

WRONGFUL LIFE: ¿PUEDE LA VIDA SER UN DAÑO RESARCIBLE?

ARTÍCULO

*Emanuel Rier Soto**

I.	Introducción.....	145
II.	La historia de <i>Wrongful Life</i>	148
III.	Los elementos de la causa de <i>Wrongful Life</i> : Argumentos a favor y en contra.....	162
IV.	Puerto Rico y la acción por <i>Wrongful Life</i> : ¿Podría adoptarse la acción en Puerto Rico?	165
V.	Conclusión: ¿Se debe traer este tipo de acciones a Puerto Rico?	168

I. Introducción

Un matrimonio concibió a su hijo en el año 2007. Durante el primer trimestre del embarazo, la señora esposa fue diagnosticada con sarampión. Al reunirse con su ginecólogo-obstetra, le comentó a éste que desconocía si su condición era sarampión o sarampión alemán, también conocido como rubéola. Esta última es extremadamente peligrosa en los primeros tres meses del embarazo ya que puede causarle serios problemas al feto, tales como el síndrome de rubéola congénita. El galeno la examinó y le ordenó a la señora un examen de sangre cuyos resultados indicaron que la señora había sido contagiada con rubéola en el pasado. En su interpretación, el médico le dijo a la señora que ella había desarrollado una inmunidad a la rubéola cuando niña, en vez de ordenarle otros exámenes para hacer un diagnóstico más informado. De haber realizado otros exámenes, dicho médico hubiera tenido ante sí prueba suficiente que hubiese demostrado que el contagio era reciente.

Desconociendo su verdadero estado clínico y confiando en el diagnóstico de su ginecólogo-obstetra, la señora continuó con su embarazo y su hijo nació el 26 de

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. A mis padres, Percy y Lydia, y a mi futura esposa, Ana. Gracias por siempre mostrarme el norte.

diciembre del 2007. Ya para enero del 2008, se le diagnosticó al menor con el síndrome de rubéola congénita, condición que le causó problemas de audición (sordera) y de visión (cataratas), además de problemas cardíacos. Sus padres no tenían causa de acción, ya que el término prescriptivo para ésta había vencido, con lo cual el niño, a través de sus padres, demandó al doctor en una acción de daños y perjuicios. Alegó que por negligencia, el médico privó a los padres la opción de terminar el embarazo. Busca que le resarzan los daños por su propio dolor y sufrimiento, por el de sus padres y por los gastos médicos y de cuidado en los que sus padres han incurrido e incurrirán durante su vida.¹

Ante un cuadro fáctico como éste, la controversia que surge es la siguiente: **¿Es un médico responsable, en una acción en daños y perjuicios llevada a cabo por o en representación de un niño que nazca con una enfermedad congénita, por los daños que sufra dicho niño si no se le realizaron las pruebas pertinentes a la madre que hubieran anticipado que el niño iba a nacer con ese tipo de enfermedad y por ende, le prohibió a la misma la decisión de abortar al niño?** Ante una controversia como ésta, algunas de las preguntas a contestarse son: ¿Puede la vida ser un daño? De determinar que sí lo es, ¿cómo se resarce ese daño? ¿Tiene el médico una responsabilidad con un niño desde antes que el niño nazca o la responsabilidad es con los padres? De determinar que la responsabilidad es con el niño o con ambos, ¿debe ser el médico responsable por los daños ocasionados, incluyendo el daño de la vida? Diversas jurisdicciones a través de los Estados Unidos (EE. UU.) han atendido esta controversia, a través de la acción torticera que lleva el nombre de *Wrongful Life*. Dicha acción se ha definido de la siguiente manera:

[A] negligence claim asserted by a child who suffers from birth defects, such as painful and debilitating diseases resulting from a physician's malpractice in failing to inform the mother of potential birth defects, either preconception or during pregnancy, and consequently, depriving her of the option of avoiding conception or terminating the pregnancy.²

Es decir, que esta negligencia que se le imputa al médico no es porque falló en diagnosticar y curar la condición congénita del niño, sino que falló en proveerle la información completa a los padres de éste sobre la condición.³ Para que prevalezca la acción, se tiene que alegar que los padres no hubieran seguido con el embarazo si hubieran estado bien informados sobre la condición del niño.⁴ En teoría, una acción de *wrongful life* demuestra el marco por el cual un niño puede recuperar tanto los daños especiales y generales después de convencer al juez de los hechos, que habría sido mejor no haber nacido que estar viviendo con una condición

¹ Hechos basados en *Procanik by Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755 (N.J. 1984).

² Deana A. Pollard, *Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence*, 55 Ala. L. Rev. 327 (2003).

³ *James G. v. Caserta*, 332 S.E.2d 872, 881 (W.Va. 1985).

⁴ Pollard, *supra* n. 2, pág. 328.

severa.⁵ Existen dos categorías en las que se pueden distinguir una acción por *wrongful life*. En cuanto a esto, se ha dicho que:

The first consists of cases in which the physician is actually aware of the reasonable prospect of a congenital disorder, either because of a prior delivery in which the infant was defective or because of prenatal testing that disclosed a defective condition. In this situation, there is foreseeability of the birth defect. The second category concerns cases in which the elements of a potential congenital disorder are present, but not diagnosed. This failure to diagnose may be due either to the physician's failure to use such diagnostic techniques as amniocentesis or ultrasound, or to his failure to properly interpret the tests when administered.⁶

Para establecer un caso *prima facie*, bajo el sistema de *tort* en el *common law*, el niño con la condición debe alegar y probar: 1) que el doctor tenía la obligación de ofrecerle el debido cuidado médico al niño; 2) que el médico incumplió con dicha obligación; 3) que nacer con la condición congénita es un daño; y por último, 4) que el incumplimiento del médico al no ofrecer un debido cuidado es la causa próxima del nacimiento del niño.⁷

Es importante destacar que bajo esta acción, el niño es quien reclama por sus propios daños. Esta acción no debe confundirse con una acción de *wrongful birth*, la cual es esencialmente igual, la única diferencia es que en esta última los daños que se reclaman son los de los padres en su carácter personal.⁸

El propósito de este trabajo es explorar la doctrina de las acciones por *wrongful life* para determinar si objetivamente puedo dar una recomendación en cuanto a la adopción de dichas acciones en Puerto Rico. Para cumplir con este propósito entraré en el contexto histórico en el cual surge la doctrina y cómo diversos tribunales la han cambiado en la jurisprudencia norteamericana. Luego analizaré los diferentes argumentos a favor y en contra de la acción. Por último, expondré brevemente la doctrina vigente en cuanto a la impericia médica en Puerto Rico para luego exponer las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico en casos similares a los de *wrongful life* de las diversas jurisdicciones de los Estados Unidos.

⁵ Alan J. Belsky, *Injury As A Matter of Law: Is This the Answer to the Wrongful Life Dilemma?*, 22 U. Balt. L. Rev. 185, 187 (1993).

⁶ Michael A. Berenson, *The Wrongful Life Claim-the Legal Dilemma of Existence Versus Nonexistence: "To Be or Not to Be"*, 64 Tul. L. Rev. 895, 897-898 (1990).

⁷ Catherine Palo, *Cause of Action for Wrongful Birth or Wrongful Life*, 23 Causes of Action 2d 55 §12 (publicado originalmente en el 2003).

⁸ *Id.* § 4.

II. La historia de *Wrongful Life*

A. Finales del siglo XIX hasta el 1963: ¿Cuándo se considera que un feto es una persona?

La idea de que un niño podría sufrir daños *en ventre sa mere* o en el vientre de su madre se había estado planteando sin éxito desde finales del siglo XIX en la jurisprudencia norteamericana. En *Allaire v. St. Luke's Hospital*,⁹ el tribunal de apelaciones para el primer circuito de Illinois dilucidó si un niño que nació con ciertas deformidades, (luego de que su madre tuviera un accidente en un elevador del hospital donde iba a dar a luz), podía llevar una causa de acción a pesar de éste haber sufrido los daños mientras estaba en el vientre. El Tribunal expresó:

[A] child before birth is, in fact, a part of the mother, and is only severed from her at birth, cannot, we think, be successfully disputed. The doctrine of the civil law and the ecclesiastical and admiralty courts, therefore, that an unborn child may be regarded as *in esse* for some purposes when for its benefit, is a mere legal fiction, which, so far as we have been able to discover, has not been indulged in by the courts of common law to the extent of allowing an action by an infant for injuries occasioned before its birth.

