# La aceptabilidad de las acciones *wrongful birth* en el marco de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas

## The Acceptability of Wrongful Birth Actions within Jürgen Habermas' Discursive Theory of Law

## A aceitabilidade das ações *wrongful birth* no marco da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

Luis Guillermo Bastidas Goyes*
Eduardo Alfonso Rueda Barrera**

Fecha de recepción: 31 de enero de 2019. Fecha de aprobación: 6 de junio de 2019

Doi: http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7633

Para citar: Bastidas Goyes, L.G., & Rueda Barrera, E. A. (2019). La aceptabilidad de las acciones *wrongful birth* en el marco de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. *Estudios Socio-jurídicos, 22*(1), 145-174. Doi: http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7633

## Resumen

En este artículo se examina la aceptabilidad de las acciones *wrongful birth (WB)* a partir de la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas. Inicialmente, se describe el alcance que tienen hoy diversas pruebas genéticas para informar decisiones reproductivas. En un segundo momento, se delimitan reclamaciones judiciales presentadas en ordenamientos jurídicos que admiten la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), debido a afectaciones en el embrión y el feto que no fueron conocidas por los padres por no seguirse la *lex artis ad hoc* en el diagnóstico preconceptivo, preimplantatorio y prenatal. En tercer lugar, se explican los puntos con base en los cuales Habermas, en debate con Thomas McCarthy, propone la evaluación de la legitimidad de normas y fallos judiciales en términos

* Magíster en bioética, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C. Especialista en derecho médico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. Abogado, Universidad del Cauca, Popayán. Docente de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad Antonio Nariño, Bogotá D.C. Correo electrónico: bastidas.l@javeriana.edu.co. ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3453-568X.

** Ph.D. en Filosofía de la Universidad del País Vasco. Investigador grupo de trabajo en filosofía política CLACSO, Bogotá D.C. Correo electrónico: erueda@javeriana.edu.co.

de discursos de fundamentación y aplicación. Finalmente, se plantean las consecuencias que surgen de estos argumentos para valorar la admisibilidad de este tipo de demandas.

**Palabras clave:** pruebas genéticas, decisiones reproductivas, *wrongful birth*, teoría discursiva del derecho de Habermas, legitimidad.

## ABSTRACT

This article examines the acceptability of *wrongful birth (WB)* actions based on Jürgen Habermas' discursive theory of law. Initially, it is described how different genetic tests are used nowadays to inform reproductive decisions. Then, it delimits legal cases of abortion requests, in contexts where abortion is legal because of embryo and fetus problems unknown to their parents as the *lex artis ad hoc* was not followed in pre-conception, pre-implantation, and prenatal diagnostic procedures. After that, the article presents the explanation of the reasons that Habermas, in the debate with Thomas McCarthy, suggested for evaluating the legitimacy of the norms and judicial decisions in terms of foundation discourses and their application. Finally, the consequences arising from these arguments are considered to assess the admissibility of this type of lawsuits.

**Keywords:** Genetic tests, reproductive decisions, *wrongful birth*, Habermas' discursive theory of law, legitimacy.

## RESUMO

Neste artigo examina-se a aceitabilidade das ações *wrongful birth (WB)* a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Inicialmente, se descreve o alcance que têm hoje diversas provas genéticas para informar decisões reprodutivas. Em um segundo momento, delimitam-se reclamações judiciais apresentadas em ordenamentos jurídicos que admitem a interrupção voluntária da gravidez (IVE), devido a afetações no embrião e o feto que não foram conhecidas pelos pais por não seguir a *lex artis ad hoc* no diagnóstico pré-concetivo, pré-implantação e pré-natal. Em terceiro lugar, explicam-se os pontos com base nos quais Habermas, em debate com Thomas McCarthy, propõe a avaliação da legitimidade de normas e decisões judiciais em termos de discursos de fundamentação e aplicação. Finalmente, se apresentam as consequências que surgem destes argumentos para valorar a admissibilidade deste tipo de demandas.

**Palavras-chave:** provas genéticas, decisões reprodutivas, *wrongful birth*, teoria discursiva do direito de Habermas, legitimidade.

## Introducción

Es bien conocido que el creciente abanico de innovaciones tecnológicas aplicadas a la esfera vital trae consigo riesgos y oportunidades diversas. Hoy más que nunca se hacen perceptibles las posibilidades de la medicina genética/genómica, que permiten predecir y detectar un gran número de problemas de salud antes y durante la gestación.

Los progenitores de la segunda mitad del siglo XX y comienzos del siglo XXI exigen que los profesionales de la salud adapten sus conductas según los lineamientos que rigen el buen comportamiento profesional e, igualmente, que mantengan una adecuada comunicación con ellos en relación con las posibles alteraciones del inicio o del desarrollo vital de su descendencia, so pena de hacer prevalecer ante los jueces sus prerrogativas y que se hagan efectivos los resarcimientos por el daño/perjuicio[1] resultante de los menoscabos que se les hubieran ocasionado con conductas no ajustadas a derecho –*mala praxis*–. Es en este contexto en el que se han venido interponiendo una serie de acciones denominadas *wrongful birth (WB)*[2] en varios países y que, para efectos de este trabajo, se sitúa en el surgimiento de los *birth torts* en Estados Unidos (EE.UU.) para, en lo sucesivo, descender al escenario español, donde el Tribunal Supremo ha emitido jurisprudencia sobre la valoración del daño/perjuicio.

