



ESTUDIO MAZZINGHI  
ABOGADOS

## Publicación: Una sentencia "injusta" pero justa

Autor: Gabriel M. Mazzinghi

### **I. EL CASO**

La "Revue Trimestrielle de Droit Civil" publica en su N° 90 (4) oct-dec 1991, pág. 753, un interesante caso, fallado por la Corte de Casación.-

Dicho caso, gira en torno a la siguiente pregunta: ¿Puede el nacimiento de un hijo, engendrar un perjuicio indemnizable para la madre, en caso de interrupción voluntaria del embarazo, practicada sin éxito?

Los hechos que, como siempre, están en la base de toda cuestión jurídica, son simples: Una mujer queda embarazada, y decide abortar a su hijo. Recurre a un médico a fin de que practique el aborto, y éste lo hace deficientemente, vale decir, no consigue matar al ser que se encontraba en el seno materno. El embarazo sigue su curso y, en la fecha establecida, nace un niño perfectamente sano.-

La madre, frente al nacimiento, interpone una acción judicial contra el médico, en razón de la mala praxis puesta de manifiesto por el fracaso del aborto, reclamando una indemnización por el daño material y moral que la prosecución del embarazo y el nacimiento del hijo le causan.-

A pesar de su sencillez, el caso, -cuyos detalles desconocemos- se presta para diferentes análisis, que procuraremos esbozar a lo largo de estas líneas.-

### **II. ANALISIS DESDE UNA PERSPECTIVA CRUDAMENTE POSITIVISTA (QUE NO ES LA NUESTRA)**

Para el análisis del caso concreto que estamos considerando, debe tenerse en cuenta, por lo pronto, que este tuvo lugar en Francia, país que ha legitimado el aborto.-



Es legal, conforme a derecho, la conducta de una madre que, por no desear al hijo concebido, lo aborta.-

El fallo, al aludir a este aspecto del tema, utiliza la ya clásica -y equívoca- terminología, que alude al aborto como la "interrupción del embarazo".-

No compartimos esta expresión ambigua, que con frecuencia pretende ocultar una realidad mucho más cruda: quien aborta no sólo "interrumpe un embarazo" sino que lo que hace es matar a un ser humano que se encuentra concebido en el seno materno, cuya inocencia está fuera de toda discusión.-

Volviendo a la perspectiva positivista desde la cual nos interesa comenzar a abordar el tema, debemos dejar sentado que en Francia el aborto es legal; y por lo tanto, también resulta perfectamente conforme a derecho el contrato por el cual un médico se compromete a practicar un aborto.-

Aún cuando se comparta que la obligación del médico hacia el paciente no es "de resultado", sino "de medios", parece claro que ha mediado un incumplimiento contractual considerablemente grave, -y generador de responsabilidad-, desde el momento en que el médico interviene para practicar un aborto, y no lo practica.-

Es -valga la comparación- como si un médico operara a un paciente de apendicitis, o de la vesícula, y no extrajera -sin ninguna causa médica que lo justifique- ni el apéndice, ni la vesícula.-

El fracaso de la operación, y el incumplimiento, cuando menos culpable, del médico, aparecen con toda claridad.-

Vista la cuestión del lado del "daño", no nos resulta dudoso que este pueda tener lugar. Como lo dice la sentencia, "el nacimiento no querido de un niño, puede engendrar toda clase de pérdidas y disgustos, caracterizando un perjuicio cierto.-

Por un lado, los gastos vinculados a la intervención quirúrgica frustrada, y al mismo parto, la manutención y educación del hijo, constituyen gastos materiales ciertos, susceptibles de reparación. También podrían serlo el daño estético sufrido por la mujer



embarazada, la frustración de ciertas posibilidades laborales -pensemos en una modelo- la necesidad de comprar ciertos medicamentos, etc. etc..-

En cuanto al daño moral, el sufrimiento habido en la inútil intervención inicial -aborto frustrado- y el propio del parto, el tener que asumir un hijo no deseado, o el desgarrón de la separación, si se decide dar al hijo a alguna tercera persona o institución, constituyen sin lugar a dudas "daños morales", que el derecho debería indemnizar.-

Siempre desde el punto de vista del derecho estrictamente positivo, la cuestión se desenvuelve con una inexorable trabazón lógica, de acuerdo a los siguientes pasos:

1) El aborto es legal.

2) El contrato celebrado entre una paciente y un médico, para que este practique el aborto, es un contrato perfectamente válido.-

3) Ante el fracaso del aborto -mala praxis médica- cabe presumir la culpa del médico.-

4) Existe un daño material y moral sufrido por la madre.-

5) Consiguientemente, el daño sufrido, causado por culpa del profesional, debe ser indemnizado.-

Si se tratara de un médico, que en una operación de apéndice o de amígdalas no extrae el apéndice o las amígdalas, no habría mayores dudas en inculpar al médico incompetente e indemnizar a la víctima.-

Sin embargo, el Tribunal de Casación se resiste a admitir la demanda, y busca, forzosamente, una "salida" que permita llegar a una conclusión adversa a la pretensión de la madre de ser indemnizada.-

Dialécticamente, se plantea la posibilidad del nacimiento de un hijo discapacitado o malformado: allí el "daño" se verificaría con mayor claridad -dice el Tribunal- en razón de la anormalidad.-

