

TUTELA JURÍDICA DE LA PERSONA POR NACER FRENTE AL DERECHO DE DAÑOS

Autor:

Medina, Graciela

Famá, María Victoria

Revsin, Moira

Cita: RC D 1079/2012

Tomo: 2002 2 Menor dañado y menor dañado.

Revista de Derecho de Daños

Subtítulo:

Jurisprudencia francesa y norteamericana

Sumario:

I. Introducción. II. Jurisprudencia francesa. 1. Legislación aplicable. 2. Legitimación del menor de edad para accionar por los daños producidos durante su concepción o gestación (acción por wrongful life o "vida injusta"). a) Jurisprudencia francesa anterior al fallo "Perruche". b) El caso "Perruche". A) Hechos. B) Doctrina de la Corte de Casación en el fallo "Perruche". C) Crítica de la doctrina francesa. c) Fallos posteriores de la Corte de Casación. d) Indemnización al niño fruto de la violación de su madre. III. Jurisprudencia norteamericana. 1. La decisión en "Stallman vs. Youngquist". 2. "Bonte vs. Bonte" (1992): Suprema Corte de New Hampshire. 3. "Cates vs. Cates" (1993): Suprema Corte de Illinois. 4. "Cullotta vs. Cullotta (administrator of the estate of Shelley Cullotta, deceased)" (1997): Corte de Apelación de Illinois. 5. Parental Immunity Doctrine. IV. La cuestión de los daños a la persona por nacer producidos por la madre desde el punto de vista del Derecho argentino. V. Conclusión.

TUTELA JURÍDICA DE LA PERSONA POR NACER FRENTE AL DERECHO DE DAÑOS

I. Introducción

La situación jurídica del niño por nacer ha ocupado un destacado lugar de estudio durante toda la historia del Derecho. Desde antiguo se sostenía que había que tener en cuenta que el nasciturus era un ser independiente de su madre, por lo tanto no se lo podía culpar a éste de los actos por ella realizados. Es así que en el Derecho Romano tanto la ejecución de la pena de muerte como de los castigos corporales que afectarían el cuerpo de la mujer embarazada debían postergarse hasta después del parto. Asimismo, las leyes romanas entendían que el concebido gozaba de un status libertatis, gracias al cual el nacido era considerado libre si su madre había gozado de este estado al momento de la concepción, durante algún período del embarazo o bien en el momento del parto, indistintamente [\[1\]](#). Las legislaciones actuales parten de la idea de la diferencia existente entre ambos y versan el análisis en el status jurídico del que goza el nuevo ser. Nuestra normativa no deja lugar a dudas al respecto y otorga al concebido la condición de persona (art. 70, Cód. Civ.). En otros países no ocurre lo mismo y se abre un abanico de posibilidades que debate la doctrina, como ocurre en el Derecho español [\[2\]](#). Francia y EE. UU., en cambio, optan por no reconocer un principio general de protección al nasciturus, si bien le otorgan ciertas prerrogativas especialmente relacionadas con el Derecho sucesorio; no obstante, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que al concebido se lo tiene por nacido en todos los efectos que le resulten favorables. Estas concepciones en torno a la protección de las personas por nacer nos habilitan a contemplar las diferentes consecuencias que se desprenden de ella y qué tipo de derechos las vulneran y cuáles no. En el presente trabajo vamos a analizar algunas sentencias alcanzadas en la justicia francesa acerca de las reparaciones por los daños sufridos por los niños antes de su nacimiento; en el caso de la jurisprudencia francesa analizaremos fundamentalmente los daños producidos a la persona por nacer por el hecho médico, mientras que al reseñar la jurisprudencia americana abordaremos los daños que se pueden causar al concebido por el actuar materno y por

el hecho de terceros.

II. Jurisprudencia francesa

1. Legislación aplicable

Tal como hemos puesto de resalto en el párrafo anterior, es indispensable el conocimiento de la legislación extranjera a los efectos del estudio de la jurisprudencia respectiva. Por consiguiente, creemos necesario mencionar brevemente el contexto normativo en el cual los fallos galos a estudio han sido planteados. En principio es dable destacar que el concepto de persona que adopta la legislación francesa otorga mayor amplitud al legislador a la hora de regular normas que limitan los derechos de estos seres. Tan así es que en el año 1975 se sanciona el Código de Salud Pública y en su artículo 2213 se establece la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, como un derecho legítimo en cabeza de la mujer embarazada, sin perjuicio de garantizar expresamente el respeto de todos los seres humanos desde el comienzo de la vida. Esta ley admite la interrupción voluntaria del embarazo en dos supuestos: 1) Con anterioridad a la décima semana de gestación, por decisión de la madre o de ambos padres, si se invocan circunstancias particulares, las que serán evaluadas a través de una consulta médica y social; 2) pasadas las primeras diez semanas, si existen motivos terapéuticos, siempre que dos médicos determinen que la continuación del embarazo pone en peligro la salud de la mujer o que existe una fuerte probabilidad de que el niño nazca con una grave afección que hasta ese momento se conoce incurable. Esta legislación ha sido modificada recientemente por la ley 2001-588, dictada el 14 de julio de 2001, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo y a la contracepción, que ha ampliado de diez a doce semanas el lapso durante el cual es legal la interrupción de la gestación, aun no existiendo motivos terapéuticos. Las dos formas de interrupción del embarazo responden, en efecto, a dos finalidades bien diferenciadas. En el primer supuesto, la mujer que invoca una situación específica producto, por ejemplo, de dificultades de orden familiar, económico, social o moral, tiene la libertad de optar por la interrupción dentro de un lapso de tiempo determinado. En el segundo supuesto, la ley contempla la detención del embarazo por motivos terapéuticos (o médicos, como se señala luego de la reforma). En este caso, la decisión puede ser tomada en cualquier momento, siempre que se reúnan los requisitos de forma y de fondo exigidos por la norma. La gestante, a pesar de tener en miras un proyecto parental, decide recurrir a la aplicación de este método porque la consecución del embarazo acarrea peligros para su salud o para la salud de su hijo. A diferencia de lo que ocurre en el primer supuesto legal, el aborto terapéutico debe ser objeto de un control estricto a fin de evitar que se derive en prácticas de tipo eugenésicas. Es importante recordar que nuestra legislación prohíbe expresamente el aborto (arts. 85 y ss., Cód. Pen.) con dos excepciones: cuando la salud de la madre se encuentre en peligro y ese peligro no pueda ser evitado por otros medios (art. 86, inc. 1°, Cód. Pen.), y cuando el embarazo provenga de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (art. 86, inc. 2°, Cód. Pen.). A los fines de una mayor comprensión del estudio de los casos que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo, es preciso analizar el tema desde la perspectiva del Derecho francés.

2. Legitimación del menor de edad para accionar por los daños producidos durante su concepción o gestación (acción por wrongful life o "vida injusta")

Una vez descripta la normativa en vigor en Francia, analizaremos la legitimación del niño para solicitar una indemnización por los daños ocasionados en el mismo momento de la concepción o bien durante el período de gestación en el seno materno. Como punto de referencia tomaremos el conocido caso "Perruche", el cual hizo un quiebre en la evolución jurisprudencial en la materia.

a) Jurisprudencia francesa anterior al fallo "Perruche"

Con anterioridad a este caso, el tema de la reparación del daño al niño nacido con discapacidad ya había sido materia de decisión jurisdiccional y análisis doctrinario en Francia. En todos los antecedentes, la discusión se centraba en la existencia o no de un nexo de causalidad adecuada entre el hecho culposo y el daño sufrido por el feto durante la gestación. El 26 de marzo de 1996 la Sala Primera Civil de París pronunció dos sentencias que, por primera vez, admitieron la legitimación del niño, por sí mismo, para reclamar los daños y perjuicios derivados de la negligencia médica que impidió a su madre optar por la interrupción voluntaria del embarazo. Nos referimos

