Pacífico.

Macía Morillo, A. (2003). *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)* [tesis doctoral en Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid]. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4418>

Macía Morillo, A. (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. *Revista de Derecho*, 27, 3-37.

Manaouil, C. (2023). La jurisprudence Perruche perdure pour les enfants nés avant le 7 mars 2002. *Médecine & Droit*, (182), 94-99. <https://doi.org/10.1016/j.meddro.2023.03.001>

Manaouil, C., Gignon, M., & Jarde, O. (2012). 10 Years of Controversy, Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France. *Medicine and Law*, 31(4), 661-670.

Markesinis, B. (2001). Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1, 77-102.

Markesinis, B., Bell, J., & Janssen, A. (2019). *Markesinis's German Law of Torts. A Comparative Treatise* (5.ª ed.). Hart Pub. <https://doi.org/10.5040/9781509933228>

Mazzilli, E. (2012). La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 10, 79-111.

Morris, A., & Saintier, S. (2003). To be or not to be: Is that the question? Wrongful life and misconceptions. *Medical Law Review*, 11(2), 167-193. <https://doi.org/10.1093/medlaw/11.2.167>

Mukheibir, A. (2005). Wrongful life claims in the Netherlands - The Hoge Raad decides. *Obiter*, 26(3), 753-762. <https://doi.org/10.17159/obiter.v26i3.14696>

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

Mukheibir, A. (2008). Wrongful life - The SCA Rules in *Stewart v Botha* (340/2007) [2008] ZASCA 84 (3 June 2008). *Obiter*, 29(3), 515-523. <https://doi.org/10.17159/obiter.v29i3.12628>

Pearson, F. (1997). Liability for So-Called Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Life. *South African Law Journal*, 114(1), 91-107.

Pollard, D. A. (2004). Wrongful analysis in wrongful life jurisprudence. *Alabama Law Review*, 55(2), 327-374.

Pozzo, B. (1999). Wrongful Birth In Italy. *European Review of Private Law*, 2, 251-256.

Roa, S. (2021). Designing Children: Tort Liability for Medical Providers in the era of CRISPR/Cas-9 Genetic Editing. *Mitchell Hamline Law Review*, 47(1), 300-341.

Robertson, J. (1975). Involuntary Euthanasia of Defective Newborns: A Legal Analysis. *Stanford Law Review*, 27(2), 213-269. <https://doi.org/10.2307/1228265>

Sacco, R., & Rossi, P. (2019). *Introduzione al diritto comparato* (7.^a ed.). UTET.

Salvi, C. (2019). *La responsabilità civile* (3.^a ed.). Giuffrè Francis Lefebvre.

Sánchez González, M. (2018). El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 37, 465-486.

Stein, J. T. (2010). Backdoor Eugenics: The Troubling Implications of Certain Damages Awards in Wrongful Birth and Wrongful Life Claims. *Seton Hall Law Review*, 40(3), 1117-1168.

Steinbock, B. (2011). *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (2.^a ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195341621.001.0001>

Steinger, B. C. (2010). Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions. *Journal of European Tort Law*, 1(2), 125-155. <https://doi.org/10.1515/jetl.2010.125>

Stolker, C. (1994). Wrongful Life: The Limits of Liability and beyond. *The International and Comparative Law Quarterly*, 43(3), 521-536. <https://doi.org/10.1093/iclqaj/43.3.521>

Strasser, M. (2021). Prenatal Tort Slippage. *Health Matrix: Journal of Law-Medicine*, 31, 221-262.

Tedeschi, G. (1966). On Tort Liability for "Wrongful Life". *Israel Law Review*, 1(4), 513-538. <https://doi.org/10.1017/s0021223700017131>

Todd, S. (2005). Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life. *Sydney Law Review*, 27, 525-542.

Van Dam, C. (2013). *European tort law* (2.^a ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199672264.001.0001>

Viney, G., & Jourdain, P. (2013). *Les conditions de la responsabilité* (4.^a ed.). LGDJ-Lextenso éditions.