If the action can be maintained, it necessarily follows that an infant may maintain an action against its own mother for injuries occasioned by the negligence of the mother while pregnant with it. We are of opinion that the action will not lie.¹⁰

El razonamiento del tribunal estuvo basado en la creencia de que el feto no tiene vida propia mientras está en el vientre. Este caso fue visto por el Tribunal Supremo de Illinois, quien confirmó a la corte inferior.¹¹ Sin embargo, la opinión disidente del Juez Boggs presentó una visión contraria que no sólo reconoce que el feto no es parte de la madre sino que también reconoce que la institución tenía una obligación con el mismo. El Juez Boggs expuso:

The appellee corporation owed it as a duty to the plaintiff, though unborn, to bestow due and ordinary care and skill to the matter of his preservation and safety before and at the time of his birth. It appeared from the declaration that duty was neglected, and that the limbs and body of plaintiff received

⁹ 76 Ill. App. 441 (Ill. App. 1st Dist. 1898) revocado por *Allaire v. St. Luke's Hosp.*, 27 L.R.A. 2258, 56 N.E. 638 (Ill. 1900).

¹⁰ *Id.* pág. 450.

¹¹ *Allaire*, 56 N.E. pág. 638.

injuries by reason of such negligence, and that his legs and arms are now maimed and crippled by reason thereof. Should compensation for his injuries be denied on a mere theory—known to be false—that the injury was not to his person, but to the person of the mother? The law should, it seems to me, be that whenever a child in utero is so far advanced in prenatal age as that, should parturition by natural or artificial means occur at such age, such child could and would live separable from the mother, and grow into the ordinary activities of life, and is afterwards born, and becomes a living human being, such child has a right of action for any injuries wantonly or negligently inflicted upon his or her person at such age of viability, though then in the womb of the mother. That proposition having been established, that an adjustment of damages with the mother could not preclude the child would naturally and necessarily follow.

The argument that there can be no certainty that an unborn child is dead or alive when an injury is inflicted upon the mother is answered by the allegations of the declaration that the plaintiff was born alive, and is a living human being. There was, therefore, no uncertainty as to the fact that the plaintiff was alive in the mother's womb when the injuries were inflicted.¹²

Esencialmente, lo que propone el Juez Boggs es que se adopte una teoría de viabilidad en los casos de daños al feto en el vientre de su madre. Si el feto pudiese vivir desprendido de su madre en el momento que sufre el daño, de nacer dicho feto, el mismo podría reclamar por los daños que sufrió mientras era un feto viable. El Juez Boggs también entiende que la acción que pueda llevar la madre no excluye la del niño.

En el 1916, el Tribunal Supremo de Wisconsin tuvo su oportunidad de resolver un caso en el que un feto sufrió daños mientras estaba en el vientre de su madre. En el caso *Lipps v. Milwaukee Electric Ry. & Light Co.*,¹³ a causa de un accidente automovilístico, un feto de cinco meses sufrió daños que luego de nacer le causaron ataques epilépticos. Expresa el Tribunal Supremo de Wisconsin:

The complaint alleges the child could not have been born viable. Since a nonviable child cannot exist separate from its mother, it must, in the law of torts, be regarded as a part of its mother, and hence, being incapable of a separate existence, it is not an independent person or being to whom separate rights can accrue. Its rights are merged in those of the mother of whom it forms a part.

¹² *Allaire*, 56 N.E. pág. 374 (Boggs, J., disidente), revocado por *Amann v. Faidy*, 114 N.E.2d 412, 417 (Ill. 1953). El caso fue revocado tomando como base la teoría de viabilidad expuesta por la disidente del Juez Boggs, la cual fue utilizada en el caso de New York, *Woods v. Lancet*, 102 N.E.2d 691 (N.Y. 1951).

¹³ *Lipps v. Milwaukee Electric Ry. & Light Co.*, 159 N.W. 916 (Wis. 1916).

We go no further than the facts of the case require, and hold that no cause of action accrues to an infant *en ventre sa mere* for injuries received before it could be born viable. Very cogent reasons may be urged for a contrary rule where the infant is viable, and especially so in cases where the defendant, being a doctor or midwife, has negligently injured an unborn child. As to such cases we express no opinion.¹⁴

Como puede apreciarse de la cita anterior, el Tribunal Supremo de Wisconsin se separó un poco de lo que determinó el Tribunal Supremo de Illinois, y dejó la puerta abierta para reconocer una acción en daños por los daños que haya sufrido un niño mientras era feto. Durante las próximas tres décadas, la jurisprudencia aún se negaba a reconocer las acciones de daños *en ventre sa mere*, aunque el fundamento para negarlas cambió. En el 1940, el Tribunal Supremo de Pensilvania en el caso *Berlin v. J. C. Penney Co.*¹⁵ negó la acción ya que no existía legislación que garantizara que un niño que haya sufrido daños siendo un feto pueda llevar este tipo de acción. Expresa el Tribunal:

At early common law the mother and child until birth were considered as one, the child was not deemed to have an existence independent of the parent. As a result, an injury to an unborn child was looked upon as an injury to the mother. It is true that the unity of mother and child has been relaxed in modern times and that body for some beneficial purposes a child *en ventre sa mere* is considered as born. However, there is no warrant for holding, independent of a statute, that a cause of action for pre-natal injuries to a child accrues at birth.¹⁶

Sin embargo, también para el año 1940, llegó el primer caso que reconoció una acción de daños *en ventre sa mere*. En *Stemmer v. Kline*,¹⁷ decidido en el Tribunal de Circuito de New Jersey para el poblado de Middlesex, Jacob Stemmer Jr. reclamó que sufrió daños mientras era un feto y que fueron causados por la impericia médica del doctor que atendió a su madre. Según los hechos del caso, mientras Jacob estaba en el vientre de su madre, el médico le diagnosticó a ésta negligentemente una condición que causó que le hiciera pruebas de rayos-x. Como causa de estos tratamientos, Jacob nació con serios problemas de salud incluyendo microcefalia, problemas de visión y de audición, entre otros.¹⁸ Ante estos hechos, el Tribunal expuso:

It is my judgment that for all beneficial purposes a child should be considered as born. It is without question to its benefit to allow it to

¹⁴ *Id.* pág. 917.

¹⁵ 16 A.2d 28 (Pa. 1940), revocado por *Sinkler v. Kneale*, 164 A.2d 93 (Pa. 1960).

¹⁶ *Id.* págs. 458-459.

¹⁷ 17 A.2d 58 (N.J. Cir. Ct. 1940), revocado por *Stemmer v. Kline*, 26 A.2d 489 (N.J. 1942).

¹⁸ *Id.* pág. 59.

maintain a right of action in cases founded on a tort when it is injured through the negligence of another.

In each of the opinions holding against the right, the writer seems to strain at the leash in an endeavor to break the bonds which he imagines bind him to the doctrine that a child *en ventre sa mere* has no separate being, no entity apart from the mother in civil law in the field of torts. Why is there this restraint when in every other field of the law a child has a separate being, is a person, if being in that category is for its benefit?¹⁹

A pesar de este reconocimiento de la doctrina, el caso tuvo una vida muy corta ya que en el 1942 se revocó en la apelación del caso ante el Tribunal de Apelaciones de New Jersey.²⁰ Para revocarlo, el Tribunal de Apelaciones no sólo utilizó alguno de los casos antes mencionados, sino que también utilizó el *Restatement (First) of the Law of Torts*, el cual exponía: “A person who negligently causes harm to an unborn child is not liable to such child for the harm.”²¹

En el 1948, el Tribunal Supremo de Ohio atendió lo que el Tribunal de Wisconsin había dejado inconcluso en el caso de *Lipps*. Mientras que el Tribunal de Wisconsin rehusó opinar sobre si un niño podría llevar una acción en daños por los daños que sufrió mientras era un feto viable, el Tribunal Supremo de Ohio hizo lo opuesto en *Williams v. Marion Rapid Transit*.²² Luego de analizar mucha de la jurisprudencia que se ha expuesto anteriormente, el Tribunal decidió adoptar la teoría de la viabilidad a base de la disidencia del Juez Boggs en el caso de *Allaire*.²³ Como consecuencia de esto, expuso el Tribunal que un feto viable es una persona y que negarle una acción en daños a una niña que sufrió los mismos *en ventre sa mere* iría en contra del Artículo I, Sección 16 de la Constitución de Ohio.²⁴ Dicho artículo expone:

All courts shall be open, and every person, for an injury done him in his land, goods, person, or reputation, shall have remedy by due course of law, and shall have justice administered without denial or delay. Suits may be brought against the state, in such courts and in such manner, as may be provided by law.²⁵

Por la niña ser persona desde que era un feto viable, se le puede aplicar este artículo de la Constitución. En varias jurisdicciones de Estados Unidos, esta visión de

¹⁹ *Id.* pág. 62.