a la denominada acción por wrongful life de la doctrina anglosajona, mediante la cual se legitima al menor de edad para demandar al responsable (médico, instituto, hospital, etc.) que obró negligentemente, brindando a los padres una información incompleta o errónea, o bien que efectuó un diagnóstico inadecuado e impidió, gracias a estas fallas, la suspensión del embarazo [3]. Comentaremos el primero de los antecedentes. Se trataba de una pareja con intención de tener descendencia que, ante la existencia de una anomalía hereditaria en el hombre, decidió, previamente, consultar al médico. Éste les indicó erróneamente que la procreación era viable y que el hijo no sería portador de la enfermedad de su padre. Ante el nacimiento de un niño con discapacidad, la Corte de Apelación resolvió que existía culpa por parte del médico y lo condenó, entonces, a indemnizar el daño causado a los padres y al hijo. La Corte de Casación revocó la sentencia. Consideró que de existir una relación de causalidad directa entre la falta cometida por el médico y la concepción de un niño con una enfermedad hereditaria, el mismo padre tendría que ser condenado a reparar las consecuencias dañosas. La diferencia sustancial entre el caso comentado y el caso "Perruche" (que luego analizaremos) reside en que la alternativa no era aquí la vida con discapacidad o la interrupción del embarazo, sino la vida con discapacidad o la no concepción. En una sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 1997 se planteó nuevamente el tema de la procedencia de la reparación al niño por su discapacidad. Se trataba de una mujer embarazada de cuarenta y dos años de edad que, contemplando el riesgo de traer al mundo un niño afectado de mogolismo, se presentó ante un hospital para hacerse el examen pertinente, comunicando a los médicos que, aunque el resultado fuera positivo, no tenía intención de interrumpir el embarazo. El resultado dio negativo. Sin embargo, el niño nació con discapacidad. La Corte Administrativa de Apelaciones de Lyon condenó al médico a indemnizar tanto a los padres como al niño. El Consejo de Estado confirmó la sentencia en cuanto al daño de los padres y condenó al hospital a pagarles una suma en concepto de daño moral, y otra suma mensual a título de daño material como consecuencia de los gastos que deberían afrontar en la educación especializada de su hijo. Sin embargo, revocó el fallo en lo relativo al daño propio del hijo por considerar que no existía una relación de causalidad directa entre el hecho culposo y la enfermedad del niño, que era inherente a su patrimonio genético.

b) El caso "Perruche"

A) Hechos

La señora Perruche consultó a su médico porque creía haberse contagiado de rubéola y suponía estar embarazada. Le comunicó que, en caso de resultar positivo el examen, optaría por interrumpir su embarazo. Realizado el primer análisis, éste arrojó un resultado negativo. Por el contrario, el segundo examen dio positivo. La contradicción entre los dos exámenes llevó a la realización de un tercer examen que corroboró el primer resultado. Paralelamente se confirmó el embarazo de la mujer. En 1983 nació Nicolás. El niño presentó problemas de visión, de audición, cardíacos y neurológicos, requiriendo, por su discapacidad, el cuidado permanente de un tercero. El matrimonio Perruche demandó al médico y al laboratorio, por derecho propio y en representación de su hijo. El Tribunal de Primera Instancia de Evry condenó solidariamente a ambos demandados como responsables por los daños ocasionados. El 17 de diciembre de 1993 la Corte de Apelación de París confirmó la sentencia en lo relativo al daño moral de la madre, pero revocó la fijación del daño material a favor del niño. El 26 de marzo de 1996 la Sala Primera Civil de la Corte de Casación resolvió que existía relación de causalidad suficiente entre el hecho antijurídico y el daño provocado al niño, por lo que casó la sentencia y la reenvió a la Corte de Apelaciones de Orleans. El 5 de febrero de 1999 la Corte de reenvío entendió que dicha relación de causalidad no existía, no haciendo lugar a la demanda. La sentencia fue recurrida por los padres y llevada a la Corte de Casación francesa que, con fecha del 17 de noviembre de 2000, resolvió, en pleno, que como las faltas cometidas por el médico y el laboratorio ante la obligación contraída obstaron que la madre pudiera ejercer su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo y evitar el nacimiento de un niño con discapacidad, este último está legitimado para demandar la reparación del daño resultante de dicha discapacidad.

B) Doctrina de la Corte de Casación en el fallo "Perruche"

A partir del fallo "Perruche" la jurisprudencia francesa reconoce la indemnización al niño por los daños producidos al feto durante la gestación, con independencia de la reparación que pudiera corresponder a sus padres. De acuerdo a las normas que gobiernan la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, el principio

general de la procedencia de la reparación del daño causado a la víctima es que se demuestren ciertos requisitos, éstos son: a) El hecho antijurídico; b) el factor de atribución de la responsabilidad; c) el daño, y d) la relación de causalidad adecuada entre el daño y el comportamiento antijurídico [4]. Analizaremos a continuación cada uno de los presupuestos que hacen viable la presente acción, tal como lo ha resuelto el tribunal francés.

a) Hecho antijurídico: El hecho antijurídico consiste en la infracción de un deber u obligación legal. En este caso, la antijuridicidad está dada por el incumplimiento de la obligación de medios debida por el médico y el laboratorio [5] (conf. art. 1147 del Cód. Civ. francés). Es que si la madre hubiera sido correctamente informada habría interrumpido voluntariamente su embarazo, conforme le había hecho saber a su médico. La mujer tenía derecho a ejercer esta opción por cuanto se encontraba dentro de las primeras diez semanas de embarazo al momento de conocer el resultado de los análisis. De todos modos, de haber transcurrido el plazo legal es evidente que incluso podría haber optado por interrumpir su embarazo por razones terapéuticas [6]. Parece indiscutible, al menos desde la legislación francesa, que la negligencia médica provocó la violación del derecho subjetivo de la madre a abortar en las condiciones legales [7]. Es por ello que esta falta se traduce en un hecho antijurídico. Ahora bien, a simple vista podríamos decir que el niño no está legitimado para ejercer el derecho de interrumpir el embarazo de su madre, no obstante él mismo es el sujeto directamente afectado por esta decisión. Es por ello que se hace necesario analizar de dónde surge el perjuicio que lo legitima para solicitar la reparación. Las tendencias más modernas en materia de responsabilidad civil no sólo apuntan a la reparación del daño causado como producto de la violación de derechos subjetivos, sino también a la reparación del daño ocasionado a los titulares de un interés legítimo no contrario a Derecho. Hecha esta distinción, es preciso advertir que nos encontramos frente a dos alternativas. i) La primera de ellas apunta a considerar que el interés legítimo afectado y susceptible de generar reparación es el "derecho a nacer sano" que tiene todo niño por nacer. Esta argumentación no resiste el menor análisis. No es posible admitir que las personas tienen un derecho a nacer sin disminuciones en su integridad física o psíquica. Este tipo de cuestiones depende de la naturaleza misma, no de las acciones humanas. Pretender un resarcimiento en base a tal fundamento nos conduciría a reparar daños ocasionados por hechos que no son exigibles a ninguna persona. ii) La segunda de las opciones es la que la doctrina contraria al criterio de la Corte en el fallo "Perruche" ha calificado como el "derecho a no nacer". El derecho a la vida no es un derecho absoluto. Esto se observa con mayor claridad en los países en los que se aceptan determinadas prácticas mediante las cuales se le puede poner fin a la vida. Uno de estos ejemplos es el derecho a la interrupción del embarazo. Existen sin embargo otros supuestos en los que es la misma persona quien puede tomar esta decisión para que la ejecute un tercero: es el caso de la eutanasia. Sin perjuicio de que esta práctica está legislada en apenas unos pocos países o Estados [8], no debemos olvidar que en muchos otros se está evaluando la posibilidad de despenalizarla. Sin ir más lejos, Francia cuenta con precedentes jurisprudenciales que, si bien no hacen lugar a la despenalización, introducen el debate en la sociedad e impulsan la discusión del tema en el propio Parlamento [9]. A diferencia de lo que sucede en el aborto, en los casos de eutanasia el legitimado activo para tomar la decisión vital es el interesado. Si transferimos este criterio al asunto que nos compete, podemos advertir que también el ser por nacer tiene derecho a tomar esa decisión y determinar en qué momento poner fin a su existencia. En estos casos la definición importa la posibilidad de no nacer, es decir, el llamado derecho a no nacer. En el caso "Perruche", Nicolás estaba condenado a padecer una enfermedad incurable, razón por la cual podría haber solicitado la interrupción del embarazo [10]. Como obviamente no puede hacerlo por sí mismo, habrá que determinar quiénes podrán representar al niño por nacer en este acto. Parece evidente concluir que sólo se encuentran legitimados sus representantes legales, es decir, sus padres. La autoridad parental que ostentan les confiere dicha prerrogativa presumiendo que, en principio, son quienes saben más que cualquier otra persona qué es lo mejor para su hijo y cómo proteger su interés [11]. En un Estado como el nuestro, donde el concebido se considera persona desde el momento mismo de la concepción y le son atribuibles todos los derechos inherentes a su calidad de tal, principalmente el derecho a la vida, no podemos admitir este razonamiento, porque el orden público nos prohíbe tomar este tipo de decisiones. No obstante, no ocurre lo mismo en Francia, donde este derecho de tan elevada jerarquía se ve limitado por la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo de la madre. Es decir, en el Derecho argentino decide el Estado por encima del ejercicio de la autoridad parental que compete a los padres. Por el contrario, en el Derecho francés los padres tienen esta responsabilidad y su decisión está por encima de la impuesta por el Estado. En consecuencia, el hecho antijurídico está dado por la imposibilidad de poner fin a la vida del niño, interés lesionado por los profesionales médicos al desinformar a sus padres respecto de la enfermedad incurable que padecería de por vida. b) Factor de atribución: El factor de atribución de responsabilidad es la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto indicado como deudor [12]. Tal factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo. La culpabilidad del autor del daño constituye el sustento subjetivo de la responsabilidad e