Las demandas por WB se configuran cuando los progenitores, especialmente la madre, no puede optar por la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en detrimento del derecho a la autodeterminación que le asiste, debido a la ausencia de información necesaria o, en su defecto, por haberla recibido de forma imprecisa por parte de los profesionales de la salud, lo que hace que el producto de la gestación nazca con graves alteraciones.

Para abordar dicha problemática se examina la posición de Jürgen Habermas, en cuanto suministra postulados conceptuales válidos frente a los vacíos que trae consigo la indeterminación del derecho, eje para

[1] Entiéndase por *daño* la lesión en sí misma (física o no) y por *perjuicio* la consecuencia negativa que se deriva (soporte de indemnización).

[2] Se ha preferido dejar el término *wrongful birth* en su naturaleza anglosajona dado que es la terminología usualmente empleada para designar este tipo de casos (Macía, 2005).

direccionar una auténtica racionalidad y legitimidad favorable para miembros de las sociedades plurales y democráticas. Así mismo, resulta útil el énfasis realizado por Thomas McCarthy sobre los desacuerdos ético-políticos persistentes como un rasgo propio de la vida pública democrática, aporte que fortalece lo trazado por el autor alemán.

En ese sentido, con este artículo de reflexión[3] se pretende contribuir a la discusión sobre las reclamaciones que se suscitan al inicio de la vida. De este modo, en la primera parte se indican algunas de las pruebas diagnósticas hoy utilizadas en el área de la medicina reproductiva, las causas que por *mala praxis* médica pueden dar lugar a demandas por WB y la incidencia de un buen asesoramiento. Posteriormente, se describe de manera general el origen de estos supuestos en EE.UU., antecedente que es propicio para ingresar al modelo español. En seguida, se revisan conceptos tanto de Habermas como de McCarthy para evaluar la aceptabilidad de las acciones de WB. Por último, se sugieren enfoques estratégicos y alternativos que son aplicables en los ordenamientos jurídico-políticos, haciéndose extensivos para Colombia.

## Pruebas genéticas, mala praxis médica y consejo genético

En la actualidad, la disponibilidad de nuevas biotecnologías proporciona a los progenitores la posibilidad de evitar un sinnúmero de enfermedades en su descendencia, reforzar ciertos caracteres hereditarios, entre otras elecciones (Cortina, 2002). En efecto, los padres se encuentran frente a una pluralidad de opciones con las que no hubieran contado hace algunos años: "ahora tienen la ocasión de definir a un «niño aceptable» con criterios que, posiblemente, nunca se han planteado" (McGee, 2003, p. 125). Las parejas aspiran a prevenir o minimizar las adversidades biológicas que sean potencialmente transmisibles a sus hijos ya que anhelan, en principio, que su niño/a no se vea sometido/a a patologías que impliquen para su vida una grave forma de afectación.

[3] La metodología utilizada para su elaboración se fundamentó en literatura especializada y en distintas fuentes documentales relevantes sobre cada sección objeto de estudio, esto permitió elaborar un marco teórico sistemático y actualizado, soporte para justificar y emitir el punto de vista reflexivo.

> Habrá padres que prefieran concebir a sus hijos en tubos de ensayo y gestarlos en vientres artificiales, fuera del cuerpo humano […] donde pueda vigilarse el desarrollo de su hijo antes de nacer. Se [podrán] hacer cambios genéticos en los fetos humanos dentro del seno materno para corregir anomalías y enfermedades mortales […]. (Rifkin, 2009, p. 25)

En este marco, existen hoy por hoy gran variedad de pruebas genéticas que pueden llevarse a cabo por expertos en medicina reproductiva, siguiendo un apropiado consejo genético (CG) para poder detectar diversas anomalías antes y durante la gestación. Entre ellas se incluyen:

- **Pruebas preconceptivas:** orientadas a verificar si la madre, el padre o ambos son portadores de factores genéticos que puedan repercutir notablemente en la condición médica de sus descendientes, "[…] se realizan en el sujeto antes de la concepción para comprobar los posibles riesgos de concebir un hijo con enfermedades o anomalías genéticas, hereditarias o cromosómicas" (Emaldi, 2003, p. 12).
- **Pruebas preimplantatorias:** su objetivo es "[…] analizar genéticamente los preembriones obtenidos por técnicas de fecundación *in vitro* antes de ser transferidos al útero, de forma que solo son transferidos los no afectos de la enfermedad […]" (Antiñolo & Lozano, 2010, p. 50). Aquí, la atención se centra en el examen del material genético de los preembriones para tomar la decisión de implantarlos o no.
- **Pruebas prenatales:** A fin de llevarlas a cabo, se entiende que existe progreso embrionario-fetal, por ende, todos los dictámenes se dirigen a identificar anormalidades morfológicas, funcionales o moleculares. "[…] Conviene destacar la importancia del diagnóstico prenatal en casos de riesgo o de sospecha de problemas del feto. Las técnicas que pueden aplicarse a este diagnóstico no son sólo genéticas, sino también de otro tipo: exploraciones radiológicas, ecografías, fetoscopias […]" (Boladeras, 2005, p. 134).