²⁰ *Stemmer*, 26 A2d. 489.

²¹ *Restatement (First) of Torts* § 869 (1939).

²² *Williams v. Marion Rapid Transit*, 87 N.E.2d 334 (Ohio 1949).

²³ *Id.* pág. 340.

²⁴ *Id.*

²⁵ Ohio Const. art. I, § 16.

viabilidad tomó auge.²⁶ Sin embargo, en el estado de New Jersey se adoptó una teoría que echó a un lado la visión de la viabilidad y se desvió completamente de las pasadas doctrinas. En *Smith v. Brennan*,²⁷ el Tribunal Supremo de New Jersey expone que:

The semantic argument whether an unborn child is a person in being seems to us to be beside the point. There is no question that conception sets in motion biological processes which if undisturbed will produce what every one will concede to be a person in being. If in the meanwhile those processes can be disrupted resulting in harm to the child when born, it is immaterial whether before birth the child is considered a person in being. And regardless of analogies to other areas of the law, justice requires that the principle be recognized that a child has a legal right to begin life with a sound mind and body. If the wrongful conduct of another interferes with that right, and it can be established by competent proof that there is a causal connection between the wrongful interference and the harm suffered by the child when born, damages for such harm should be recoverable by the child.²⁸

Es decir, que en este caso se adoptó una doctrina que estableció que no importa si el feto era o no viable; si llegase a nacer, ese niño podrá reclamar por los daños que sufrió cuando era un feto. A pesar de los cambios que sufrieron estas acciones, no fue hasta el 1963 que las mismas influenciaron la creación de un nuevo *tort* en el *common law*. A este nuevo *tort* se le llamó: *Wrongful Life*.²⁹

B. 1963: El nacimiento de *Wrongful Life*

El nacimiento de las acciones en daño por *wrongful life* se da en el 1963 con el caso de *Zapeda v. Zapeda*.³⁰ Sin embargo, a pesar de proveer la primera mención de este término, el caso se da en un contexto diferente al definido al principio de este

²⁶ Véase *Woods v. Lancet*, 102 N.E.2d 691 (N.Y. 1951); *Rodriquez v. Patti*, 114 N.E.2d 721 (Ill. 1953); *Amann v. Faigy*, 114 N.E.2d 412, 417 (Ill. 1953); *Mallison v. Pomeroy*, 291 P.2d 225 (Or. 1955); *Bennett v. Hymers*, 147 A.2d 108, 110 (N.H. 1958); *Shousha v. Matthews Drivurself, Inc.*, 358 S.W.2d 471 (Tenn. 1962), entre otros.

²⁷ 157 A.2d 497 (1960).

²⁸ *Id.* pág. 503.

²⁹ Es importante destacar que existe una diferencia entre la mayoría de los casos reclamando daños *en ventre sa mere* expuestos en esta sección y una acción por *wrongful life*. Como bien se menciona en *Turpin v. Sortini*, 643 P.2d 954, 961 (Cal. 1982), en los casos de daños *en ventre sa mere* el demandado es quien le causa el daño al feto. O sea, que por la negligencia del demandado, el niño nace con una condición de salud. Sin embargo, en los casos por *wrongful life*, la causa de acción por negligencia del demandado es por el nacimiento del niño. La condición de salud que tenga el niño al nacer no está relacionada a la negligencia del médico.

³⁰ 190 N.E.2d 849 (Ill. App. 1st Dist. 1963).

trabajo. En el caso -decidido por un tribunal apelativo en Illinois- el demandado tuvo relaciones sexuales con una mujer tras prometerle que se iba a casar con ella, promesa que le era imposible de cumplir ya que el demandado estaba casado. De esa relación adúltera nació el demandante, quien alega que por los actos de su padre, ha sufrido daños a su persona, propiedad y reputación. En específico, alegó que se le arrebató su derecho a ser un hijo legítimo, a tener un hogar normal, a tener un padre legal, a heredar de su padre y sus ancestros y por tener el estigma de ser un bastardo.³¹ El Tribunal se negó a reconocer la acción, preocupado por el tipo de reclamaciones que ésta atraería a los tribunales. Según el Tribunal, al reconocerle una acción a hijos ilegítimos³² bajo estos fundamentos, se abriría la puerta a que personas que consideren que nacieron en condiciones adversas reclamen bajo *wrongful life*.³³ A manera de ejemplo expuso el Tribunal: “One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation.”³⁴

La preocupación del Tribunal en el caso de *Zapeda* pronto se convirtió en realidad ya que es en el 1966 que llegó el primer caso de lo que conocemos hoy día como una acción de *wrongful life*. En *Gleitman v. Cosgrove*,³⁵ Sandra Gleitman consultó al Dr. Robert Cosgrove, Jr. en abril del año 1959. Durante la consulta, el Dr. Cosgrove le dio la noticia a la Sra. Gleitman de que ésta tenía dos meses de embarazo. Gleitman le comentó al galeno que en el mes anterior se le había diagnosticado con rubéola. Ante esto, el médico le comentó a ésta que la rubéola no afectaría a la criatura. Varios meses después la Gleitman volvió a la oficina del Dr. Cosgrove. Esta vez la atendió el Dr. Dolan, y al inquirir por los efectos de la rubéola en su embarazo, le dio la misma respuesta. En noviembre de ese mismo año, nació Jeffrey, hijo de la Sra. Gleitman y su esposo. Unas semanas después de su nacimiento, Jeffrey comenzó a manifestar problemas de visión, audición y habla.

Como parte de la defensa, se estableció que para el tiempo que el Dr. Dolan atendió a la Sra. Gleitman, ésta ya estaba en un estado avanzado de embarazo y que no se le podía realizar un aborto seguro. Tomando en cuenta esto, el Tribunal, antes de comenzar con su razonamiento, hizo la salvedad de que para la discusión del caso se asumiría que la Sra. Gleitman podía realizarse un aborto legal y que no lo pudo llevar a cabo por la negligencia de los médicos.³⁶ Después de lo anterior, el Tribunal empezó a distinguir este caso de otros casos de impericia médica. Expresó que:

³¹ *Id.* pág. 851.

³² Es importante destacar que bajo la Constitución y las leyes de Puerto Rico, esta terminología no es aceptada. Véase *Ocasio v. Díaz*, 88 D.P.R. 676 (1963).

³³ *Id.* pág. 858.

³⁴ *Id.*

³⁵ 227 A.2d 689 (N.J. 1967). Este caso fue revocado en parte por *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (N.J. 1979) en cuanto a la acción por *wrongful birth* pero no en cuanto a la de *wrongful life*.

³⁶ *Id.* pág. 691.

At the outset it must be clearly understood that there is no suggestion by plaintiffs that defendants could have ordered any therapy-whether surgery, drugs or otherwise-which would have decreased the possibility that the infant then in gestation would be born with birth defects. The present case is sharply different from those cases where a deviation from standard medical practice affects the chances that an infant will be born with birth defects.³⁷

Luego de examinar el caso de *Smith v. Brennan*,³⁸ en el cual ya el Tribunal había decidido que un niño podía reclamar por daños que sufrió antes de nacer, el Tribunal comentó que:

An essential part of the cause for action set forth in *Smith v. Brennan* is the 'disruption' or proximate cause of injury by act of commission or omission which results in impairment to what otherwise would be a normal healthy child. In the present case there is no contention that anything the defendants could have done would have decreased the likelihood that the infant would be born with defects. The conduct of defendants was not the cause of infant plaintiff's condition.

The infant plaintiff is therefore required to say not that he should have been born without defects but that he should not have been born at all. In the language of tort law he says: but for the negligence of defendants, he would not have been born to suffer with an impaired body. In other words, he claims that the conduct of defendants prevented his mother from obtaining an abortion which would have terminated his existence, and that his very life is wrongful.³⁹

Ante este planteamiento, del que el daño es la vida con la condición y el no daño es la no vida, el Tribunal presenta la crítica más sólida en contra de este tipo de acciones: ¿cómo se cuantifica la no-vida? El Tribunal expresó:

The normal measure of damages in tort actions is compensatory. Damages are measured by comparing the condition plaintiff would have been in, had the defendants not been negligent, with plaintiff's impaired condition as a result of the negligence. The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination. This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.* pág. 692.