importa una situación psicológica del sujeto que se traduce ya sea en la omisión de cierta actitud que habría evitado el daño, o en el obrar precipitado o sin prever por entero las consecuencias que produjo su acción irreflexiva [13]. El factor de atribución objetivo prescinde, por el contrario, de la idea de culpabilidad, modificando el centro del sistema de responsabilidad, que no es ya el reproche moral a la conducta del autor, sino la reparación del daño que sufrió la víctima. No nos detendremos a desarrollar este tema porque excede al objeto del presente trabajo. En el caso que analizamos, entonces, el factor de atribución es subjetivo, y consiste en la culpa cometida por el médico y el laboratorio en la obligación contractual contraída con los padres, que se traduce en dar la debida atención y cuidados conforme a las reglas de la ciencia. c) Daño resarcible: Si bien el fallo no discrimina los rubros y su composición, consideramos que, de acuerdo a las instancias judiciales previas y a los argumentos de los encargados de emitir sus dictámenes previo a la resolución definitiva de la Corte, se hace lugar a la reparación del daño material (daño emergente por los gastos futuros), a la pérdida de chance (por la posibilidad de vida normal a la que no pudo acceder) y al daño moral sufrido. d) Relación de causalidad: En principio, la doctrina mayoritaria entiende que sólo son resarcibles los daños que se hallan en cierta relación de causalidad jurídicamente relevante [14]. Ello quiere decir que debe existir una relación entre el hecho (el incumplimiento) y los resultados que de él derivan, porque no todas las derivaciones de un hecho son atribuibles al sujeto. La cuestión se centra en determinar si, de no existir el hecho antijurídico, los daños producidos se podrían haber evitado. La doctrina francesa, al igual que los autores argentinos, ha distinguido diversas categorías respecto de la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño, a saber: i) La teoría de la equivalencia de las condiciones, por la cual todas y cada una de las condiciones provocan el efecto, de manera que cada una de ellas tiene función de causa del resultado; ii) la teoría de la causa más próxima, donde se atribuye el efecto al último suceso, con lo que el daño aparece conectado de manera inmediata; iii) la teoría de la condición más eficaz, en la que el resultado es atribuible a la más activa de las condiciones; iv) la teoría de la causa eficiente, en la cual es causa de un resultado lo que genéricamente ha establecido un ordenamiento jurídico determinado, y, finalmente, v) la teoría de la causalidad adecuada, que es la que ha sido mayoritariamente receptada por la doctrina y la jurisprudencia francesas mediante la cual sólo la causa preponderante, es decir aquella que comporta la posibilidad objetiva del daño, es punible [15]. Para ser más precisos, entonces, según la teoría de la causalidad adecuada, la relación de causalidad jurídicamente relevante es aquella que existe entre el daño ocasionado y el antecedente que normalmente lo produce, conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos. Se entiende por causa adecuada aquella que por sí sola es apta para producir el efecto que se considera, sin necesitar para ello de otra fuerza que la complete o complemente, debiendo efectuarse la apreciación de tal aptitud productora del resultado atendiendo a lo que corrientemente acaece [16]. En este punto debemos retomar el planteo iniciado cuando tratamos la antijuridicidad, donde habíamos considerado dos supuestos: i) El "derecho a nacer sano", y ii) el "derecho a no nacer". i) En el primer supuesto, la negligencia no pudo ser la causante del daño, ya que la afección física sufrida por el niño fue anterior a la intervención médica. El niño habría nacido con discapacidad cualquiera hubiese sido la información brindada por los profesionales. Por lo tanto, no hay causalidad adecuada entre el hecho médico y el daño ocasionado. ii) Ahora bien, en el segundo supuesto la situación es distinta. Aquí la culpa del médico en su proceder es lo que impide que los representantes legales del niño adopten la medida que ellos crean conveniente, en beneficio de su representado. De no haber mediado negligencia e información inadecuada, Nicolás hubiera podido interrumpir su vida y no hubiera padecido tal discapacidad una vez separado del seno materno. Es preciso señalar que, para la doctrina francesa, entonces, la relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño es amplia: todo aquello que no ha impedido la discapacidad ha contribuido a causarla. En definitiva, la Corte se enrola, una vez más, en la postura doctrinaria que entiende que corresponde extender la sanción y ampliar la nómina de los legitimados pasivos de manera de trasladar el costo del daño de la víctima al victimario [17], adecuando las reglas de la responsabilidad civil a los fines de integrar la idea de justicia.

C) Crítica de la doctrina francesa

La doctrina esbozada por la Corte de Casación a partir del caso "Perruche" no fue bien receptada por la mayoría de los juristas franceses, quienes criticaron el fallo partiendo de diferentes perspectivas. Algunos apuntaron al recaudo de la relación de causalidad directa que debe existir entre el hecho y el daño a los fines de generar responsabilidad. Otros se centraron en la existencia de un perjuicio indemnizable para el niño. Muchos hablaron de eugenesia y de discriminación. Todos ellos tomaron en cuenta cuestiones éticas y morales. Al analizar la responsabilidad desde la perspectiva de la relación de causalidad se ha señalado que la discapacidad del niño Nicolás Perruche tuvo su origen en la contaminación accidental de la rubéola a través del útero materno

(preexistente a la intervención médica), no en la falta médica. Es por ello que se ha dicho que no existe una relación de causalidad directa entre el hecho culposo que se le imputa a los profesionales intervinientes y el daño existente. Siguiendo esta línea de pensamiento, afirmar que la negligencia de los codemandados es la causal del daño porque, sin ella, éste podría haberse evitado, significa imponer a los médicos una obligación de resultado: toda concepción o gestación con intervención médica debe tener como resultado el nacimiento de un niño sano [18]. Ello daría lugar a un sistema de responsabilidad de garantía automática por el cual el nacimiento de todo niño discapacitado podría originar la reparación por parte de los médicos. En este sentido, se ha observado que la negligencia médica no generaría discapacidad. Ésta era congénita, inherente a la persona del niño, quien no ha sido víctima de un acto imputable a una persona determinada, sino de un hecho de la naturaleza. Por tanto, el perjuicio no era jurídicamente reparable. A todo ello cabe agregar que la enfermedad no podría haberse evitado porque no podía tratarse en el útero materno, aun de haber sido detectada a tiempo. Consiguientemente, tampoco puede hablarse de la pérdida de chance del niño, porque éste no tenía ninguna oportunidad de nacer sano o con una discapacidad menor. Por último, y en cuanto al aspecto relativo a la relación de causalidad, la doctrina opositora ha señalado que las reglas de la responsabilidad civil no deben adaptarse a los fines de ayudar a los padres a criar a sus hijos discapacitados. Para ello existen las leyes de la seguridad social. Para algunos autores, el error fundamental del razonamiento seguido por la Corte en el caso "Perruche" se aloja no tanto en la afirmación de la relación de causalidad, que es discutida, sino en la existencia de un daño reparable en la persona del niño, cuestión que queda abierta [19]. En ese punto se mezclan los argumentos jurídicos con los argumentos éticos o morales. Se discute, entonces, cuál es el perjuicio indemnizable. Se dice que como el daño no habría podido evitarse aun de haberse conocido a tiempo la enfermedad, la única alternativa para el niño era nacer con discapacidad, o, a contrario sensu, no nacer. Desde esta perspectiva, entonces, para quienes han criticado severamente la postura de la Corte, la existencia de un perjuicio en el sentido del artículo 1382 del Código Civil francés es dudosa. Ello debido a que, para que exista un daño, la víctima debe establecer que ha perdido algo como consecuencia del hecho imputado al responsable. Al conservar la vida, el niño no ha perdido nada. De lo contrario la muerte deviene en un valor preferible a la vida. Para Aynès Laurent (profesor en la Universidad Panthéon-Sorbonne, Paris), el punto de partida para rechazar la postura de la Corte se encuentra en la inexistencia de un derecho subjetivo en cabeza del niño cuya lesión sea susceptible de generar reparación. Se pregunta este autor cuál es el derecho subjetivo que ha sido violado en este caso. Podría decirse, en principio, que el derecho subjetivo vulnerado es el derecho que tiene toda persona a nacer sano, sin discapacidad. Sin embargo, ésta es una afirmación que no tiene sustento alguno, porque el proceso biológico que determina la salud de un recién nacido escapa, en gran medida, al poder del hombre. La sociedad no tiene medios para asegurar el cumplimiento de un derecho como ése. Lo máximo que puede hacer es procurar que el discapacitado sea bien recibido y otorgarle los recursos necesarios para llevar adelante una vida digna [20]. Según señala Aynès, existe otro derecho subjetivo subyacente en la cuestión: el derecho a no nacer. No obstante -recalca- este derecho no puede ser ejercido por una persona. Es por ello que no puede exigirse su respeto. Se trata de una circunstancia que escapa por naturaleza a las prerrogativas de un individuo, puesto que el ejercicio de todos los derechos subjetivos presupone la existencia de la persona. Por lo tanto, como el niño no es titular del derecho a no nacer, su discapacidad queda fuera del ámbito de la responsabilidad civil. Por último, algunos autores advierten que, si admitiésemos un derecho como ése en cabeza del hijo, sería oponible no sólo a los profesionales, sino también a los padres que deciden llevar a cabo un embarazo a pesar de la existencia de una grave anomalía genética o de un diagnóstico prenatal alarmante. Esta acción conduciría a transformar la facultad de la madre de abortar en una obligación e implicaría una discriminación entre padres de buena calidad biológica y los otros, que deben abstenerse de procrear. No entraremos a analizar los argumentos esgrimidos desde lo meramente ético o moral ya que exceden el ámbito del presente trabajo, en el que evidentemente pretendemos centrarnos en los aspectos relativos a la tutela jurídica de la persona por nacer desde la perspectiva de las normas de la responsabilidad civil.