Ahora bien, la práctica de estas técnicas por los profesionales especializados no siempre desemboca en un resultado deseado, ya que por supuestos de negligencia o *mala praxis* médica pueden derivar en uno insatisfactorio y de paso en afectaciones para quienes se someten a ellas,

como en el caso de los falsos negativos, eventos "[…] en los que la prueba inicial no detecta la condición de portador y se supone que los individuos están libres de anomalías cuando, de hecho, son heterocigóticos portadores […]" (Emaldi, 2003, p. 42). Dentro de otros sucesos se reportan:

- No proponer la conveniencia de someter a la paciente a determinados tests genéticos, limitando el derecho a la autodeterminación de la mujer y con ello a evaluar la posibilidad de valorar la IVE.
- Ausencia de diligencia en la toma de distintas muestras antes y durante el periodo gestacional, que por su característica invasiva pueden causar lesiones al feto, a la madre o a ambos.
- Por falsos positivos, en los cuales inicialmente se identifica al feto como portador de una carga genética negativa que sobreviene inexistente (Emaldi, 2017).

En esa medida, la información revelada por dichas pruebas debe ser comunicada en forma clara y completa por el equipo médico, siguiendo las pautas para un adecuado consejo genético (CG). El propósito del CG radica en poner en conocimiento de los padres los medios existentes para poder evitar o paliar las alteraciones que se han de encontrar o se hayan encontrado.

En el CG se debe adelantar un proceso de asesoría no directivo, orientado a señalar o confirmar el diagnóstico, determinar el riesgo genético, comunicar la información obtenida (tratamiento-pronóstico), ajustar los cursos de acción y decisión posibles, así como hacer un seguimiento idóneo. El papel del CG no se agota en el simple proceso de diagnóstico de las condiciones clínicas de afectación, sino que debe facilitar la comprensión de información compleja para el paciente, requiriéndose para ello compromiso de los profesionales de la salud que la suministran, lo que a menudo exige equipos multidisciplinarios e interdisciplinarios (Pina-Neto, 2008).

En virtud de lo anterior, es relevante que cada una de estas etapas se rijan por la *lex artis*, esto es, por la norma que dirige el buen comportamiento profesional, y que, en el ámbito de la responsabilidad médica, se ciñe a las singularidades de cada acontecimiento, adquiriendo la denominación de *lex artis ad hoc*, que constituye el criterio indispensable

para valorar el acto médico según los estándares establecidos (Fernández, 2008). En tal sentido, toda práctica debe hacerse "adaptando su diligencia al caso concreto y a las circunstancias en que las mismas se desarrollen, teniendo en cuenta especiales características" (Pacheco, 2011, p. 5).

## El origen de las acciones de WB y el modelo español

Al ser las reclamaciones por WB apenas una clase de demandas que se pueden interponer por los progenitores contra el personal sanitario por *mala praxis*, se pasa a establecer (i) su origen, para luego (ii) ingresar al modelo español.

### *Los Birth Torts*

La corriente de los *birth torts* se desprende de lo que tiempo atrás, en EE.UU., se ha vinculado a los mecanismos para atribuir responsabilidad cuando concurren motivos fundados para reconocer daños/perjuicios. De hecho, se pueden distinguir los *strict liability torts* y los *intentional torts* de los *negligence torts*. A grandes rasgos, mientras en los *strict liability torts* no es necesario probar el actuar negligente de quien provoca el daño/perjuicio y en los *intentional torts* es característico que se haga exigible un móvil intencional de causarlo, en los *negligence torts*, se alega que no se ha cumplido o seguido los cuidados mínimos conforme a deber (McQuillan & Abramyan, 2010).

Para Owen (2007), la importancia de agrupar los elementos que determinan la negligencia radica en que estos posibilitan comprender contenidos sustantivos, de allí que proponga cinco: " (1) duty, (2) breach, (3) cause in fact, (4) proximate cause, and (5) harm" (p. 4), presupuestos que dejan entrever el compromiso en los comportamientos que pueden dar lugar a formular o no imputación en el mundo jurídico.

En el campo específico del inicio de la vida, se precisa que los *birth torts* son acciones que emergen al configurarse una *mala praxis* médica y, usualmente, se han clasificado en tres categorías, a saber: (i) *wrongful conception - pregnancy*, (ii) *wrongful life* y (iii) *wrongful birth* (Raper & Evans, 2005).

Los (i) *wrongful conception - pregnancy* son demandas mediante las cuales los progenitores (uno o ambos) pretenden una retribución económica, pues por la *mala praxis* sanitaria –al hacer una cirugía de esterilización (con ejecución inapropiada) o formular métodos anticonceptivos (sin la adecuada información), por ejemplo– no se obtuvo un resultado contraceptivo eficaz, ya que sobrevino la concepción y el parto de un criatura sana pero no planificada.[4]

Los (ii) *wrongful life* aluden a la acción que instaura el hijo que no debió haber sido concebido pero debido a la *mala praxis* médica o al inapropiado asesoramiento a sus progenitores se les priva la posibilidad de optar según su intención por la IVE, dándose lugar a su nacimiento y a que él experimente intenso sufrimiento. Generalmente, las demandas por *wrongful life* se instauran por los padres o tutores como representantes legales de la criatura que tiene un marcador genético negativo (Emaldi, 2017).[5]

Los (iii) *wrongful birth* son demandas que se interponen por los progenitores, especialmente por la madre, dada la *mala praxis* médica por falta de información necesaria o, de no ser así, por haberla recibido de forma imprecisa, transgrediendo el derecho a la autodeterminación que le asiste y, que a su vez, va ligado a poder decidir por la opción de la IVE en razón de las graves alteraciones que se hacen presentes en el producto de la gestación.