³⁹ *Id.*

plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies.⁴⁰

Con este párrafo el Tribunal desestimó por completo la acción por *wrongful life*. Aunque posteriormente se revocó este caso, todavía se utiliza en otras jurisdicciones la doctrina establecida en *Gleitman* para desestimar la acción.⁴¹ Es importante destacar que esta decisión también atendió la acción de *wrongful birth* por parte de los padres y aunque el Tribunal mencionó al principio de su opinión que resolvería la controversia como si la señora Gleitman pudiera realizarse un aborto, en cuanto a esta acción, no pudo seguir su propio aviso:

Denial of the claim for damages by adult plaintiffs is also required by a close look at exactly what it is they are here seeking. The thrust of their complaint is that they were denied the opportunity to terminate the life of their child while he was an embryo. Even under our assumption that an abortion could have been obtained without making its participants liable to criminal sanctions, substantial policy reasons prevent this Court from allowing tort damages for the denial of the opportunity to take an embryonic life.

It is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened. If Jeffrey could have been asked as to whether his life should be snuffed out before his full term of gestation could run its course, our felt intuition of human nature tells us he would almost surely choose life with defects as against no life at all. ‘For the living there is hope, but for the dead there is none.’ Theocritus

...

The right to life is inalienable in our society. A court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate the existence of a defective child in embryo can support a cause for action. Examples of famous persons who have had great achievement despite physical defects come readily to mind, and many of us can think of examples close to home. A child need not be perfect to have a worthwhile life.⁴²

La opinión del Tribunal es peligrosa ya que asume el estado mental de uno de los demandantes, diciendo que Jeffrey hubiera preferido vivir con la condición a no

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Véase la parte III (B) de este trabajo para los argumentos en contra de la doctrina.

⁴² *Id.* pág. 693.

haber nacido. Esto precisamente va en contravención de lo establecido en la acción de *wrongful life* llevada a cabo por éste. El Tribunal se expresó tomando en cuenta preceptos de política pública. Sin embargo, estos preceptos no determinan el estado mental de una persona. Hubiera sido más apropiado del Tribunal exponer que la política pública del Estado era proteger la vida ante todo, inclusive ante el aborto, que asumir la posición de un demandante ¿qué daños sufrió mientras estaba en el vientre de la madre?.

Como se mencionó anteriormente, la doctrina de este caso todavía se utiliza para denegar acciones por *wrongful life* y en algunos casos se utilizó el argumento de la política pública para ese fin.⁴³ Sin embargo, la acción cobró nueva vida -aunque de manera limitada- con un cambio jurisprudencial significativo, que sacudió los preceptos de política pública que el caso de *Gleitman* intentaba proteger.

C. 1973 en adelante: La corriente después de *Roe v. Wade*

En el 1973, el caso de *Roe v. Wade*⁴⁴ trajo consigo cambios importantes en los casos de *wrongful life*. Como se aprecia en el caso de *Gleitman*, mucha de la reserva que se tenía en contra de la acción, además de la imposibilidad de cuantificar el no daño, es el énfasis en el argumento de política pública. Sin embargo, al *Roe v. Wade* determinar que la Constitución de los Estados Unidos protegía el derecho de una mujer a un aborto legal, se pudo reclamar bajo las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, que de una mujer saber que el niño padecía de una condición congénita, ella podía terminar su embarazo.⁴⁵ A pesar de este cambio significativo en la acción, algunos tribunales siguieron utilizando la crítica de *Gleitman* sobre la imposibilidad de cuantificación del daño para desestimar las acciones.⁴⁶

Tres años después de la decisión de *Roe*, se reconoció favorablemente por primera vez la doctrina de *wrongful life*. En *Park v. Chessin*,⁴⁷ decidido ante la División de Apelaciones del Tribunal Supremo (Segundo Departamento) de New York, la Sra. Hetty Park dio a luz a un bebé que murió sólo cinco horas después de nacer. La causa de muerte se debió a una condición hereditaria llamada enfermedad poliquística renal (PDK por sus siglas en inglés). La enfermedad es letal y es de tal naturaleza

⁴³ Véase *Coleman v. Garrison*, 349 A.2d 8 (Del. 1975). Este caso fue revocado por *Garrison by Garrison v. Med. Ctr. of Delaware Inc.*, 571 A.2d 786 (Del. 1989) en cuanto a la acción por *wrongful birth*, estableciendo que los padres pueden reclamar por daños. En cuanto a la acción por *wrongful life*, el Tribunal también la denegó.

⁴⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁵ Berenson, *supra* n. 6, pág. 895.

⁴⁶ Véase *Dumer v. St. Michael's Hosp.*, 233 N.W.2d 372 (Wis. 1975); *Stills v. Gratton*, 127 Cal. Rptr. 652 (Cal. App. 1st Dist. 1976); *Elliott v. Brown*, 361 So. 2d 546 (Ala. 1978); *Speck v. Finegold*, 408 A.2d 496 (Pa. 1979); *Strohmaier & Strohmaier v. Associates in Obstetrics & Gynecology, P.C.*, 332 N.W.2d 432, 435 (Mich. App. 1982); *Blake v. Cruz*, 698 P.2d 315, 322 (Idaho 1984).

⁴⁷ 400 N.Y.S.2d 110 (N.Y. App. Div. 2d Dept. 1977) modificado por *Becker v. Schwartz*, 386 N.E.2d 807 (N.Y. 1978) (La razón por la cual se modificó se encuentra más adelante en esta sección).

que existe una alta probabilidad de que otros bebés de la misma pareja nazcan con dicha condición.⁴⁸ Luego de la pérdida de su hijo, los esposos Park consultaron con Dr. Chessin para saber si estaba en riesgo de tener otro hijo con PDK. El médico les contestó que las probabilidades de que tuvieran otro hijo con PDK eran casi imposible ya que, según él, las condición no era hereditaria. Poco más de un año de la pérdida de su primer hijo, nació Lara Park. Ella, al igual que su hermano, nació con PDK y murió dos años y medio después de nacer. Ese mismo año, los esposos demandaron al galeno en representación de Lara vía una acción de daños y perjuicios por *wrongful life*. No habiendo prevalecido en cuatro (4) de las ocho (8) causas de acción presentadas, el demandado recurre a la División de Apelaciones del Tribunal Supremo de New York. Referente a la acción de *wrongful life*, expresó el Tribunal:

The final question is whether there exists a viable cause of action on behalf of the infant for “wrongful life”, the sixth cause of action . . .

It is commonly said that causes of action for “wrongful life” have not met favor in the courts of this and other jurisdictions. Rejection has been based on various theories: from the inability to find that the infant is worse off as a result of the negligence which caused the wrongful life, than had the infant never been born . . .; to the fact that the fetus could not be legally aborted at the time . . .; and to the impossibility of calculating damages. But cases are not decided in a vacuum; rather, decisional law must keep pace with expanding technological, economic and social change. Inherent in the abolition of the statutory ban on abortion . . . is a public policy consideration which gives potential parents the right, within certain statutory and case law limitations, not to have a child. This right extends to instances in which it can be determined with reasonable medical certainty that the child would be born deformed. The breach of this right may also be said to be tortious to the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being. Under the circumstances presented, the portion of the complaint which seeks recovery on behalf of the infant for injuries and conscious pain and suffering caused by defendants’ negligence should be permitted to stand. Thus, I consider the sixth cause, asserted on behalf of the child, to state a cause of action.⁴⁹

A pesar del reconocimiento de la doctrina por parte del Tribunal, es importante señalar que en este caso no se estaba alegando que el médico no le dio la oportunidad a los padres a decidir si mantener el embarazo o terminarlo, sino que frustró que los padres tomaran una decisión informada antes de concebirlo; derecho que según el Tribunal es inherente a la abolición estatutaria a nivel estatal del aborto. Sin embargo, poco tiempo después, ambas instancias se vieron juntas en un mismo caso.

⁴⁸ *Id.* pág. 111.

⁴⁹ *Id.* pág. 114.