c) Fallos posteriores de la Corte de Casación

El 13 de julio de 2001 la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación debió expedirse respecto de tres demandas de daños y perjuicios presentadas como consecuencia del nacimiento de tres niños con discapacidades congénitas. Es interesante hacer una breve reseña de tales casos y compararlos con el fallo comentado, observando las similitudes y divergencias que plantean. En el primer supuesto, se trataba de una niña que había venido al mundo con la espina dorsal bífida [21], provocándole ello graves secuelas (paraplejía completa de los miembros inferiores, dilatación de esfínteres e hidrocefalia). Los padres, por derecho propio y en representación

de su hija, iniciaron una demanda contra los médicos ginecólogos, por su negligencia en la interpretación de las ecografías realizadas con posterioridad a la décima semana del embarazo, al no detectar en ellas las anomalías del feto y privar al matrimonio, por tanto, de optar por la interrupción del embarazo debido a estos motivos terapéuticos. En una primera instancia se resolvió favorablemente y se condenó a los médicos a pagar a los padres una suma en concepto de daño material (gastos devengados por la aseguradora médica y pérdida de chance) y de daño moral. Ahora bien, respecto de la indemnización reclamada en representación de la hija, se rechazó la demanda por entenderse que su discapacidad no era consecuencia de la negligencia médica, sino de una enfermedad congénita. Asimismo, se señaló que, aun si los padres hubieran estado debidamente informados, no podría afirmarse de manera cierta que se hubiera autorizado el aborto por motivos terapéuticos porque el diagnóstico de espina bífida había sido hecho en la trigésimo quinta semana de embarazo. La Corte de Apelaciones de Versailles, el 12 de junio de 1997, confirmó la sentencia apelada. En el segundo caso planteado, una mujer había dado a luz un niño que no tenía el brazo izquierdo, y su otro miembro superior derecho presentaba malformaciones. Los padres iniciaron una demanda por daños y perjuicios contra el médico ginecólogo por su negligencia en la interpretación de las ecografías realizadas luego de la décima semana del embarazo, al no detectar la discapacidad de su hijo y privarlos, en consecuencia, de interrumpir voluntariamente el embarazo en curso por razones terapéuticas. La Corte de Apelaciones de Metz, por sentencia del 6 de marzo de 1997, rechazó tanto la demanda de los padres como la del hijo. Señaló que no existía nexo causal entre la negligencia médica y las malformaciones del niño. Advirtió que no era posible afirmar que, de haberse detectado las anomalías, la interrupción del embarazo hubiera sido autorizada a la fecha del diagnóstico, ni tampoco que los padres hubieran pretendido ejercer este derecho. En el tercer caso, se trataba de un niño nacido con una malformación en el miembro superior derecho. Padecía atrofia muscular en los dos tercios inferiores de su brazo, distrofia del codo, y atrofia tanto en el antebrazo (compuesto por un solo hueso) como en la mano, reducida a un dedo. El matrimonio había dado a conocer al médico su decisión de interrumpir el embarazo en caso de presencia de anomalías en el feto porque ya tenían un hijo con discapacidad. El Tribunal de Primera Instancia de Marsella condenó al médico al pago de una indemnización a los padres, por subestimar la malformación descrita y por no haber realizado todo lo necesario para el estudio morfológico del feto, lo que indujo a la pareja a creer que su hijo era sano. Sin embargo, rechazó la reparación para el niño y sus hermanos por la inexistencia de una relación de causalidad directa entre la culpa grave del profesional y el daño causado. La Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence, con fecha del 9 de abril de 1998, confirmó la sentencia apelada. Consideró que la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo es una opción estrictamente personal de la madre y, por lo tanto, no es transferible al hijo. En los supuestos mencionados se plantea nuevamente la cuestión resuelta por la Corte de Casación en el fallo "Perruche", aunque con una nota distintiva: en estos casos las anomalías sufridas por el feto no podían haber sido descubiertas sino después de la décima semana de embarazo. Recordemos que, transcurrido ese lapso, la ley sólo admite la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos con la condición de que dos médicos comprueben que su prosecución pone en grave peligro la salud de la madre o que existe una fuerte probabilidad de que el niño sufra una afección incurable. La Corte de Casación francesa rechazó las demandas interpuestas en los tres casos mencionados, por entender que no se encontraban reunidas las condiciones médicas prescritas por el artículo 2213-1 del Código de Salud Pública a los fines de admitir la interrupción del embarazo. Se resolvió que el requisito previo a la demostración de la existencia de una relación de causalidad entre la negligencia médica y los daños alegados lo constituye, según la ley, la fuerte probabilidad de que el niño por nacer presente una afección reconocida como incurable al momento del diagnóstico. Si este aspecto no puede afirmarse con certeza no es posible concluir que existe una relación de causalidad directa entre el hecho antijurídico y el nacimiento con discapacidad. En las decisiones comentadas precedentemente la Corte mantuvo la tesis sostenida en el caso "Perruche". Sin embargo, rechazó las indemnizaciones solicitadas debido a que no se encontraban cumplidas las condiciones exigidas por la ley para admitir la interrupción del embarazo. En efecto, de manera implícita, la Corte ha realizado una distinción entre dos supuestos diferentes que surgen de la aplicación misma del Código de Salud Pública. En los casos en que la negligencia médica se produjo con anterioridad a la expiración del plazo legal para la interrupción del embarazo por motivos no terapéuticos, habiéndose privado a la mujer de recurrir a tal opción, y suponiendo que ésa fuera su intención, el daño provocado al niño nacido con discapacidad es susceptible de ser reparado cualquiera fuera su discapacidad. En cambio, en los supuestos en que la negligencia médica se produjo luego de transcurrido ese plazo legal (como en los tres últimos casos comentados), el daño provocado al niño nacido con discapacidad no da lugar a reparación alguna, a menos que su discapacidad presente características particularmente graves e incurables que le hubieran permitido a la madre optar por la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. Con posterioridad a los precedentes recientemente analizados, en dos sentencias dictadas el 28 de noviembre