La pretensión de resarcir el daño/perjuicio no solo puede dirigirse contra el personal sanitario, singular o plural, sino contra la institución hospitalaria o contra la administración pública por no haberse ejercido la respectiva labor conforme a la *lex artis ad hoc* (Alvargonzález, 2009; Emaldi, 2017).

Como antecedente se descubre que en *Gleitman v. Cosgrove* (1967)[6] fue la Corte Suprema de New Jersey la que tuvo conocimiento de un asunto que no prosperó al lado de una reclamación por *wrongful life*, debido a la dificultad de medir el daño/perjuicio y por razones de política pública que buscaban preservar la sacralidad de la vida (Pacheco, 2011).

[4] *Cfr.* Sentencia *Custodio v. Bauer* (1967).

[5] *Cfr.* Sentencia *Park v. Chessin* (1977).

[6] Para un sector de la doctrina este fallo se constituye como precursor (Vicandi, 2013).

Estando en vigor *Roe v. Wade* (1973),[7] se empezarían a reconocer controversias sobre supuestos de WB; un ejemplo es *Jacobs v. Theimer* (1975) proferido por la Corte Suprema de Texas, el cual se resolvió a favor de los progenitores de una criatura que nació con varias anomalías:

> La única alternativa que podría haber evitado los daños a los demandantes, si los mismos hubieran sido completamente informados acerca de la rubéola y sus consecuencias, era la interrupción del embarazo. Una vez más, se asume que la señora […] podría y habría terminado con el embarazo por medios legales. (Jacobs v. Theimer, 1975) [Traducción propia]

Pese a la serie de pronunciamientos que se han expedido luego de *Jacobs v. Theimer* en EE.UU., el manejo que le han dado los tribunales de los distintos Estados no ha sido del todo pacífico. Mientras en Arizona, Oklahoma o Pennsylvania se ha resuelto por no permitirlos, en Florida, New York y otros, han sido los tribunales quienes fallaron demandas a favor de los padres, resarciendo los daños/perjuicios que la crianza del nuevo ser les genera. Se ha expresado que no es del resorte de algunas legislaturas estatales interferir con los derechos que están en juego en materia de WB, sino que debe ser el sistema judicial el encargado de dirimir el mérito de esta clase de acciones (Whitney & Rosenbaum, 2011; Harris, 2014).

Este breve recorrido sobre el origen de los *birth torts* en el *common law* suministra un sustrato para evidenciar una problemática no solo médico-clínica o jurídica alrededor de esta tipología de acciones, por lo que habrá de divisarse si acontece algo semejante o no en el sistema del *civil law*.

### *El modelo español*

En España,[8] de forma similar a los requerimientos de EE.UU., para imputar una conducta como no ajustada a derecho que posibilite

[7] Esta sentencia despenaliza la IVE en EE.UU., pese a ello el tema no ha dejado de ser polémico (Shapiro, 2008).

[8] *Cfr.* Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

solicitar indemnizaciones por *mala praxis* médica al inicio de la vida, se deben seguir las exigencias de la responsabilidad; entonces, para admitir o inadmitir una acción de WB, es necesario "examinar cada uno de los presupuestos (daño, culpa y relación de causalidad, tanto en su perspectiva fáctica como jurídica), a fin de ver si efectivamente están o no aquí presentes" (Macía, 2007, p. 14).

El sistema español se basa en el régimen de culpa para reclamar responsabilidad a los profesionales sanitarios que se han apartado de la *lex artis ad hoc* según el estado actual de la ciencia médica. Así, un punto cardinal de la *mala praxis* médica que ocasiona el defecto en el diagnóstico, llámese preconceptivo, preimplantatorio o prenatal, se circunscribe a un actuar negligente, en el que pudiéndose dar el concepto no se efectúa o en el evento de poderse realizar bien se hace mal (Macía, 2007).

El nexo de causalidad gradúa el enlace entre el comportamiento de los profesionales de la salud y los agravios de los cuales son receptores los progenitores, por lo que el elemento daño/perjuicio en las acciones de WB adquiere relevancia y conecta con "la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo o de la libertad de procreación" (Macía, 2009, p. 198).

Bajo estas premisas, el daño/perjuicio se torna en factor central para analizar los postulados de Habermas y McCarthy, estructura sobre la que se soporta la propuesta de carácter estratégico-alternativo que se esclarecerá más adelante. Antes, es menester detenerse para especificar que en el país ibérico los fallos por WB se han producido en fechas no tan lejanas como en EE.UU; no obstante, se advierte una evolución jurisprudencial "errática y sin una línea decisoria clara" tras un estudio de "28 sentencias (14 de la sala de lo Civil y 14 de la sala de lo Contencioso-administrativo) dictadas entre 1997 y 2016" (Sánchez, 2018, pp. 467-468).

Fue hasta 1997 que la Sala Civil del Tribunal Supremo resolvió un caso de este tipo por no haberse informado sobre la trisomía 21 del feto tras las pruebas correspondientes –amniocentesis– (STS de 6 de junio de 1997). Esta providencia incurrió en múltiples incongruencias porque, además de confundir la acepción de WB con *wrongful life*, el daño/perjuicio osciló entre la criatura con el Síndrome de Down y el impacto psíquico de crear a un ser con discapacidad. Le siguió la STS de 4 de febrero de

1999 que cambió la postura negando el derecho a la IVE y dejando sin sustento la reclamación.