Von Bar, C. (2005). *The Common European Law of Torts* (vol. 2). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198298397.001.0001>

Wagner, G. (2019). Comparative Tort Law. En M. Reimann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2.ª ed., pp. 994-1030). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.32>

Weir, T. (1982). Wrongful Life. Nipped in the Bud. *The Cambridge Law Journal*, 41 (2), 225-228. <https://doi.org/10.1017/s0008197300108566>

Whitney, D. W., & Rosenbaum, K. N. (2011). Recovery of damages for wrongful birth. *Journal of Legal Medicine*, 32(2), 167-204. <https://doi.org/10.1080/01947648.2011.576616>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Andalon c. Superior Court (Court of Appeals of California [Estados Unidos], 12 de diciembre de 1984).

Azzolino c. Dingfelder (North Carolina Court of Appeal [Estados Unidos], 20 de noviembre de 1984).

Azzolino c. Dingfelder (North Carolina Court of Appeal [Estados Unidos], 1 de diciembre de 1985).

Becker c. Schwartz (New York Court of Appeals [Estados Unidos], 27 de diciembre de 1978).

Berman c. Allan (Supreme Court of New Jersey [Estados Unidos], 26 de junio de 1979).

Código Civil Francés (Corps législatif [Francia], 21 de marzo 1804).

Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635 (Presidencia de la República [Perú], 8 de abril de 1991).

Coleman c. Garrison (Supreme Court of Delaware [Estados Unidos], 26 de noviembre de 1975).

Comunicación N.º 1153/2003 (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 24 de octubre de 1997).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950).

Cowe c. Forum Group (Supreme Court of Indiana [Estados Unidos], 25 de julio de 1991).

Curlender c. Bio-Science Laboratories (Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One [Estados Unidos], 11 de junio de 1980).

Custodio c. Bauer (Court of Appeals of California [Estados Unidos], 24 de mayo de 1967).

Dobbs c. Jackson Women's Health Organization (Supreme Court [Estados Unidos], 24 de junio 2022).

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSA-
BILIDAD CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

- Draon c. Francia*, 2005 (TEDH, 6 de octubre de 2005).
- Dumer c. St. Michael's Hospital* (Supreme Court of Winsconsin [Estados Unidos], 30 de septiembre de 1975).
- Elliott c. Brown* (Supreme Court of Alabama [Estados Unidos], 18 de agosto de 1978).
- Emerson c. Magendantz* (Supreme Court of Rhode Island [Estados Unidos], 26 de febrero de 1997).
- Friedman c. Glicksman* (Witwatersrand Local Division of the Supreme Court [Sudáfrica], 19 de octubre de 1994).
- Gami c. Mullikon Medical Center* (Court of Appeal of California [Estados Unidos], 8 de septiembre de 1993).
- Gildiner c. Thomas Jefferson University Hospital* (United States District Court, E. D. Pennsylvania [Estados Unidos], 25 de mayo de 1978).
- Gleitman c. Cosgrove* (Supreme Court of New Jersey [Estados Unidos], 6 de marzo de 1967).
- Goldberg c. Ruskin* (Supreme Court of Illinois [Estados Unidos], 17 de octubre de 1986).
- Harbeson c. Parke-Davis, Inc.* (Supreme Court of Washington [Estados Unidos], 10 de febrero de 1983).
- Harrinton c. Stephens* (High Court [Australia], 9 de mayo de 2006).
- H c. Fetal Assessment Centre* (Constitutional Court of South Africa [Sudáfrica], 11 de diciembre de 2014).
- Karlsons c. Guerinot* (Appellate Division of the Supreme Court of New York [Estados Unidos], 15 de abril de 1977).
- Kush c. Lloyd* (Supreme Court of Florida [Estados Unidos], 3 de diciembre de 1992).
- Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar* (Hoge Raad [Holanda], 18 de marzo de 2005).
- Loi relative aux droits des malades et à la qualité de système de santé, L'Assemblée nationale et le Sénat, Loi 2002-303. *Journal officiel*, 5 de marzo de 2002.
- Maurice c. Francia*, 2005 (TEDH, 6 de octubre de 2005).
- Mckay and Another c. Essex Area Health Authority* (Court of Appeal, Civil Division [Reino Unido], 119 de febrero de 1982).
- Nicolas Perruche c. Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne* (Assemblée Plénière de la Cour de Cassation [Francia], 17 de noviembre de 2000).
- N. M. y otros c. Francia*, 2022 (TEDH, 3 de febrero de 2022).