de 2001 la Corte hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios producto del nacimiento de niños con discapacidad. En ambos supuestos se siguió la postura desarrollada en el caso "Perruche". En el primer caso, las circunstancias fácticas fueron las siguientes. Una mujer embarazada advirtió a su ginecólogo que su primer hijo (nacido por cesárea) había sido víctima de una toxemia resultante del mismo embarazo, lo que le había provocado problemas psicomotrices. Señaló, asimismo, que la hermana de su cónyuge tenía síndrome de Down y que temía por la salud de su hijo. Por todo ello, el médico ordenó la realización de los exámenes correspondientes, los que jamás se llevaron a cabo porque la joven perdió prematuramente el bebé. Nuevamente embarazada, la mujer fue atendida por el mismo ginecólogo que, en esta ocasión, omitió ordenar la realización de los exámenes adecuados para detectar alguna irregularidad en la salud del feto. El resultado fue el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Los padres solicitaron la reparación del daño que les había producido la discapacidad de su hijo, pero no demandaron indemnización alguna en representación del niño. El 3 de febrero de 1999 el Tribunal de Clermont-Ferrand hizo lugar a la demanda por daño moral ante el incumplimiento del médico del deber de información que hubiera permitido al matrimonio optar por la interrupción del embarazo. Sin embargo, rechazó la condena por daño material. La sentencia fue confirmada por la Corte de Riom, el 16 de diciembre de 1999, aunque redujo el monto de la indemnización. Respecto de la reparación por el daño material solicitado por los padres por los gastos altísimos que les ocasionaba la crianza y educación de un hijo discapacitado, la Corte siguió el criterio esbozado por el Tribunal de Primera Instancia. En este aspecto, rechazó la demanda por cuanto entendió que el síndrome de Down es una anomalía genética que no pudo haberse evitado aun de haberse realizado los exámenes necesarios. Por lo tanto, consideró que no existía una relación de causalidad adecuada entre la enfermedad del niño y la negligencia médica. Casada la sentencia, la Corte la confirmó en cuanto a la reparación del daño moral y la revocó en lo atinente a la reparación del daño material. Sostuvo que la falta médica consistía en la privación al matrimonio de una información que les hubiera permitido optar por la interrupción terapéutica del embarazo o prepararse para recibir un segundo niño discapacitado. Señaló, finalmente, que la reparación del daño material solicitado era procedente por cuanto la discapacidad del niño se encontraba en relación de causalidad directa con la falta cometida. En el segundo caso resuelto, a diferencia del anterior, la demanda por daños y perjuicios fue entablada por la madre por sí y en representación de su hijo discapacitado. Una mujer de 20 años dio a luz un niño con síndrome de Down. Durante la decimoctava semana del embarazo su médico había ordenado la realización de los exámenes necesarios cuyos resultados, corroborados por las ecografías efectuadas, revelaron una discordancia entre un diámetro biparietal importante y un fémur extremadamente pequeño. Esos resultados eran tan alarmantes que justificaban una consulta especializada en genética. Sin embargo, el médico nada dijo a la paciente. La mujer demandó al ginecólogo por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad ante el Tribunal de Brest. El 11 de marzo de 1998 dicho Tribunal condenó al médico a reparar los daños y perjuicios causados a la mujer ante la falta de información necesaria, al no permitírsele optar por la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, rechazó la reparación a favor del niño argumentando que no se puede hablar de daño ante la ausencia de un interés jurídicamente protegido. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Rennes, con fecha del 15 de septiembre de 1999, confirmó la reparación a favor de la madre e hizo lugar a la indemnización a favor del niño. Se resolvió que el menor había sufrido una pérdida de chance como consecuencia de la falta médica. Esa pérdida de chance -se dijo- no da lugar a una reparación integral, sino sólo del cincuenta por ciento, porque la discapacidad del niño implica que éste goza del derecho a una asignación social especial por parte de la Seguridad Social francesa, que cubrirá parte de sus daños. Asimismo, se señaló que el monto de la asignación debida a título de asistencia de terceras personas debía ser reducido en ocasiones como la planteada, donde la asistencia era brindada por un familiar, por cuanto el niño se encontraba al cuidado de su madre, y no de terceros ajenos a la familia. Por estimar insuficiente el monto del resarcimiento de la mujer, la Corte casó la sentencia. Entendió que la negligencia médica había impedido a la gestante ejercer la opción de interrumpir su embarazo por motivos terapéuticos, estando en relación de causalidad directa con el daño ocasionado al niño por su discapacidad. Respecto del monto de la indemnización, la Corte decidió que la reparación debía ser integral, puesto que el daño del niño no era consecuencia de una pérdida de chance, sino de su discapacidad. El Tribunal concluyó que las asignaciones sociales debidas a título de asistencia de terceras personas no deben verse reducidas por el hecho de que el enfermo se encuentre al cuidado de su madre.

d) Indemnización al niño fruto de la violación de su madre

Luego del análisis de los precedentes mencionados, parece oportuno referirse a un fallo de la Corte de Apelaciones de la ciudad de Caen, del 7 de noviembre de 2000, que hizo lugar a la demanda por daños y

perjuicios causados a una niña nacida producto de la violación de su madre. Si bien este caso no puede asimilarse a los supuestos hasta aquí descritos, guarda estrecha relación con ellos, ya que apunta también a la tutela jurídica de la persona por nacer y a su tratamiento frente al Derecho de Daños. El demandado fue declarado culpable del delito de violación y condenado tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil. Por lo tanto, la Corte de Manche ordenó la reparación de los daños y perjuicios causados a la mujer (víctima directa del delito) y a su hija. Es preciso destacar que, respecto de la indemnización a la víctima del delito, se hizo referencia a una norma específica que dispone que toda persona que haya sufrido un perjuicio resultante de hechos voluntarios o no voluntarios que presenten el carácter material de una infracción puede obtener la reparación integral de los daños sufridos, siempre que se encuentren reunidas las condiciones legales (conf. art. 706-3 del Código de Procedimiento Penal). Apelada la sentencia, ésta fue confirmada. La legitimación de la víctima directa de la violación para reclamar la indemnización no fue discutida. En cambio, la legitimación de la niña, representada por su madre, fue objeto de debate. La madre fundó su recurso en el daño moral casi permanente y en la "discapacidad" (handicaps de la existence) que, según sus estimaciones, su hija sufrirá por ser fruto de una violación. La Corte de Caen resolvió que la niña sufrió un daño moral susceptible de ser reparado, constituido por el carácter necesariamente doloroso que tendrá para ella la evocación en el futuro de su concepción y su nacimiento. Decidió que dicho daño era personal, cierto y se encontraba en relación de causalidad adecuada con el hecho antijurídico. No es difícil apreciar que la sentencia comentada parece inscribirse en la misma lógica de los precedentes hasta aquí comentados. En todos estos casos estamos frente a lo que la jurisprudencia francesa denomina *vies dommegeables* (vidas que causan un perjuicio). Ahora bien, la diferencia es esencial. Si bien en el último fallo comentado la relación de causalidad entre el hecho antijurídico de la violación y el daño parece a primera vista indiscutible, lo que en realidad se reprocha al padre para dar lugar a la indemnización a favor de la niña no es la violación en sí misma, sino el hecho de haber concebido un hijo destinado a sufrir desde sus orígenes [22]. Podría concluirse, entonces, que la responsabilidad existe en el hecho de la violación, no en el hecho de la concepción. La noción de culpa en este caso se desdibuja, más aún si consideramos que dentro del ámbito de la legislación francesa la madre podría haber interrumpido su embarazo y no lo hizo. Si admitiésemos, entonces, la responsabilidad paterna por la concepción y el nacimiento de una niña destinada a sufrir durante toda su existencia, podría pensarse en admitirse la responsabilidad de la misma madre, quien pudo haber optado por no tener a su hija y, sin embargo, siguió adelante con el embarazo. Este último argumento es insostenible, porque mientras la violación es un delito, el proteger la vida no lo es y no existe obligación alguna de abortar. La reparación aceptada en un sentido tan amplio podría no tener límite alguno y generar situaciones de notable injusticia. Pensemos por ejemplo en la responsabilidad de la madre por cometer adulterio y tener un hijo fruto de la relación extramatrimonial, o en la responsabilidad de los padres por traer al mundo un hijo en un contexto social de pobreza y marginación, o dentro de una familia desquiciada por el divorcio de los progenitores, etcétera. En todos los supuestos mencionados nadie puede negar que hay daño, que los niños serán víctimas de sufrimiento y dolor moral, en cierta medida, por los hechos de sus propios padres. Sin embargo, ¿podría hablarse aquí de discapacidad? Parece excesivo hacerlo. Estos niños deberán padecer situaciones de dolor y sufrimiento como cualquier ser humano, con posibilidades de superar tales problemas, ya sea por medio de ayuda terapéutica, familiar o social. No se trata de personas cuyas vidas vayan a ser notablemente afectadas por una discapacidad permanente, ni que vayan a requerir de la necesaria atención de un tercero para poder desenvolverse cotidianamente.

III. Jurisprudencia norteamericana

En oportunidad de tratar la responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes [23], hemos efectuado un *racconto* de los diversos antecedentes que en materia de daños al feto se han presentado en la jurisprudencia norteamericana [24]. Sin perjuicio de remitirnos a lo allí expuesto, hemos de recordar que durante una primera etapa, que va desde el año 1884 al 1946, la justicia de los EE. UU. fue reticente en admitir la indemnización de los daños causados por terceros al embrión en gestación. Se adujo que éste aún era parte de su madre cuando se producía el hecho dañoso, de quien sólo se separaba con el nacimiento, y que, en todo caso, el daño se habría causado a la madre y no al hijo por nacer [25]. A ello se añadió la ausencia de precedentes favorables en la materia. A partir del año 1946 se observa una reconsideración de tal doctrina. Numerosos planteos fueron receptados otorgando el resarcimiento de los daños causados por terceros al feto nacido con vida [26]; adoptándose, posteriormente, el criterio de la viabilidad a fin de sostener la independencia del daño al feto [27]. Se dijo, entonces, que el feto viable debía ser considerado como una entidad independiente de su madre. Incluso no faltaron decisivos en que se admitiera la acción por

daños padecidos durante un estadio anterior al desarrollo fetal preciable [28]. Más recientemente, se llegó a conferir indemnizaciones por perjuicios a un embrión viable causados por daños a la madre anteriores a la concepción del hijo [29]. Resta por mencionar el precedente de la Suprema Corte de Michigan, in re "Grodin vs. Grodin" (1980), ya no referido a daños causados por terceros sino por la propia progenitora. En el mismo se afirmó que sobre esta última pesaba la obligación de reparar los daños prenatales causados a su hijo -en el caso, por la dentadura marrón y descolorida que desarrolló el mismo-, a raíz del consumo por parte de la gestante de Tetracycline durante su embarazo.