En la STS de 7 de junio de 2002 no se hace mayor argumentación sobre el daño/perjuicio, pero sí lo vincula a la privación de optar por la IVE con base en factores personales y familiares, cambiando el dictamen de 1999. La STS de 18 de diciembre de 2003 es peculiar, ya que revela indicios de concebirlo como la lesión al derecho a la información, esto debe "reconducirse (y así [se hará]) a la identificación del daño en la imposibilidad de abortar y a la lesión al derecho de autodeterminación de la mujer en relación al derecho de información" (Sánchez, 2018, p. 472).

Estas cuatro providencias generaban pensamientos encontrados. De un lado, se enunciaba que no hay "jurisprudencia al respecto, ni a favor, ni en contra, pues la *ratio decidendi* de cada caso es distinta" (Macía, 2007, p. 33) mientras que, por el otro, se manifestaba que "de las cuatro resoluciones […] se desprende un *hilo conductor*. Esto es, una *jurisprudencia* que da cabida […] a las acciones de *wrongful birth*" (De Ángel, 2005, pp. 205-206).

Este panorama se acentúa por el hecho de que las acciones de WB pueden ser de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo como sucedió con la STS de 4 de noviembre de 2005, en la que el daño/perjuicio se estimó por privación de la información para optar sobre la posibilidad de abortar, transgrediendo la voluntad de autodeterminación de la mujer ligada al principio de dignidad. La Sala Civil, por su parte, adujó que el daño/perjuicio:

> [R]esulta no sólo del hecho [de] haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir [acerca] de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. (STS de 21 de diciembre de 2005)[9]

[9] El daño/perjuicio material no es muy reconocido por el Tribunal Supremo, aunque se lo relaciona con el detrimento económico que implica la crianza de la criatura. En cambio, si hay una mayor tendencia a un quantum indemnizatorio por el daño/perjuicio inmaterial, cuyas cifras oscilan entre 60.000€ y 150.000€ (Sánchez, 2018).

Tras esto, cabe indicar que la jurisprudencia en España no goza de uniformidad en cuanto existen fallos que califican el daño/perjuicio con la imposibilidad de abortar (*v. gr.* STS de 4 de noviembre de 2008) o la falta de preparación psicológica (*v. gr.* STS de 21 de diciembre de 2005) (Sánchez, 2018).

En ese orden, como se puede constatar, han predominado los ámbitos médico-clínicos y jurídicos en el tratamiento de este tipo de acciones; sin embargo, la fe cientificista no siempre trae consigo hallazgos satisfactorios y el derecho no siempre da cuenta de las expectativas depositadas, motivo por el cual se hace apremiante analizar postulados conceptuales dirigidos a justificar la evaluación de visiones responsables y sensibles favorables a miembros de sociedades plurales y democráticas.

## El debate entre Jürgen Habermas y Thomas McCarthy sobre la aceptabilidad jurídica

De las anteriores consideraciones y por las implicaciones que devienen de ello, con el fin de evaluar criterios válidos aplicables a las reclamaciones por WB, se pasa a examinar los puntos de vista que Habermas y McCarthy han defendido para establecer como admisibles normas y decisiones judiciales, perspectivas que permiten dilucidar su pertinencia.

### *La concepción discursiva de la legitimidad de las normas y decisiones judiciales de Jürgen Habermas*

Uno de los autores que se ha preocupado por introducir una base conceptual sólida para resolver en términos de aceptabilidad racional la articulación de los ordenamientos jurídico-políticos ha sido Habermas, en la medida en que ha esbozado una reconstrucción dialógica del derecho fehacientemente sustentada; esto le ha permitido tomar una postura crítica frente a un problema sobre el que importantes teorías filosóficas, sociológicas y jurídicas contemporáneas no han sido del todo convincentes (Mejía, 1996).

La reconstrucción teórica del derecho que elabora Habermas se funda en el concepto de acción comunicativa. De acuerdo con su

enfoque, la acción social implica la coordinación de acción de los agentes, la cual se respalda en actos de habla que pretenden *inteligibilidad* para lo que dicen, *verdad* para el contenido de lo que dicen, *rectitud* normativa, y *veracidad* como expresión de sinceridad de quien los ejecuta (Habermas, 1991). Es en el mundo de la vida como horizonte común en el que, con base en el poder comunicativo, se despliegan los planes de acción de los participantes en situaciones concretas (Hoyos, 1986; Habermas, 2010).

En este giro analítico, el autor alemán reformula el «principio U» kantiano, a saber, "obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal" (Kant, 2006, p. 92), por el «principio D» que él plantea, así: "D: Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales" (Habermas, 2010, p. 172).

Según su parecer, la validez de las normas jurídicas descansa en el *principio D*, directriz que siendo fundamento de la moral autónoma toma la forma jurídica del principio democrático que ha de guiar la producción de aquellas. La legitimidad jurídica se corresponde de esta manera con la legitimidad política del proceso de configuración normativa, conformando un sistema de disposiciones que contienen "exactamente los derechos que los ciudadanos tienen que atribuirse y reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo" (p. 188).