123

Noelia Karin Llantoy c. Ministerio de Justicia y Ministerio de Salud. Exp. 21486-2011 (IX Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima, 21 de enero de 2015).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966).

Park c. Chessin (Appellate Division of the Supreme Court of New York [Estados Unidos], 11 de diciembre de 1977).

Plowman c. Fort Madison Comty Hosp. (Supreme Court of Iowa [Estados Unidos], 2 de junio de 2017).

Procanik c. Cillo (Supreme Court of New Jersey [Estados Unidos], 1 de agosto de 1984).

Roe c. Wade (Supreme Court [Estados Unidos], 22 de enero de 1973).

Santiago Hermosilla Cusihamán y otros c. Southern Perú Copper Corporation y otros (Exp. 00001-2013) (Primera Sala Civil de la Corte Superior de Tacna [Perú], 13 de julio de 2013).

Santiago Hermosilla Cusihamán y otros c. Southern Perú Copper Corporation y otros (Cas. N° 3904-2013) (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 7 de enero de 2014).

Sentencia (Bundesgerichtshof [Alemania], 18 de enero de 1983).

Sentencia (Tribunale di Padova [Italia], 9 de agosto de 1985).

Sentencia 136 (Cour de Cassation [Francia], 24 de enero de 2006).

Sentencia 195 (Cour de Cassation [Francia], 24 de enero de 2006).

Sentencia 196 (Cour de Cassation [Francia], 24 de enero de 2006).

Sentencia 3999/1997 (Tribunal Supremo [España], 6 de agosto de 1997).

Sentencia 796 (Cour de Cassation [Francia], 8 de julio de 2008).

Sentencia 5899/2008 (Tribunal Supremo [España], 4 de noviembre de 2008).

Sentencia 3364/2010 (Tribunal Supremo [España], 16 de junio de 2010).

Sentencia 1673/2012 (Tribunal Supremo [España], 20 de marzo de 2012).

Sentencia 3752/2015 (Tribunal Supremo [España], 15 de septiembre de 2015).

Sentencia de la Assemblée Plénière 98-19.190 (Cour de Cassation [Francia], 13 de julio de 2001).

Sentencia de la Chambre Civile 1, 94-11.791 (Cour de Cassation [Francia], 26 de marzo de 1996).

Sentencia de la Chambre Civile 1, 94-14.158 (Cour de Cassation [Francia], 26 de marzo de 1996).

Sentencia de la Corte Suprema de Holanda (21 de febrero de 1997).

REFLEXIONES
SOBRE LOS
FUNDAMENTOS
DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL
MÉDICA POR
WRONGFUL LIFE.
¿LA VIDA COMO
DAÑO?

REFLECTIONS
ON THE
FOUNDATIONS
OF MEDICAL
MALPRACTICE
LIABILITY FOR
WRONGFUL LIFE.
LIFE AS HARM?

Speck c. Finegold (Supreme Court of Pennsylvania [Estados Unidos], 31 de diciembre de 1981).

Stewart c. Botha (Supreme Court of Appeal [Sudáfrica], 3 de julio de 2008).

Stewart c. Long Island College Hospital (Court of Appeals of New York [Estados Unidos], 26 de abril de 1972).

Story Parchment Co. c. Paterson Parchment Paper Co. (Supreme Court [Estados Unidos], 24 de febrero de 1931).

Toombes c. Mitchell (High Court of Justice Queen's Bench Division [Reino Unido], 21 de diciembre de 2020).

Troppi c. Scarf (Court of Appeal of Michigan [Estados Unidos], 26 de febrero de 1971).

Turpin c. Sortini (Supreme Court of California [Estados Unidos], 3 de mayo de 1982).

Viccaro c. Milunsky (Supreme Judicial Court of Massachusetts [Estados Unidos], 1º de marzo de 1990).

Walker by Pizano c. Mart (Supreme Court of Arizona [Estados Unidos], 24 de mayo de 1990).

Williams c. State of New York (Court of Appeals of the State of New York [Estados Unidos], 29 de diciembre de 1966).

Willis c. Wu (Supreme Court of South Carolina [Estados Unidos], 20 de diciembre de 2004).

Zepeda c. Zepeda (Appellate Court of Illinois [Estados Unidos], 11 de junio de 1963).

Recibido: 30/04/2023

Aprobado: 02/10/2023