1. La decisión en "Stallman vs. Youngquist"

No obstante el panorama existente en los estrados norteamericanos, los cuales admiten el resarcimiento de los daños prenatales causados por terceros, e incluso han llegado a afirmar el deber de indemnizar los mismos frente a la madre, la Suprema Corte de Illinois desconoció el derecho del feto, posteriormente nacido con vida, a accionar por negligencia prenatal contra su progenitora. En el decisorio se cuestionan fuertemente los fundamentos esgrimidos por la Corte de Michigan en el caso "Grodin vs. Grodin" (1980). El tribunal de Illinois entiende que en dicho precedente se incurrió en un grave error al no prever las enormes implicancias aparejadas al trato de la embarazada como una total extraña en relación al hijo que llevaba en su vientre. Se hace hincapié, entonces, en que la relación entre ambos no es comparable con la existente entre cualquier otro actor y demandado. Que la vida de ningún otro eventual lesionado depende exclusivamente del supuesto ofensor, a diferencia de lo que acontece frente a su madre, siendo que cada momento y acto de la embarazada es determinante del ambiente prenatal y consecuente desarrollo del embrión. Por tales razones, se afirmó que el feto no puede ser dañado en forma independiente de la misma cuando está en su seno, por lo cual el Derecho no puede considerarlo como una entidad completamente separada de aquélla. En su voto, el juez Cunningham [30] sostuvo que la imposición de la obligación de cuidado en tal contexto infringiría los derechos de privacidad e integridad física de la madre. Que el reconocimiento legal del derecho del hijo a comenzar la vida sano, tanto física como mentalmente, afirmado contra su progenitora, necesariamente implicaría el establecimiento de una correlativa obligación legal a cargo de esta última, quien debería brindarle a aquél el mejor ambiente prenatal posible. Hemos de destacar especialmente que, en opinión de la Corte, la adopción de tal criterio dejaría sujeto al escrutinio estatal y judicial todas las decisiones de la mujer que pudieran atentar contra el desarrollo de su futuro hijo -a cuyos efectos sería menester fijar un estándar de conducta-, convirtiendo a la embarazada en garante de la salud del hijo. Se añade que, de tal modo, madre e hijo por nacer se convertirían en adversarios legales desde el momento de la concepción hasta el alumbramiento. Empero, nada de ello ha tenido recepción legal alguna en los Estados Unidos. Por último, se enfatiza que el acogimiento de tal responsabilidad colocaría a la sociedad al borde del abismo, llenando los juzgados con interminables causas judiciales de esa especie. Concluye el tribunal que, en su caso, tal deber de cuidado y correspondiente estándar jurídico de conducta habría de venir por el camino de un pronunciamiento legislativo y no judicial; resaltando que la vía a seguir a fin de obtener el nacimiento de hijos sanos es la previa al hecho dañoso, mediante la educación de las mujeres y familias acerca del desarrollo y cuidado prenatales.

2. "Bonte vs. Bonte" (1992): Suprema Corte de New Hampshire

Una vez más se observa la división de las opiniones en la justicia norteamericana, en oportunidad de resolver la Suprema Corte de New Hampshire la acción impetrada por un menor contra su madre, reclamando la indemnización de los daños prenatales consecuencia de su obrar negligente [31]. En dichos autos un menor impetró acción contra su madre, quien estando embarazada de siete meses le ocasionó daños a consecuencia de su negligencia al cruzar la calle, al no hacerlo por la vía habilitada al efecto. El pronunciamiento final acogió la acción por tres votos a favor y dos en contra. El magistrado Thayer, a cuyo voto adhirió la mayoría, sostuvo que en su país se ha reconocido el derecho del niño nacido con vida a demandar contra otro el resarcimiento de los daños sufridos mientras estaba en el útero materno, como también el derecho del hijo a demandar a sus progenitores por los daños imputables a su actuar negligente. De ello se sigue que un niño nacido con vida se encuentra habilitado para accionar por los daños causados por su progenitora, que resulten imputables a su conducta negligente, aun mientras se encontraba en el vientre materno.

3. "Cates vs. Cates" (1993): Suprema Corte de Illinois

En "Cates vs. Cates" (1993), la Suprema Corte de Illinois aboga parcialmente la inmunidad parental, en el contexto de una acción impetrada por un menor contra la sucesión de su padre fallecido, por la negligencia en la conducción de su vehículo. Dijo el superior tribunal que "la inmunidad debe permitirse solamente en protección de las conductas inherentes a la relación padres-hijos", y que "cuando dicha relación se ve disuelta por la muerte, carece de sustento su aplicación". La mención de este fallo presenta particular interés en vista de que la Corte al referirse a su anterior decisorio en "Stallman vs. Youngquist" (1988) hace expresa salvedad de que en este último caso fue innecesario abocarse al tratamiento de la cuestión concerniente al estado de la doctrina de la inmunidad parental, ya que el pleito fue rechazado en orden a la ausencia de un deber legalmente reconocido, a cargo de la mujer embarazada, y en relación al desarrollo y cuidado del feto.

4. "Cullotta vs. Cullotta (administrator of the estate of Shelley Cullotta, deceased)" (1997): Corte de Apelación de Illinois

La representante legal del menor Mark Cullotta demandó a la sucesión de Shelley Cullotta (madre del menor accionante), a quien imputó responsabilidad por los daños causados a su hijo durante su gestación. Los daños prenatales objeto de reclamo tuvieron origen en un accidente automovilístico protagonizado por la futura madre, y a consecuencia del cual se produjo el nacimiento prematuro del menor. La actora invocó el precedente "Cates vs. Cates" (1993), argumentando que Shelley Cullotta tenía un razonable deber de cuidado en miras del bienestar del hijo que llevaba en su vientre, y que su posterior fallecimiento tornaba improcedentes las consideraciones políticas que fundaron la decisión in re "Stallman vs. Youngquist" (1988). Por su parte, la demandada alegó como defensa la falta de acción y derecho a demandar a la progenitora por daños prenatales no intencionales (absence of cause of action). Precisamente, la cuestión central sometida a consideración del tribunal es la que mayor interés presenta en el tema en tratamiento. En efecto, la Corte de Apelación se preguntó concretamente si la abrogación parcial de la inmunidad parental establecida en "Cates vs. Cates" implicó el reconocimiento del derecho a demandar el resarcimiento de los daños prenatales, no intencionales, contra la sucesión de su fallecida madre. La Corte consideró que la afirmación de la actora evidenciaba una fundamental confusión de la distinción existente entre el derecho a demandar ("cause of action") y el efecto de la inmunidad respecto de tal derecho previamente reconocido. En su opinión, en una acción por negligencia no resulta suficiente que la actora demuestre que ha sido dañada como consecuencia del error en la conducta del demandado, sino que debe alegar y probar que ese daño es el resultado de la violación a una obligación de cuidado que le es debida por parte del ofensor [32]. Por el contrario, la existencia de inmunidad no destruye el derecho a accionar, sino que permite al causante del daño plantear una defensa que, a la postre, impide el resarcimiento del perjuicio ocasionado. La acción imputada sigue siendo dañosa en esencia, pero en vista de la protección particular del demandado, o por los intereses que éste representa, no es viable la acción indemnizatoria. En suma, la existencia de un deber reconocido legalmente constituye un prerrequisito de la existencia misma del derecho al reclamo. Teniendo en cuenta tal distinción, la Corte de "Cullotta" expresó que el punto a dilucidar era si al momento del hecho imputado a la madre, ésta tenía frente a su hijo por nacer un deber de cuidado [33]. Estimó, entonces, inatendible la invocación del fallo "Cates vs. Cates", ya que éste apuntó a la aplicación de la doctrina de la inmunidad parental. Contrariamente, juzgó relevante el criterio plasmado en "Stallman vs. Youngquist", en el cual claramente y sin equivocación se sostuvo que ninguna obligación legal pesaba sobre la embarazada, en virtud de la cual debiera ejercitar un razonable cuidado a fin de evitar un daño no intencional al feto. Consecuentemente, el hijo nacido con vida carecía de derecho a reclamar el resarcimiento de los daños prenatales causados por la conducta negligente de su progenitora.