La teoría discursiva del derecho hace depender la aceptabilidad racional de las normas jurídicas y de las sentencias judiciales de la calidad de los argumentos, y sobre todo del examen de los presupuestos bajo los cuales corre el proceso argumentativo en relación con el contenido. Este proceso procura el intercambio colectivo y cooperativo sobre un tema determinado:

> [N]o hay más remedio que asentir a dos tesis. Por un lado, el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas,

> éticas y morales[10] hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Por otro, la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio. (Habermas, 2010, p. 302)

En este punto, resulta oportuno distinguir los discursos jurídicos de fundamentación de los discursos jurídicos de aplicación:

> [E]l modelo de discurso jurídico que Günther y Habermas proponen permite descargar al juez de los problemas de fundamentación de la norma que aplica. La racionalidad de su decisión ya no dependerá del fundamento racional de esa norma, cuestión que ya estará resuelta en un discurso distinto y anterior, sino de la interpretación discursiva de la situación y de la concreción de la norma más apta, que será la norma de ese preciso caso. (García, 1993, pp. 250-251)

La coherencia que se reclama a los pronunciamientos judiciales para hacer valer la norma más apta ante una situación discursivamente elaborada, supera los problemas de discrecionalidad judicial propia del positivismo jurídico (Hart, 2012)[11] y del decisionismo, que ocurre cuando se sobreestima la competencia decisoria de los jueces (Dworkin, 2012).[12] En la teoría discursiva los fallos están obligados a justificarse en el marco normativo que fija el ordenamiento jurídico, teniendo presente situaciones sólidamente establecidas de la mano de los mejores argumentos.

[10] Para Habermas (2010) el *¿qué debemos hacer?* de cada una de estas cuestiones hacen un uso distinto de la razón práctica (voluntad) kantiana y se explican en su respectivo discurso, de conformidad con lo adecuado a fines para las *cuestiones pragmáticas* (imperativo condicionado), de lo bueno para las *cuestiones éticas* (autocomprensión) y de lo justo para las *cuestiones morales* (imperativo categórico o incondicionado).

[11] *V. gr.,* "[…] Desde su analítica positivista conoce Hart […] sólo «reglas» […] las cuales son normativamente obligatorias. No obstante, esas *rules* no son siempre exactas; ellas dejan unas «zonas grises», unos «campos de juego inciertos». Cuando un caso difícil (*hard case*) no es inequívocamente cubierto por una regla jurídica, decide el juez según su apreciación. En el marco del campo de libre apreciación su decisión es siempre correcta […]" (Kaufmann, 1999, p. 107).

[12] Para Dworkin, los jueces deben proferir sus providencias basándose en principios jurídicos, normas de carácter superior que de entrar en colisión admiten una sola *respuesta correcta*: "[…] Importa la forma en que los jueces deciden los casos […] Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso […] la ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es […]" (Dworkin, 2012, p. 15).

### *La persistencia del disenso: Thomas McCarthy ante el problema de la legitimidad jurídica*

Ante el postulado de Habermas, McCarthy (1996) ha señalado que el diálogo democrático no resuelve las diferencias irresolubles y los desacuerdos razonables. McCarthy se pregunta, ¿por qué motivo no podemos esperar que los ciudadanos libres e iguales, con divergencias a menudo incompatibles, acuerden valores comunes? Desde su punto de vista, aun cuando exista un acuerdo general en el nivel de los principios y procedimientos básicos puede haber desacuerdos persistentes en todos los niveles importantes de discusión, especialmente si los participantes reflexivos saben que incluso el discurso racional ideal no puede llevar a un consenso sustancial sobre qué sea aquello que refleja de todos, en condiciones de diversidad social, cultural, psicológica, *inter alia*.

> No [se está] lejos de la posición [defendida] en "Discurso Práctico". Sin embargo, en una nueva respuesta a ese ensayo, escrito sobre el mismo tiempo, como "Luchas por el Reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho", Habermas estuvo de nuevo esforzándose por distinguir su posición de [esta]. El punto de conflicto, al parecer, sigue siendo el énfasis que [se pone] en los desacuerdos ético-políticos persistentes como una característica indeleble de la vida pública democrática y sobre las consecuencias que [se sacan] para el concepto de legitimidad democrática. (McCarthy, 1996, p. 1116) [Traducción propia]

McCarthy sostiene que los desacuerdos ético-políticos no son en principio susceptibles de ser superados mediante un acuerdo racionalmente consensuado; más bien, se puede vislumbrar solo una primacía relativa de la deliberación, en relación con la pluralidad de grupos y subculturas, que opera en el marco de identidades y aspiraciones compartidas entre ellos.

> [La] posición no ha sido nunca que los esfuerzos por lograr un consenso ético-político en las sociedades plurales "deben" fallar, sino que *pueden* fallar. Entre los extremos de afirmar que siempre [se puede] llegar a un consenso racional y que nunca [se puede] hacerlo, se encuentra la idea de que a veces [se puede] y a veces no. Habermas parece pensar que [el] argumento gira en negar la posibilidad misma

> de acuerdo razonable en materia política en condiciones de pluralismo social, cultural e ideológico, cuando en realidad se quiere afirmar la posibilidad misma de un desacuerdo razonable en tales circunstancias. (McCarthy, 1996, p. 1120) [Traducción propia]

De esto se desprende que, a los participantes reflexivos de un discurso práctico, en principio les asiste la posibilidad de llegar tanto a acuerdos como a desacuerdos, ambos razonables, en la medida en que corresponden a visiones omnicomprensivas del bien que se aceptan como inconmensurables entre sí. Esta pluralidad irreconciliable de perspectivas sobre el bien resulta evidente, particularmente en problemáticas concernientes al inicio y fin de la vida (*v. gr.* IVE, técnicas de reproducción humana asistida, decisiones anticipadas, muerte asistida, etc.). De ahí que, los resultados aceptados por los miembros de un grupo o subcultura como formalmente correctos no puedan convertirse inmediatamente en algo que todos pudieran desear o asentir debido a que la fuerza de la justificación puede variar conforme a la perspectiva valorativa (McCarthy, 1996).