Un año después del caso de *Park*, el Dr. Chessin apeló al Tribunal de Apelaciones de New York. El caso fue consolidado con el de Dolores Becker y en diciembre del 1978 se decide *Becker v. Schwartz*.⁵⁰ Antes de entrar en la decisión de éste, es importante exponer el cuadro fáctico sobre el caso de Dolores Becker.

En septiembre de 1974, Dolores Becker, de treinta y siete (37) años quedó encinta. Tan pronto se enteró de su embarazo, los esposos Becker escogieron al Dr. Schwartz, ginecólogo-obstetra, para que prestara sus servicios como tal. En mayo de 1975, la Sra. Becker dio a luz su hijo, al que diagnosticaron con Síndrome Down. Los esposos Becker alegaron que durante su embarazo, el Dr. Schwartz nunca les comunicó del alto riesgo de Síndrome Down en niños que nacen de mujeres con una edad de treinta y cinco (35) o más.⁵¹ Tampoco les informó que existían pruebas para conocer si el feto iba a nacer con dicha condición.⁵² Además de otras acciones, los esposos Becker entablan una acción, a nombre del menor, por *wrongful life*. Comenta el Tribunal de Apelaciones:

[T]here are two flaws in plaintiffs' claims on behalf of their infants for wrongful life. The first, in a sense the more fundamental, is that it does not appear that the infants suffered any legally cognizable injury . . . [T] here is no precedent for recognition at the Appellate Division of "the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being" . . . **Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians.** Surely the law can assert no competence to resolve the issue, particularly in view of the very nearly uniform high value which the law and mankind has placed on human life, rather than its absence . . .

There is also a second flaw. The remedy afforded an injured party in negligence is designed to place that party in the position he would have occupied but for the negligence of the defendant . . . Thus, the damages recoverable on behalf of an infant for wrongful life are limited to that which is necessary to restore the infant to the position he or she would have occupied were it not for the failure of the defendant to render advice to the infant's parents in a nonnegligent manner. The theoretical hurdle to an assertion of damages on behalf of an infant accruing from a defendant's negligence in such a case becomes at once apparent. **The very allegations of the complaint state that had the defendant not been negligent, the infant's parents would have chosen not to conceive, or having conceived, to have terminated rather than to have carried the**

⁵⁰ 386 N.E.2d 807 (N.Y. 1978).

⁵¹ *Id.* pág. 808.

⁵² *Id.*

pregnancy to term, thereby depriving the infant plaintiff of his or her very existence. Simply put, a cause of action brought on behalf of an infant seeking recovery for wrongful life demands a calculation of damages dependent upon a comparison between the Hobson's choice of life in an impaired state and nonexistence. This comparison the law is not equipped to make . . . Recognition of so novel a cause of action requiring, as it must, creation of a hypothetical formula for the measurement of an infant's damages is best reserved for legislative, rather than judicial, attention.⁵³

Con esto, el Tribunal desestima ambas causas. Primero, con el argumento de que la vida no es un daño y segundo, con el mismo argumento de *Gleitman*, sobre la imposibilidad de calcular los daños. Sin embargo, la opinión del caso plantea dos interrogantes importantes. La primera está relacionada al comentario que hace el Tribunal acerca del reconocimiento de la causa. El Tribunal contempla la posibilidad de que por la vía legislativa se reconozca la causa de acción por *wrongful life*, pero ¿qué decisión tomaría el Tribunal ante una ley que reconozca la causa de acción, pero no contemple como se calcularán los daños? La segunda interrogante está relacionada a lo que decide el Tribunal luego de desestimar la acción de *wrongful life*. Luego de establecer su posición sobre *wrongful life*, el Tribunal atiende la acción de *wrongful birth*⁵⁴ de los padres y ante ésta determinó que los padres no podrán reclamar por daños morales, ya que también lo deja en manos de los legisladores.⁵⁵ Sin embargo, sí podrán reclamar por los daños especiales, en específico, los gastos médicos incurridos y por incurrir (en el caso de los esposos Becker). ¿Por qué entonces no permitió semejante resarcimiento en la acción de *wrongful life*? ¿Será por qué quería evitar una doble compensación? ¿Pero y si los padres no pueden llevar la acción por estar fuera del término prescriptivo? En la actualidad, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York todavía no ha contestado esta interrogante, pero uno de sus estados vecinos se ha expresado sobre esto.

En *Procanik by Procanik* sobre el que basé los hechos antes expuestos en la introducción del presente escrito, el Tribunal Supremo de New Jersey reconoció la acción de *wrongful life* y revocó completamente el caso de *Gleitman* y de *Berman v. Allan*,⁵⁶ el cual había reconocido la acción por *wrongful birth* y había negado la de *wrongful life*. El Tribunal comenzó estableciendo dos cosas importantes: 1) que el médico tenía una obligación con el niño desde que se encontraba en el vientre de su madre; y 2) que la negligencia del médico no le permitió a los padres tomar una decisión entre terminar el embarazo o de prevenir el nacimiento.⁵⁷ En relación a esto,

⁵³ *Id.* pág. 812 (Énfasis suplido).

⁵⁴ El Tribunal nunca llama a la acción de los padres como *wrongful birth*.

⁵⁵ *Becker*, 386 N.E.2d. pág. 814.

⁵⁶ 404 A.2d 8 (N.J. 1979).

⁵⁷ *Procanik by Procanik*, 478 A.2d. pág. 760.

el Tribunal expuso que a pesar de que se ha reconocido la obligación del médico con el feto, en los casos de *Gleitman*, y especialmente en *Berman*, se ha desestimado la acción por la creencia de que no existe un daño, ya que se determinó en el caso que la vida es preferible a la no-vida.⁵⁸ El Tribunal también mencionó que al igual que en *Gleitman*, el Tribunal en *Berman* basó su decisión en la imposibilidad de calcular los daños.⁵⁹ Sin embargo, determinó que la imposibilidad de calcular los daños morales no desestima la acción.⁶⁰

A pesar de lo anterior, el Tribunal, para reconocer la acción de *wrongful life*, utiliza los argumentos de *Berman* que permitieron la acción de *wrongful life* en dicho caso. Sin embargo, el Tribunal reconoció la doctrina solamente limitando el resarcimiento de los gastos médicos ya que éstos son los únicos calculables. Referente a esto, expone el Tribunal:

Law is more than an exercise in logic, and logical analysis, although essential to a system of ordered justice, should not become a instrument of injustice. Whatever logic inheres in permitting parents to recover for the cost of extraordinary medical care incurred by a birth-defective child, but in denying the child's own right to recover those expenses, must yield to the inherent injustice of that result. The right to recover the often crushing burden of extraordinary expenses visited by an act of medical malpractice should not depend on the "wholly fortuitous circumstance of whether the parents are available to sue." . . .
The present case proves the point. Here, the parents' claim is barred by the statute of limitations. Does this mean that [the child] must forego medical treatment for his blindness, deafness, and retardation? We think not. His claim for the medical expenses attributable to his birth defects is reasonably certain, readily calculable, and of a kind daily determined by judges and juries. **We hold that a child or his parents may recover special damages for extraordinary medical expenses incurred during infancy, and that the infant may recover those expenses during his majority.**⁶¹

La decisión de permitir el resarcimiento de gastos médicos, según expresó el Tribunal, no está ligada al asunto de si la vida con impedimentos es preferible a la no-vida, sino que está basada en las necesidades que tiene la persona con el impedimento para poder vivir.⁶² En cuanto a los daños morales, el Tribunal, al igual que en los casos de *Gleitman* y *Berman*, no los permite. Además de negarlo por la imposibilidad de calcular el daño, el Tribunal entendió que ese ejercicio es muy especulativo y que el

⁵⁸ *Id.* págs. 760-761.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* pág. 763.

⁶¹ *Id.* pág. 762.

⁶² *Id.* pág. 763.

mismo se vería afectado por las pasiones que generan, tanto un jurado como a un juez, los temas de la naturaleza y la valoración de la vida.⁶³

La decisión del Tribunal Supremo de New Jersey es consistente con los casos de *Turpin v. Sortini*,⁶⁴ resuelto por el Tribunal Supremo de California, y *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*,⁶⁵ resuelto por el Tribunal Supremo de Washington. Ambos casos reconocen las acciones de *wrongful life* y, al igual que *Procanik*, que: 1) se le debe permitir al niño el resarcimiento por los gastos médicos; y 2) que los daños generales no se pueden conceder por ser incalculables.