5. "Parental Immunity Doctrine"

Del detenido análisis de los precedentes reseñados se advierte la nítida distinción que los tribunales de los Estados Unidos formulan entre la doctrina de la inmunidad parental y el reconocimiento del derecho a demandar a los progenitores por daños prenatales. En el sistema del common law norteamericano, la doctrina en cuestión es elaborada a partir de una trilogía de casos conformada por los siguientes fallos: in re "Hewellette vs. George" (1891) -dictado por la Suprema Corte de Mississippi [34]-, "McKelvey vs. McKelvey" (1903) -Corte de Tennessee [35]-, y el precedente "Roller vs. Roller" (1905) -resuelto por la Corte de Washington [36]-. La misma vino a prohibir los pleitos interfamiliares, en un intento de proteger tanto las relaciones paterno-filiales como la existente entre los cónyuges u otros miembros del núcleo familiar. Es así que, tradicionalmente, un hijo no podía llevar una acción por daños contra sus padres ante la justicia del citado país. Sin embargo, huelga reiterar que esta regla no

es admitida por todos los Estados, observándose diversas variantes en el panorama legal estadounidense. Cabe señalar, entonces, que si bien existen distritos que reconocen una completa e irrestricta inmunidad, en la actualidad numerosos Estados la han abrogado total o parcialmente, no faltando aquellos que nunca adoptaron la parental immunity [37]. Al comentar el caso "Stallman vs. Youngquist", los autores suelen señalar que el fundamento del rechazo reside en la aplicación de la doctrina de la inmunidad parental. A nuestro parecer, ello no resulta del todo exacto. En tal sentido, resulta pertinente subrayar que en el common law la parental immunity -al igual que todo otro supuesto de inmunidad- constituye un valladar en virtud del cual el demandado repele el resarcimiento de los daños, por la violación de un deber que pesa sobre el mismo respecto del sujeto lesionado. Ésta entra a jugar a modo de defensa de quien es deudor de una obligación de cuidado, frente al reclamo de quien tiene derecho a exigir la observancia de tal deber, y a demandar los daños resultantes de su violación. Por ende, la acción habría de prosperar de no ser por la implementación, por consideraciones públicas, de una inmunidad. Su abrogación, ya sea total o parcial, no importa, por sí sola, el reconocimiento de una obligación legal de cuidado donde ésta no existía antes, sino que simplemente remueve una invalidez que previamente excluía el resarcimiento [38].

IV. La cuestión de los daños a la persona por nacer producidos por la madre desde el punto de vista del Derecho argentino

No conocemos precedentes patrios que hayan decidido sobre los daños producidos a la persona por nacer por la culpa de la propia progenitora. Por lo que analizaremos la cuestión desde el punto de vista teórico. La primera cuestión a dilucidar es si existe un deber de cuidado de la mujer embarazada respecto al feto y futuro hijo, nacido con vida. Advertimos que en la materia se debe ser muy cauto porque la responsabilidad en análisis implica una severa intromisión en la vida de las mujeres embarazadas, con potenciales efectos dañosos de la unidad familiar. Sobre el particular hay que tener en cuenta que la realidad biológica muestra que sólo la mujer puede estar embarazada y dar a luz a un niño, por cuanto la relación entre la mujer en tal condición y su futuro hijo es verdaderamente única. Como consecuencia de ello, no puede haber analogía significativa entre la acción de un chico por negligencia prenatal contra un tercero y la idéntica acción contra su madre. Normalmente las conductas desplegadas por una embarazada están inextricablemente ligadas a su rol familiar, su vida laboral, sus derechos de privacidad e integridad física, y la toma de decisiones autónomas. En general pensamos que la imposición de responsabilidad habría de traer profundos efectos sobre cada mujer embarazada y sobre la sociedad en general; consideramos que el mejor rumbo a tomar es mantener el deber de la madre frente a su hijo por nacer como una obligación moral, que en la mayoría de los casos es ya libremente respetada sin coerción legal. Por otra parte es prácticamente imposible articular un estándar de conducta con el cual juzgar la desarrollada por la embarazada. Al efecto, una regla basada en una "razonable mujer embarazada" abriría un espectro de responsabilidad por daños atinentes a las elecciones de vida de la mujer, y socavaría sus derechos de privacidad y autonomía. Hay que tener en cuenta que "resulta claro que puede esperarse que todo acto carente de cuidado u omisión de la embarazada tenga un impacto negativo en el desarrollo del feto. En realidad, la misma existencia del feto depende de la madre". Pero nos preguntamos, entonces, ¿puede la madre ser responsable por los daños por irregularidades en su alimentación que no provean de los mejores nutrientes para el feto?, o ¿es factible exigirle se abstenga de fumar, de consumir drogas o alcohol durante la gestación?, o ¿es viable la obligación de la embarazada de evitar ejercicios extenuantes, o mantener relaciones sexuales sin la debida protección del feto? A ello se suman las posibles negligencias en que pudiera incurrir la gestante en los quehaceres domésticos y ámbito familiar, o incluso en su desempeño laboral. En principio, y sin perjuicio de advertir que cada caso merece un tratamiento particularizado, pensamos que no resultaría racional ni habría límites para las clases de reclamos que podría traer tal deber de cuidado impuesto a la progenitora [39]. Si tal derecho a la reparación de los daños prenatales fuera permitido, cada aspecto de la vida de la embarazada podría ser sujeto al escrutinio externo y juzgamiento por parte de los tribunales. La Corte de los Estados Unidos resolvió en el caso "Ferguson vs. City of Charleston" que no era procedente la intervención del Estado ante el consumo de drogas por una mujer embarazada [40], señalando que un programa desarrollado y ejecutado en el Estado de Carolina del Sur para detectar consumos de drogas por parte de mujeres embarazadas violaba la cuarta enmienda que protege a todos los americanos de cualquier intromisión en su vida privada, y de esta forma afirmó el derecho a tratamiento médico bajo parámetros de confidencialidad. "Casi todas las asociaciones médicas de los Estados Unidos [41] han manifestado su oposición a los métodos punitivos en relación al abuso del consumo de drogas durante el embarazo. Diferentes investigaciones y estudios científicos realizados exhiben que frente a la amenaza de prisión las mujeres embarazadas que consumen cocaína deciden evitar los controles prenatales así como los

postnatales. De este modo, se lesiona el derecho a la salud del hijo por nacer así como del recién nacido. En este caso en particular, aun cuando la policía, el equipo médico hospitalario y el cuerpo de fiscales sostenían que el objetivo principal del proyecto era proteger la salud del por nacer, los resultados obtenidos señalan justamente lo contrario" [42].

V. Conclusión

A lo largo del presente trabajo hemos comentado el tratamiento y tutela jurídica que ha recibido la persona por nacer frente al Derecho de Daños en la jurisprudencia francesa y norteamericana. De los comentarios jurisprudenciales realizados advertimos que tanto en países que pertenecen al Derecho continental europeo como en los que responden al sistema del common law se advierte que existe una tendencia común en materia de responsabilidad civil: la flexibilización de los presupuestos clásicos de la responsabilidad y, en particular, la objetivación de la relación de causalidad. La finalidad de esta corriente, de carácter universal, es trasladar el costo del daño de la víctima al dañador. El fundamento de la reparación del daño es el genérico del ordenamiento jurídico: la noción de justicia. Cuando el acreedor recibe la indemnización, recibe lo suyo, pues ha sufrido un menoscabo. Como hemos adelantado, no nos detuvimos a analizar las cuestiones éticas y morales que el tema suscita, porque ello excede el marco del presente trabajo. Más allá de las opiniones personales, no podemos dejar de advertir la importancia de la cuestión planteada, que indudablemente es fuente de diversos debates. Cada vez son mayores los legitimados para accionar y más amplias las reparaciones que los acontecimientos antijurídicos generan. Es importante señalar que no todos los supuestos son asimilables y que cada caso concreto (como hemos visto mediante el análisis precedente) puede suscitar respuestas distintas por parte de los juristas. El Derecho es un instrumento limitado y más acotada aún es la sentencia que puede elaborarse a partir de un ordenamiento jurídico dado. La actuación del juez apunta evidentemente a obtener en todos los casos la solución más justa posible, obviamente dentro del marco normativo, doctrinario y jurisprudencial que resulte aplicable. El criterio judicial será, entonces, una herramienta altamente eficaz para obtener una reparación equitativa ante la existencia de un daño injusto. Las personas por nacer y los niños en general son quienes se encuentran más indefensos ante quienes les ocasionan daños. Es por ello que no basta proteger a sus representantes legales, sino que es preciso amparar a los mismos niños y ordenar el resarcimiento de los perjuicios que éstos sufran, teniendo en cuenta su interés superior. Sin perder de vista que también se debe proteger la intimidad materna y que no es jurídicamente correcto condenar a toda madre por el daño sufrido por su hijo a causa de su conducta en el embarazo, ya que es imposible establecer un estándar de conducta con el cual juzgar la desarrollada por la embarazada. Sin perjuicio del examen particularizado de cada caso para determinar los presupuestos de la responsabilidad civil, pensamos que una regla basada en una "razonable mujer embarazada" abriría un espectro de responsabilidad por daños atinentes a las elecciones de vida de la mujer, y socavaría sus derechos de privacidad y autonomía.