> En "Discurso Práctico", [se trató] de proponer […] consideraciones relativas a los conflictos de valor discutidos anteriormente, [se argumentó] que Habermas tuvo que hacer espacio a las diferencias irresolubles y a los desacuerdos razonables, en su concepción de opinión racional y formación de la voluntad. "El éxito del principio de universalización de Habermas en conseguir a partir del multiforme 'yo quiero' a un unificado 'lo haremos' depende de encontrar 'necesidades universalmente aceptadas'. [Pero] esto no puede ser posible cuando hay divergencias fundamentales en las orientaciones de valor". (McCarthy, 1996, pp. 1092-1093) [Traducción propia][13]

En este punto, es claro que McCarthy retoma la caracterización hecha por Habermas sobre discursos pragmáticos, éticos y morales para criticar cómo estos, en el "modelo de proceso", se despliegan no como etapas disímiles, sino como racionalidades interconectadas. A su entender, esta falta de concatenación y de reinserción se hace más notoria en el tratamiento

[13] *Cfr.* Practical Discourse: On the Relation of Morality to politics (McCarthy, 1991, pp. 191-192).

del discurso ético y moral, puesto que, al tratarlos por separado, en vez de desarrollar la dialéctica de lo bueno y lo correcto, Habermas estima que las cuestiones morales no están asociadas a una colectividad específica y a su forma de vida.

Según McCarthy (1996), no se puede admitir un único procedimiento que sea capaz de definir las cuestiones estrictamente morales sin que antes se haya logrado un acuerdo sobre una concepción común de lo bueno. Sobre el particular, enfatiza lo siguiente:

(i) Habermas debe ser consistente y observar la distinción entre a) justificación directa, cuyos resultados son aceptados por todos por las mismas razones de procedimiento y de fondo, y b) justificación indirecta, cuyos resultados son aceptados por las diferentes partes por las mismas razones de procedimiento, aunque con diferencias sustanciales entre ellas. En este segundo tipo de justificación, se hacen evidentes las discrepancias éticas y conflictos de interés.

(ii) Si se parte de la base de que los desacuerdos ético-políticos no siempre son susceptibles de una respuesta correcta, sus resoluciones, surgidas del procedimiento, se obtendrían a la luz de compromisos no siempre aceptables por los destinatarios. De modo que sería engañoso emplear el término "aceptabilidad racional" como intercambiable con "aceptabilidad en el marco de un procedimiento discursivo".

(iii) La primacía del derecho procedimentalmente elaborado no puede ser absoluta; solo puede aludirse a una primacía *relativa* de la deliberación sobre aquella encausada desde ópticas de lo bueno.

(iv) No es factible pensar en un acuerdo ético-político "anterior" o "posterior" a los procedimientos jurídico-políticos sino como *"un momento de* él". Aquí toma fuerza, según McCarthy, por qué "[…] «no [se puede] estar de acuerdo en lo que es justo sin lograr un cierto grado de acuerdo sobre lo que es bueno» […] no antes de hablar de lo que es justo, sino como *parte de* la discusión […]" (p. 1119). Por ende, son "un momento" de un acuerdo ético-político sobre lo bueno "[…] los debates que continuamente acompañan a los «proyectos» históricos de actualización de los principios constitucionales en circunstancias siempre cambiantes incluyendo cambios en la composición ético-cultural

de la comunidad jurídico-política […]". (McCarthy, 1996, pp. 1119-1120) [Traducción propia]

McCarthy, igualmente, acentúa que la negociación de la que habla Habermas, esto es, el compromiso de lograr un adecuado equilibrio entre las partes como participantes en el discurso práctico no es del todo satisfactoria, en la medida en que múltiples disputas ético-políticas insolubles no pueden ser fijadas por dichos medios. En sus palabras, "[…] los desacuerdos acerca de lo que [se es] y lo que [se quiere] ser, en el bien común, y sobre los valores fundamentales, a menudo no son susceptibles a un compromiso de este tipo […]" (p. 1122), y esto por cuanto para los participantes:

> [L]os valores no solo informan [sus] preferencias e intereses, sino [sus] juicios de lo bueno y lo malo, y por lo tanto, también del bien y el mal. No solo los valores básicos como el respeto y la dignidad tienen, como reconoce Habermas, un sentido deontológico; hay un elemento de este en cualquier evaluación fuerte. Y eso hace que los desacuerdos sobre los *valores públicos* sean menos susceptibles de compromiso que los conflictos de *interés privado*. (McCarthy, 1996, p. 1122) [Traducción propia]

Así, con McCarthy, si el consenso general no es alcanzable y la negociación no es aceptable por todos, entonces el gobierno de la mayoría no puede ser comprendido como Habermas lo hace, ni puede ser asentido *in genere* como resultado de un procedimiento democrático legítimo, toda vez que su descripción de democracia deliberativa revela pasajes que deberían replantearse. Para este autor, en la interpretación procedimental de Habermas se hace perceptible que el acuerdo general puede coexistir con los desacuerdos irresolubles sobre cuestiones éticas de fondo, sobre todo si se tiene presente que los conflictos éticos difieren de los argumentos morales.