En cuanto al resarcimiento por gastos médicos, el Tribunal Supremo de California estableció en *Turpin* que aunque los gastos médicos pueden ser reclamados tanto por los padres como por el niño afectado, ambos no pueden ser resarcidos a la misma vez.⁶⁶ De esta manera el Tribunal evita la doble compensación. Lo mismo opina el Tribunal Supremo de Washington en *Haberson*.⁶⁷ En cuanto a la imposibilidad de calcular los daños, el Tribunal en *Turpin* comentó que, a pesar del niño haber nacido con su condición de sordera hereditaria, su propia existencia le ha dado la capacidad de dar y recibir amor y placer, además del sufrimiento.⁶⁸ La relación entre los beneficios y los males hacen que los daños morales sean imposibles de contabilizar.⁶⁹ Por su parte, el Tribunal en *Haberson* expone que está de acuerdo con el caso *Berman* en ese aspecto.⁷⁰

A pesar de los casos de *Procanik*, *Turpin* y *Haberson*, la realidad es que la decisión de *Roe* sólo ha aumentado la cantidad de casos en los que se reclaman daños por *wrongful life*. Sin embargo, no ha aumentado su reconocimiento. Desde el caso de *Roe*, sólo tres (3) estados han reconocido y han mantenido la doctrina: New Jersey, California y Washington.⁷¹ En cambio, veinte (20) estados han negado reconocerla: Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Maryland, Michigan, Missouri, Nevada, New Hampshire, New York, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, Texas, West Virginia y Wisconsin.⁷² En otros estados,

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Turpin v. Sortini*, 643 P.2d 954 (Cal. 1982).

⁶⁵ *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 656 P.2d 483 (Wash. 1983).

⁶⁶ *Turpin*, 643 P.2d. pág. 965.

⁶⁷ *Harbeson*, 656 P.2d. pág. 495.

⁶⁸ *Turpin*, 643 P.2d. pág. 964.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Harbeson*, 656 P.2d. págs. 496-497.

⁷¹ Palo, *supra* n. 7, § 10.

⁷² *Id.* §11. Connecticut: *Rich v. Foye*, 976 A.2d 819 (Conn. Super. 2007). Delaware: *Daniels v. Delaware*, 120 F. Supp. 2d 411 (D. Del. 2000). Florida: *DiNatale v. Lieberman*, 409 So. 2d 512 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1982). Georgia: *Spires v. Kim*, 203 Ga. App. 302, 416 S.E.2d 780 (1992). Idaho: *Blake v. Cruz*, 698 P.2d 315 (Idaho 1984). Illinois: *Goldberg v. Ruskin*, 499 N.E.2d 406 (Ill. 1986). Indiana: *Cowe by Cowe v. Forum Group, Inc.*, 575 N.E.2d 630 (Ind. 1991). Kansas: *Bruggeman By and Through Bruggeman v. Schimke*, 239 Kan. 245, 718 P.2d 635 (1986). Maryland: *Reed v. Campagnolo*,

se ha seguido la sugerencia de *Becker*, en cuanto a que han dejado en manos del legislador el reconocimiento o no de la acción.

D. Leyes que regulan las acciones por *Wrongful Life*

Varios estados de los Estados Unidos tomaron la decisión de legislar sobre la acción por *wrongful life*. En total, nueve (9) estados han promulgado una ley sobre este asunto. En cuanto a las leyes que no favorecen el reconocimiento, la ley en el estado de Arizona menciona en su inciso A que: “A person is not liable for damages in any civil action for wrongful life based on a claim that, but for an act or omission of the defendant, the person bringing the action would not or should not have been born.”⁷³ Según la ley, esto aplica en casos en que una persona nazca saludable o con cualquier enfermedad congénita.⁷⁴ En los estados de Idaho, Kansas, Michigan, Minnesota, Missouri, North Dakota, Oklahoma y South Dakota, las leyes leen similarmente.⁷⁵

En cuanto a las leyes que favorecen la acción, solamente el estado de Maine contempla legislativamente una acción por *wrongful life*. Expone la ley: “Damages for the birth of an unhealthy child born as the result of professional negligence shall be limited to damages associated with the disease, defect or handicap suffered by the child.”⁷⁶ Hasta el día de hoy, los tribunales de Maine no han interpretado dicha ley.

III. Los elementos de la causa de *Wrongful Life*: Argumentos a favor y en contra

Como mencioné anteriormente, el análisis de los Tribunales para establecer una causa de acción de *wrongful life* se basa en: 1) que el médico tenía la obligación de ofrecerle el debido cuidado médico al feto; 2) que el médico incumplió con dicha obligación; 3) que el nacer con la condición congénita es un daño; y, por último, 4) que el incumplimiento del médico al no ofrecer un debido cuidado es la causa próxima del nacimiento del niño. Para propósitos de este análisis se atenderán en el siguiente

810 F. Supp. 167 (D. Md. 1993) recurso de certificación contestado en 630 A.2d 1145 (Md. 1993). Michigan: *Taylor v. Kurapati*, 600 N.W.2d 670 (Mich. App. 1999). Missouri: *Wilson v. Kuenzi*, 751 S.W.2d 741 (Mo. 1988). Nevada: *Greco v. U.S.*, 893 P.2d 345 (Nev. 1995). New Hampshire: *Smith v. Cote*, 513 A.2d 341 (N.H. 1986). New York: *Karlsons v. Guerinot*, 394 N.Y.S.2d 933 (N.Y. App. Div. 4th Dept. 1977). North Carolina: *Azzolino v. Dingfelder*, 337 S.E.2d 528 (N.C. 1985). Ohio: *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp., Inc.*, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996). Pennsylvania: *Rubin by Rubin v. Hamot Med. Ctr.*, 478 A.2d 869 (Pa. Super. 1984). South Carolina: *Phillips v. U.S.*, 508 F. Supp. 537 (D.S.C. 1980). Texas: *Nelson v. Krusen*, 678 S.W.2d 918 (Tex. 1984). West Virginia: *James G. v. Caserta*, 332 S.E.2d 872 (W. Va. 1985). Wisconsin: *Dumer v. St. Michael's Hosp.*, 233 N.W.2d 372 (Wis. 1975).

⁷³ A.R.S. § 12-719.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Idaho: Idaho Code § 5-334(2000). Kansas: K.A.S. 60-1906. Michigan: M.C.L.A. 600.2971. Minnesota: M.S.A. § 145.424. Missouri: V.A.M.S. 188.130. North Dakota: NDCC, 32-03-43. Oklahoma: 63 Okl.St. Ann. § 1-741.12. South Dakota: SDCL § 21-55-1.

⁷⁶ Me. Rev. Stat. tit. 24, § 2931.

orden: 1) que el nacer con la condición congénita es un daño, 2) que el médico tenía la obligación de ofrecerle un debido cuidado médico al feto e incumplió dicha obligación y 3) que el incumplimiento del médico al no ofrecer un debido cuidado es la causa próxima del nacimiento del niño.

A. ¿Nacer con una condición congénita es un daño?

Los Tribunales de *Procanik*, *Turpin* y *Haberson* nunca atendieron si la vida con la condición congénita es un daño.⁷⁷ Sus respectivos análisis estuvieron limitados mayormente a atender si los médicos tenían una obligación con el feto y qué daños les iban a ser resarcidos, dada la imposibilidad de calcular daños generales. ¿Pero qué daños se pueden resarcir sin establecer cómo ocurrió la lesión? El Tribunal en *Procanik* comentó que la ley es más que un ejercicio de lógica y que la misma no debe ser un instrumento de la injusticia.⁷⁸ El Tribunal entiende que si hay lógica en permitirle la acción a los padres, la misma se debe extender a los hijos; de no ser así, sería una decisión injusta.⁷⁹ El Tribunal expone lo anterior de manera que extiende una causa de acción de *wrongful birth* a una de *wrongful life*. Sin embargo, al hacer esto sólo le aplica los mismos daños a acciones que reclaman lesiones diferentes. El daño en una acción de *wrongful birth* es que la negligencia del médico le privó a los padres de decidir si continuarían con el embarazo o no.⁸⁰ Éste no es el daño que sufre el niño en una acción de *wrongful life*, ya que en dicha acción, el daño es la vida misma. La falta de reconocimiento del daño por otros Tribunales no está basada solamente en una mera inhabilidad de calcular los daños, sino que también en la creencia de los tribunales de que la vida no es un daño.⁸¹

Sin establecer el daño, los Tribunales que han reconocido la causa, muy sutilmente han logrado extenderle el término prescriptivo a la causa de acción de *wrongful birth*, así asegurando que si los padres ejercen la acción fuera del término, sus hijos puedan llevar una causa de acción similar. Varios indicios de esto se manifestaron en el caso de *Procanik*, caso en que los padres no pudieron ejercer la acción por estar fuera del término, el Tribunal expuso:

The present case proves the point. Here, the parents' claim is barred by the statute of limitations. Does this mean that Peter must forego medical treatment for his blindness, deafness, and retardation? We think not. His claim for the medical expenses attributable to his birth defects is reasonably certain, readily calculable, and of a kind daily determined by judges and juries.⁸²

⁷⁷ Philip J. Van Derhoef, *Washington Recognizes Wrongful Birth and Wrongful Life-A Critical Analysis-Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 98 Wn.2d 460, 656 P.2d 483 (1983), 58 Wash. L. Rev. 649, 668 (1983).