- [1] CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 6; TERRÉ, François, L'enfant de l'esclave. Génétique et Droit, Flammarion, Paris, 1987, p. 15.
- [2] El artículo 29 del Código Civil español establece que "el nacimiento determinará la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". A su vez, el artículo 30 de dicho ordenamiento dispone que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".
- [3] Sobre el tema del wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy nos remitimos al Capítulo XI del libro Daños en el Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 429-456.
- [4] Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 21.
- [5] Conf. GALÁN CORTÉS, Julio César, El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios, Colex, Madrid, 1997, p. 19, cit. por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica, en E. D. del 26-4-2002, p. 1.

-
- [6] Ver supra, punto II.1.
- [7] Conf. Rapport de Pierre Sargos, conseiller rapporteur à la Cour de Cassation, arrêt "Perruche".
- [8] Holanda, el Estado norteamericano de Oregon y recientemente Bélgica legislaron sobre la materia. Las leyes belga y holandesa posibilitan al paciente que sufra una enfermedad física o psíquica constante e incurable obtener la ayuda de un médico para poner fin a su vida.
- [9] Fallo comentado por Alicia Carnaval en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 21, Bioética y Derecho de Familia, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 217.
- [10] Veamos que este requisito de estar frente a una enfermedad incurable es coincidente tanto para los casos de eutanasia como para los supuestos de aborto en embarazos avanzados.
- [11] En este sentido ver HERRERA, Marisa y REVSIN, Moira, El caso "Perruche", de la Corte de Casación francesa. "...Una decisión revolucionaria sin precedentes en el mundo...", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 21, p. 225.
- [12] Conf. ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., Curso de Obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 180.
- [13] Conf. ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. I, ps. 205 y 210.
- [14] Conf. ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. I, p. 289.
- [15] Conf. Rapport de Pierre Sargos cit.
- [16] Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 306.
- [17] Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares, en Revista de Derecho de Daños, N° 2001-2, Daños en las relaciones de familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 7.
- [18] Conf. Conclusions de Jerry Sainte-Rose, avocat général à la Cour de Cassation, arrêt "Perruche".
- [19] Conf. LAURENT, Aynès, Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation, p. 3.
- [20] Conf. LAURENT, ob. cit., p. 4.
- [21] Malformación congénita que consiste en la fisura de uno o más arcos vertebrales posteriores, que puede complicarse en una hernia de meninges o de la médula espinal.
- [22] Conf. SÉRIAUX, Alain, Victimes de dommages résultant d'une infraction, en Jurisprudence del 2-1-2002, N° 1, p. 32.
- [23] HOOFT, Irene, Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes (coord. y superv. por Graciela Medina), en Revista de Derecho de Daños, N° 2001-2, p. 217.
- [24] Ver LOQUIST, Sarah J., The wrongful death of a fetus: erasing the barrier between viability an non-viability, Washburn University School of Law, 1997.
- [25] Cabe citar aquí el primer precedente, in re "Dietrich vs. Inhabitants of Northampton" (1884) -Suprema Corte de Massachusetts-, al cual siguieron "Allaire vs. St. Luke's Hospital" (1900) -Corte de Illinois- y "Buel vs. United Railway Co" (1913) -Suprema Corte de Missouri-.
- [26] En tal sentido: "Bronbrest vs. Kotz" (1946) -Corte Distrital de Columbia-; "Amann vs. Faidy" (1953) -Corte de Illinois-.

-
- [27] Por el criterio de la viabilidad, en virtud del cual se confiere resarcimiento a los daños al feto viable: "Amann vs. Faigy" (1953) -Corte de Illinois-; "Steggall vs. Morris" -Suprema Corte de Missouri-; "Williams vs. Marion Rapid Transit Inc." -Corte de Ohio-; "Hale vs. Manion" -Corte Suprema de Kansas-.
- [28] "Daley vs. Meier" (1961) -Tribunal de Apelación de Illinois-; "Farley vs. Startin" -Suprema Corte de West Virginia-; "Wiersma vs. Maple Leaf Farms" -Suprema Corte de South Dakota-.
- [29] La Corte de Apelación de Michigan, in re "Martín vs. St. John Hospital & Medical Center Corp.", lo hizo por daños prenatales como consecuencia de la ruptura del útero materno debido a una intervención quirúrgica efectuada con anterioridad a la concepción del niño. Se dijo en tal oportunidad que, aun cuando la madre había sido dañada con anterioridad a la concepción, el daño al feto no habría ocurrido de no haber sido por el causado previamente a su progenitora. En sentido coincidente, la Corte de Illinois, en el caso "Renslow vs. Mennonite Hospital" (1977). Asimismo, la Corte de Apelación de Tennessee, in re "Estate of Julie Amos and Ronald Amos vs. Vanderbilt University Inc. Medical Center" (2000), admitió la acción por wrongful birth impetrada por la madre, quien había sido infectada con el virus HIV al ser transfundida durante una operación estética en el nosocomio demandado, en agosto de 1984. En el tiempo en que se realizó la operación el virus no había sido aún aislado y no resultaba posible el control de la sangre antes de su transfusión. En la primavera de 1985 éste fue aislado y Vanderbilt adoptó las medidas tendientes a su testeo, pero no informó a la actora acerca del riesgo de ser portadora del virus HIV. Con posterioridad, la accionante contrajo matrimonio, en cuyo seno se concibió su hija -Alison-, quien contrajo la enfermedad, falleciendo dos meses después.
- [30] "Stallman vs. Youngquist", 531 N. E. 2d. 355 (1988), ps. 559-60.
- [31] 616 A. 2d. 464 (1992).
- [32] A fin de clarificar el fundamento esbozado por la Corte de "Cullotta", es dable transcribir la aclaración efectuada en el fallo, en el cual se dijo que: "el deber (duty) es una obligación legalmente impuesta para conformar cierto estándar de conducta a fin de proteger a otros contra un irrazonable riesgo de daño ('O'Hara vs. Holy Cross Hospital' -1990-), cuya existencia y alcance constituyen una cuestión de Derecho a determinar por la Corte ('Barnes vs. Washington' -1973-). Cuando bajo los hechos invocados, ningún deber de cuidado es debido al actor por el demandado, no existe derecho a demandar ('Pelma vs. Griesheimer' -1982-)."
- [33] Tal deber de cuidado debe existir, a los fines de la procedencia de la acción, al momento del acto que motiva el reclamo ("The existence of a legal duty sufficient to support a tort claim is determined at the time of the action giving rise to the claim" -Zimmermann vs. Netermeyer', 122 Ill. App. 3d. 1042, 1048, 462 N. E. 2d. 502 [1984]-; "A duty to protect against the foreseeable risk of harm to another either exists at the time of the occurrence, or it does not exist at all" -Cullotta vs. Cullotta-).
- [34] "Hewellette vs. George" (1891), 68 Miss. 703, 711, 9 So. 885, en el cual se pensó que a fin de proteger y mantener el reposo y tranquilidad familiar, y el mejor interés de la sociedad, debía prohibirse al hijo menor efectuar reclamos judiciales por daños sufridos en manos de su padre. En el caso se rehusó la acción del menor contra su madre, por su internación maliciosa en una institución psiquiátrica.
- [35] "McKelvey vs. McKelvey" (1903),: 111 Tenn. 388, 77 S. W. 664, fallo en el cual se denegó al menor el derecho a demandar a sus padres por tratos crueles e inhumanos.
- [36] "Roller vs. Roller" (1905), 37 Wash. 242, 79 P. 788, decisorio que desconoció el derecho del hijo a demandar a su padre, quien lo había raptado.
- [37] Sobre las diversas variantes legislativas y jurisprudenciales en torno a la doctrina de la inmunidad parental en los EE. UU., nos remitimos a la exposición efectuada en el punto II.3 del trabajo titulado Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes cit., ps. 225-28. Puede asimismo consultarse: HARDY, Benjamin H. -Research Analyst-, Parental Immunity, en OLR Research Report del 4-6-99, y PEARSON KLEIN, Katie, Interpousal torts, Advance Family Law Course, Dallas, Texas, 1995.

-
- [38] Ver "Nathan vs. Nathan" (1984), Suprema Corte de Oklahoma; "Cates vs. Cates" (1993), Suprema Corte de Illinois; "Cullotta vs. Cullotta" (1997), Corte de Apelación de Illinois.
- [39] Destaca el magistrado Cory que la potencial expansión de la responsabilidad maternal por conductas negligentes que afecten al embrión ha sido reconocida por el profesor KERR, Ian R., Prenatal fictions and post-partum actions, 1998, 20 Dal. L. J. 237, ps. 270-271.
- [40] Suprema Corte de EE. UU., "Ferguson vs. City of Charleston", 21-3-2001, comentado por SCHERMAN, Ida, ¿Es admisible el control del Estado ante el consumo de drogas por parte de una mujer embarazada?, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 21, p. 215.
- [41] American Medical Association, American Academy of Pediatrics, entre otras; Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 21, p. 215.
- [42] SCHERMAN, ¿Es admisible el control del Estado... cit., p. 215.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.