Considera también la circunstancia de que la madre pudo abandonar legalmente a su hijo, y llega a evaluar el hecho de que en algunos casos, los hijos no deseados terminan por ser aceptados y queridos por sus padres.-

Pero ni uno ni otro argumento resulta del todo convincente para el Tribunal, ni para quien analice el fallo.-

Estamos pues, frente a este caso concreto, que se inscribe dentro de los cinco pasos que antes reseñábamos.-

El Tribunal de Casación luego de estos artificios argumentales que a nadie convencen, termina por rechazar la acción sobre la base de que el "solo nacimiento no haría presumir un daño para la madre, si el chico no fue deseado".-

"La existencia del hijo que ella ha concebido no puede, por sí sola, constituir para su madre un perjuicio jurídicamente reparable, aún si el nacimiento sobreviene después de una intervención practicada sin éxito, con miras a la interrupción del embarazo", dice el Tribunal.-

Aún cuando coincidimos con la solución del Tribunal, no nos resulta coherente el fundamento de la resolución.-

Puestos en un punto de vista positivista -y en el marco normativo francés- pensamos que la solución justa, (justa con minúscula, ya veremos), debió conceder a la madre una indemnización.-

Ella sufrió un daño material y moral por culpa de la incompetencia de un médico, y no vemos por qué razón éste no debería indemnizarlo.-

En países que admiten el aborto, el feto no tiene -no debería tener, con un mínimo de coherencia- mas importancia que un riñón, o un apéndice. El chico "no es" un chico, no es un ser humano, por eso se lo puede matar impunemente.-

Y la torpeza del médico que no extrajo "lo" que debía extraer, lo que se comprometió a extraer -cobrando seguramente sus honorarios- ni verificó "a posteriori" el éxito de su intervención, debe dar lugar a una indemnización.-

Por eso, dentro de este esquema (que no es el nuestro, como se verá) el fallo no nos satisface.-

### **III. NUESTRA PERSPECTIVA: INSALVABLE DIFICULTAD PARA HACER**

## **JUSTICIA APLICANDO LEYES INJUSTAS**

Mas allá de la incoherencia apuntada, no dejamos de valorar el esfuerzo del Tribunal por dictar una sentencia que en sí misma es justa.-

La Corte de Casación se encontró encerrada dentro de una irreductible situación: Sabe por un lado que la vida del niño es un derecho sagrado -y así lo dice, apoyándose incluso en leyes francesas y en la convención de la O.N.U. sobre los derechos del niño del 20.11.1989- y que el nacimiento de un niño es, en sí mismo, un acontecimiento feliz.-

Sabe también, que la ley positiva permite el aborto, y le resulta imposible compatibilizar esta ley, con el carácter sagrado y con el respeto que toda vida humana merece.-

Sabe también que la conducta de la madre que quiere matar al hijo que lleva en su seno, es en sí misma disvaliosa y éticamente reprochable (así como la del médico), a pesar de lo cual no puede ignorar que se trata de conductas permitidas por la ley.

No es raro pues que, al cabo de estas irreductibles contradicciones, la sentencia no conforme ni a unos ni a otros.-

En nuestro criterio, el Tribunal debió, con cierta audacia, pronunciarse sobre la inmoralidad intrínseca de leyes que -como la francesa, y como tantas otras- permiten el aborto.-

Es decir, permiten que una madre, que está llamada a dar la vida, y un médico, que está llamado a defender la vida, produzcan la muerte.-

El fallo que comentamos reviste a nuestro criterio verdadero interés, y nos pone frente al viejo dilema de saber si el derecho positivo debe estar subordinado a los principios del derecho natural, o si puede, en cambio convalidar cualquier conducta.-

Nosotros creemos firmemente lo primero, y este fallo reafirma nuestras convicciones jurídicas y morales, y pone de manifiesto que resulta imposible hacer justicia, cuando las leyes que rigen en la sociedad son injustas.-

El aborto en sí mismo, constituye un crimen, una conducta claramente antijurídica que ninguna ley puede convalidar, pues no es justo que se pueda matar a un ser humano



inocente.-

Las leyes dictadas por los hombres no pueden alterar este principio elemental del respeto a la vida, que está fundado en la naturaleza humana.-

Cuando los hombres se levantan contra el derecho natural, y legitiman conductas que en sí mismas son aberrantes y contrarias a la naturaleza humana, todo el sistema jurídico se tambalea y se resiente.-

El hombre contemporáneo aparece hoy en día preocupado por cuestiones ecológicas: la extinción de ciertas especies animales, la tala indiscriminada de bosques, la pesca abusiva en ciertos mares, la capa de ozono, son temas que se encuentran a la orden del día. Y está muy bien que así sea.-

Pero esta preocupación por el respeto a la naturaleza -animal, vegetal o inanimada- debería estar acompañada por un similar respeto por la naturaleza humana.-

El tema del aborto plantea claramente este dilema: o el hombre admite una ley de orden natural, que lo lleva a respetar la vida humana, o -en cambio- se levanta contra dicha ley, y permite que se pueda impunemente matar a un ser humano por nacer.-

El fallo comentado nos lleva a reflexionar también sobre este tema.-