⁷⁸ *Procanik*, 478 A.2d. pág. 762.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ Palo, *supra* n. 7, § 4.

⁸¹ *Berman*, 404 A.2d. pág. 12.

⁸² *Procanik*, 478 A.2d. pág. 762.

En resumen, los Tribunales en *Procanik*, *Turpin* y *Haberson* no pudieron establecer que la vida puede ser un daño ya que nunca se concentraron en esto. Automáticamente extendieron las causa de acción de los padres a los hijos, esquivando los argumentos en que se cuestiona si verdaderamente se sufre un daño. Si bien es cierto que una acción de *wrongful life* no debe echarse a un lado por razón de que los daños morales son incalculables, especialmente cuando se pueden resarcir daños especiales, también es cierto que para considerar el resarcimiento hace falta que haya ocurrido una lesión y en esto han fallado los mencionados casos.

B. ¿Tiene el médico una obligación con el feto? De tenerla, ¿incumplió con dicha obligación?

Habiendo determinado que los casos no han podido establecer concretamente si la vida puede ser un daño o no, esta segunda parte del análisis no sería necesaria. Sin embargo, para propósitos de discusión, se interpretará esta parte, al igual que la parte III (C) como si existiera un daño. Los casos a favor de una acción por *wrongful life* han comenzado su análisis estableciendo que el médico tenía una obligación de proveer cuidado médico al paciente y que dicha obligación también se extiende al feto.⁸³ Esa obligación exige que el médico le provea al paciente toda la información necesaria para tomar una decisión informada.⁸⁴ Se dice que:

Since 1946, courts have recognized that a duty of care exists to a fetus in utero. The wrongful life plaintiff is quite foreseeable relative to other contemporary negligence cases allowing recovery to victims harmed in utero. Failing to inform the parents of a genetic defect creates an unreasonable risk of clearly foreseeable harm to the clearly foreseeable future child, so a duty is owed to the defective fetus.⁸⁵

Por lo tanto, aunque el paciente directamente es el padre, como el riesgo es previsible al niño cuando nazca, al médico no informarle a estos sobre los defectos genéticos del feto, la obligación se extiende a éste último.

En cuanto al incumplimiento de la obligación, sólo hay que demostrar que el médico le ofreció un cuidado inferior al que habrían recibido de un médico promedio bajo las mismas circunstancias.⁸⁶ O sea, que en los casos en los que se reclame que un médico no llevó a cabo las pruebas genéticas correspondientes, si un médico con las mismas credenciales hubiera realizado las pruebas, el primero estaría incumpliendo con la obligación.

⁸³ T. Brendan Kennedy, *The Cost of Living: Maryland's Refusal to Recognize the Wrongful Life Cause of Action Short-Changes Plaintiffs*, 32 U. Balt. L. Rev. 97, 104 (2002).

⁸⁴ Pollard, *supra* n. 2, págs. 343-344.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

C. ¿El incumplimiento del médico al no ofrecer un debido cuidado es la causa próxima del nacimiento del niño?

Por último, se debe examinar si la causa próxima del niño nacer se debe al incumplimiento de la obligación del médico. Esto se establece con otra causa: la de la madre del niño. Para llegar a reconocer la causa próxima, se tiene que establecer mediante el testimonio de la madre que, de haber sabido que el feto cuando naciera iba a tener una condición congénita, ella hubiera tomado la decisión de abortarlo.⁸⁷ Luego de esto, el niño tendría que establecer que es por esta negligencia médica que él nace.

Se ha expuesto que la causa próxima se limita a los daños que se han causado por la negligencia a quienes sea previsible que el daño ocurrirá.⁸⁸ Como el feto será la persona quien sufrirá el daño, el mismo cae bajo la limitación de la causa próxima.⁸⁹ Dicho de otra manera, como la condición congénita del feto era previsible, al estar disponibles las pruebas pertinentes, la negligencia del médico causó que se manifestara en la vida del primero. Según lo anterior, la causa próxima no es un obstáculo para las acciones por *wrongful life*.

IV. Puerto Rico y la acción por *Wrongful Life*: ¿Podría adoptarse la acción en Puerto Rico?

A. Los daños y perjuicios y la impericia médica en Puerto Rico: Una exposición breve

En Puerto Rico, la facultad para pedir resarcimiento por daños y perjuicios se encuentra en el artículo 1802 de nuestro Código Civil, que dispone que: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.⁹⁰ Como se puede apreciar en este artículo, los elementos para una acción por daños y perjuicios son: 1) acción u omisión culposa o negligente; 2) que ocurra un daño; y 3) que exista una relación causal entre los primeros dos elementos.⁹¹ En cuanto a la diferencia entre los conceptos de *culpa* y *negligencia*, se ha establecido que la culpa requiere que se ejecute un acto positivo que cause un daño a una o varias personas, mientras que la negligencia requiere una omisión que tenga el mismo efecto.⁹²

Existen dos tipos de daños que pueden resarcirse bajo el Art. 1802: los daños morales y los daños especiales. Los daños morales se refieren a los daños intangibles;

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ 31 L.P.R.A. § 5141.

⁹¹ Carlos J. Irizarry Yunque, *Responsabilidad Civil Extracontractual* 37 (7ma. ed., Paramericana Formas e Impresos 2009); Véase además, *Toro Aponte v. E.L.A.*, 42 D.P.R. 464, 473 (1997).

⁹² *Rojas v. Maldonado*, 68 D.P.R. 818, 824-825 (1948).

los que no se manifiestan físicamente.⁹³ Ejemplo de esto puede ser el dolor después de un accidente, el daño a la reputación, entre otros.⁹⁴ “Se consideran daños especiales aquellos . . . cuyo valor puede determinarse matemáticamente mediante prueba directa sobre gastos incurridos o de ganancias o ingresos dejados de obtener”.⁹⁵ Estos incluyen los gastos médicos, el lucro cesante, entre otros.

En cuanto al aspecto de *impericia médica*, nuestro Tribunal Supremo, citando una obra de Joaquín Ataz López, expuso que:

La impericia es siempre un incumplimiento. Cuando un profesional se compromete a realizar determinado acto de su especialidad, recae sobre él una presunción de pericia; y si resulta imperito, ha defraudado la confianza puesta en él, y no ha realizado el acto encomendado correctamente, por lo que su responsabilidad civil se basaría ese incumplimiento.⁹⁶

Sobre estas acciones en Puerto Rico, “[n]uestro Tribunal Supremo ha señalado, una y otra vez, que se van a resolver por el artículo 1802 de nuestro Código Civil, que es el que rige la materia de responsabilidad extracontractual, también conocida como daños y perjuicios”.⁹⁷ Sin embargo, al ámbito de la impericia médica, se debe añadir el concepto de “responsabilidad profesional”.⁹⁸ Añade que:

Esta responsabilidad surge cuando el profesional por dolo, imprudencia o negligencia, ocasiona daño en la persona, los bienes o intereses de aquellos que han requerido sus servicios. Esta responsabilidad comienza con el juramento del buen desempeño de la profesión y desde su inscripción en la matrícula respectiva.⁹⁹

Sobre la atención mínima que debe ofrecer un médico, el Tribunal Supremo ha determinado que es “aquella que, reconociendo los modernos medios de comunicación y de enseñanza, establece que el nivel o calidad de esa atención debe ser la que llena las exigencias profesionales generalmente reconocidas por la profesión médica”.¹⁰⁰

⁹³ *Santini Rivera v. Serv. Air, Inc.*, 137 D.P.R. 1, 7 (1994).

⁹⁴ Irizarry Yunque, *supra* n. 92, pág. 304.

⁹⁵ *Id.* págs. 304-305.

⁹⁶ *Toro Aponte*, 142 D.P.R. pág. 477, citando a Joaquín Ataz López, *Los médicos y la responsabilidad civil* 282 (Montecorvo 1985).

⁹⁷ Maribel Cruz De León, *La impericia médica y la defensa de error de juicio*, 32 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 53, 56 (1997).

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* págs. 56-57.

¹⁰⁰ *Oliveros v. Abreu*, 101 D.P.R. 209, 226 (1973).

B. Jurisprudencia puertorriqueña sobre la vida como daño

A pesar de que nuestro Tribunal Supremo nunca se ha expresado sobre la validez de la acción de *wrongful life* en Puerto Rico, sí tuvo la oportunidad de expresarse sobre una controversia parecida. El caso *Soto Cabral v. E.L.A.*,¹⁰¹ trata sobre una demanda que iniciaron los padres contra un médico por impericia médica. El médico realizó una operación de esterilización infructuosa y, luego de siete (7) meses de la operación, la mujer quedó en estado de embarazo. La pareja alegó que el embarazo “no deseado” les había ocasionado problemas y tensión en su relación conyugal; que tuvieron sentimientos de culpa, angustia y ansiedad; y que su situación económica era precaria y no estaban en la posición de mantener otro hijo. Entre otras cosas, solicitan una partida de \$100,000.00 para la sociedad legal de gananciales por el costo que este nuevo hijo le ocasionará a sus padres. El Tribunal, negando la acción, entiende que los padres en este caso no pueden alegar un daño. Expone el Tribunal:

Resolver ahora que el derecho de un hijo al pleno desarrollo de su vida puede constituir un “daño” para los padres, no sólo le impondría a nuestro sistema judicial la tarea denigrante de evaluar el valor inconmesurable de una vida humana de acuerdo con la carga económica que pueda representar para los padres sino que, además, requeriría predicar la acción en cuestión, irónicamente, **en la existencia misma de la vida humana, en la tenencia del bien jurídico de mayor importancia en nuestro ordenamiento y no, como lo hemos hecho tradicionalmente, en actos que causan su pérdida o lesión**. No creemos que haya cabida para ello dentro del esquema del Art. 1802 del Código Civil.¹⁰²

Aunque no se refiere precisamente a un caso de *wrongful life*, el Tribunal da un gran valor a la vida en sí. Esto es precisamente lo que la mayoría de los casos desde *Gleitman* han argumentado: que la vida, por más incapacitada, no es un daño. Y como se expresó anteriormente, los casos que reconocen las acciones de *wrongful life* no han atendido esta asunto satisfactoriamente.

En cuanto al aspecto de la relación causal, el Tribunal parece separarse de la corriente estadounidense. El Tribunal establece que:

La negligencia del médico causó que el tratamiento no fuese efectivo, por lo que el médico, pudiendo haber evitado sustancialmente la posibilidad de concepción de la demandante, por su negligencia, no lo hizo. ¿Quiere ello decir que dicha negligencia fue también la causa no sólo del nacimiento del hijo sino, más importante aún, de su posterior desarrollo como ser humano? **Nótese que la reclamación que hace la parte demandante es por los**

¹⁰¹ *Soto Cabral v. E.L.A.*, 138 D.P.R. 298 (1995).

¹⁰² *Id.* pág. 314. (Énfasis suplido).

costos de manutención y crianza del hijo, por lo que debemos indagar si puede concluirse jurídicamente que tales costos específicos fueron causados por la impericia médica, conforme las referidas normas y conceptos sobre causalidad adecuada . . . Respecto a esta cuestión, resolvemos que ello no es de modo alguno atribuible causalmente a la referida impericia médica. Resolvemos así por razón del hecho innegable de que, después de nacido el hijo, aunque éste no había sido deseado, los padres decidieron quedarse con él.¹⁰³

A pesar de esto, el aspecto de la relación causal en el caso de *Soto* es diferente a la relación causal que forma parte de los casos de *wrongful life*. En *Soto* nunca se le negó a la madre la decisión de realizarse un aborto y la madre del niño podía hacerlo mientras era posible. Por lo tanto, no existe relación causal entre la negligencia del médico y el nacimiento del niño. El daño ocurre porque los padres decidieron quedarse con el niño.¹⁰⁴

V. Conclusión: ¿Se debe traer este tipo de acciones a Puerto Rico?

La decisión sobre adoptar una acción en daños y perjuicio de *wrongful life* es complicada, debido a la pasión que levantan los argumentos a favor y en contra de su reconocimiento. Más aún cuando versa sobre una población vulnerable en nuestra sociedad: las personas que padecen de enfermedades congénitas. Estas enfermedades llevan consigo unas cargas tanto emocionales como económicas. Cargas que se desprenden de la persona afectada y que trastocan a todos los que lo rodean. En una sociedad que se encuentra en una situación económica precaria, el costo de los extraordinarios gastos médicos pudieran quebrar a una familia. Debido a esta situación, se estima que alrededor de ochenta por ciento (80%) de fetos diagnosticados con Síndrome Down son abortados.¹⁰⁵ En los casos estudiados en el presente escrito, las parejas no pudieron tener un médico que les ofreciera una información completa para que la pareja así pudiese determinar si terminaban el embarazo o no. Ante este cuadro, se pueden apreciar razones por las cuales se debe adoptar la doctrina. De un médico quitarle, por su negligencia, esta decisión, no sólo pondría en peligro la estabilidad familiar de la pareja sino que iría en contra del derecho a terminar o no un embarazo, garantizado por la décimocuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos¹⁰⁶ y reconocido en el caso de *Roe*. Sin embargo, por más lógica que parezca la adopción de *wrongful life*, los problemas que presenta dentro de nuestro esquema de daños y perjuicios sugieren no hacerlo.

¹⁰³ *Id.* págs. 318-321. (Énfasis suplido).

¹⁰⁴ *Id.* pág. 321.

¹⁰⁵ Darpana M. Sheth, *Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and Wrongful Life Claims Under the Americans with Disabilities Act*, 73 Tenn. L. Rev. 641, 642 (2006).

¹⁰⁶ Const. EE. UU. enm. XIV.

El problema con la acción de *wrongful life* es que no existe un daño que debe resarcirse. Si la vida es el daño, pues el no-daño sería la no-vida. Como se expuso en el caso de *Soto Cabral*, la vida no puede ser un daño. De reconocerse que la vida es un daño, se tendría que establecer el valor de la no-vida para calcular el resarcimiento del daño. Pero, como se establece en el caso de *Procanik*, esto es un ejercicio muy especulativo.¹⁰⁷ El decidir si un niño hubiera estado mejor si no hubiera nacido sería un ejercicio muy subjetivo y causaría malestar por las diferentes opiniones que esto generaría.

A pesar de esto, el caso de *Prokanik* sí concede el resarcimiento por gastos médicos. Esto es contrario a cualquier acción de daños y perjuicios ya que resarce unos daños que no existen. Entendemos que el Tribunal en ese caso le concedió al niño estos gastos ya que los padres estaban fuera del término prescriptivo. Aunque esto parezca justo, la realidad es que trastoca la separación de poderes, pues permite la extensión del término prescriptivo. Ésta no es la manera de buscar justicia.

Entiendo que ante casos como los que se presentan por *wrongful life*, quienes sufren el daño son los padres. Estos son a quienes se les ha negado una decisión de terminar o no su embarazo y son los que correrán con los gastos médicos. Es por esto que recomiendo que en Puerto Rico sólo se adopten las acciones de *wrongful birth*. A pesar de esto, también propongo que, legislativamente, se extienda el término prescriptivo para la acción y que los gastos médicos que se resarzan sean por la vida del menor. De esta manera le resulta más fácil a los padres que sufrieron el daño llevar la acción, mientras que se protege al menor, ya que de los primeros faltar, el segundo heredaría dicha acción.¹⁰⁸ Al menos esto era lo que se intentaba proteger en los casos de *Procanik*, *Turpin* y *Haberson*.

¹⁰⁷ *Procanik*, 478 A.2d. pág. 763.

¹⁰⁸ *Vda. de Delgado v. Boston Insurance*, 101 D.P.R. 598 (1973).