### *Habermas en replica a McCarthy*

Varios son los puntos en los que pueden sintetizarse las objeciones de Habermas a McCarthy, a saber:

(i) Tomando como referencia que el programa de fundamentación de la ética discursiva se caracteriza, entre otras cosas, por ser cognitivista con pretensión de validez normativa, en la que los preceptos morales de alcance general se afirman en el ejercicio intersubjetivo e imparcial, generador de acuerdo, respeto y entendimiento recíproco en términos de rectitud correctiva, se hace necesario con Habermas, dilucidar y recalcar, que la regla de operatividad es compatible con un sentido pragmático-racional de índole formal cuya tarea principal no es proporcionar contenidos sino delinear un procedimiento por medio del cual ha de imponerse el mejor argumento.

> Estas consideraciones sólo tienen por fin aclarar por qué […] cabe esperar que la ética del discurso logre acertar con algo sustancial valiéndose de un concepto procedimental e incluso pueda hacer valer la interna conexión de los aspectos que representan la justicia y el bien común, que las éticas del deber y de los bienes trataron por separado. (Habermas, 1991, p. 111)

(ii) Para Habermas, las reservas elaboradas por McCarthy descansan en la desdiferenciación entre lo justo y lo bueno. Según él, esto supone la *praxis* de la vida cotidiana en la que, al componente práctico sometido a una justificación moral (punto de vista moral), se suma otro que no es objeto de justificación y:

> […] que abarca las orientaciones valorativas particulares integradas en formas de vida individuales o colectivas […] (Habermas, 1991, p. 79). […] en las sociedades modernas [se encuentra] un pluralismo de formas de vida no sólo inevitable, sino incluso deseable, y con una creciente individualización de proyectos de vida […]. (Habermas, 2000, p. 207)

(iii) Habermas advierte que el procedimiento emerge como regla esencial para poder enjuiciar y pensar patrones de rectitud dialógica con imparcialidad desde un *moral point of view*, distinguiendo la norma que mejor se ajuste a cada situación en un orden coherente de corrección. Así lo revela retomando el fundamento del principio (U) con el que busca demostrar dos enunciados: "[…] *a*) que las cuestiones relativas

a la justicia se pueden responder racionalmente, y *b*) cómo se pueden responder, esto es, mediante qué regla de argumentación o qué principio moral […]" (p. 192). Con toda razón, la ética del discurso indica que:

> […] todo aquel que trate en serio de participar en una argumentación, no tiene más remedio que aceptar implícitamente presupuestos pragmático-universales que tienen un contenido normativo; el principio moral puede deducirse entonces del contenido de estos presupuestos de la argumentación con tal que sepa qué es eso de justificar una norma de acción. (Habermas, 1991, p. 102)

En este orden de ideas, los disensos no eliminables en el marco de un anclaje posconvencional de la moral, en la que los órdenes justos no solo vienen construidos sino descubiertos bajo condiciones procedimentales no excluyentes, acaban confirmando el hecho de que solo valen como postulados con sentido deontológico aquellas normas con un contenido fuerte y a eso es a lo que se apunta en clave de consideraciones críticas.

## Consideraciones críticas a las acciones de WB

Conforme a lo expuesto, los avances biotecnológicos y los pronunciamientos generados por los jueces en el campo de la responsabilidad médica por *mala praxis* en supuestos de WB, acertadamente en España se ha encontrado un punto focal para ilustrar el tratamiento jurídico dado actualmente en materia de resarcimiento por daños/perjuicios; sin embargo, al examinar dichas demandas a la luz de la teoría discursiva del derecho de Habermas, con el consecuente aporte de McCarthy, se hace oportuno elaborar un análisis sobre tres cuestiones centrales que repercuten en las sociedades contemporáneas: (i) el carácter inacabado de los ordenamientos jurídico-políticos, (ii) los criterios que justificadamente podría imponer el ordenamiento jurídico al momento de decidir la procedencia de este tipo de reclamaciones para no atentar contra la especie y, (iii) un razonamiento alternativo aplicable a esta clase de demandas, que se hace extensivo a países como Colombia.

### *El carácter inacabado de los ordenamientos jurídico-políticos*

Las acciones de WB plantean situaciones que son ciertamente novedosas para el ordenamiento jurídico, toda vez que tiempo atrás, por razones especialmente técnicas, no se había visto la necesidad de pronunciarse o fallar sobre supuestos de esta naturaleza. En efecto, para que puedan proceder este tipo de acciones resultan necesarios adelantos técnico-científicos en materia de pruebas diagnósticas dentro de la medicina reproductiva, tal que con un alto grado de precisión permitan predecir si el producto de la gestación va a padecer determinadas condiciones de vida, enfermedades, existencia limitada, etc., y de ese modo, en tanto que los sistemas jurídicos lo aprueben, los padres puedan decidir sobre interrumpir o no el embarazo de forma segura y razonablemente protegida contra complicaciones o desenlaces fatales.

Estas circunstancias ponen en evidencia que el derecho tiene un carácter inacabado, ya que solo a partir de la aparición de nuevos requerimientos el mismo tiende a reevaluarse y complementarse, para el caso en concreto, definiendo cómo los derechos fundamentales –aquellos que se pueden justificar con imparcialidad desde el punto de vista moral de cara a una teoría discursiva del derecho– deben ser objeto de protección en la resolución de asuntos novedosos como el de las reclamaciones por WB. Para ello, como Habermas y McCarthy han explicado, la deliberación pública habrá de establecer la lectura más pertinente y justificada.

Es de indicar que Habermas, en su intento por hacer una reconstrucción interna del derecho, detalla la idea de racionalidad comunicativa para referirse a la validez de las normas jurídicas, pues, a su modo de ver, estas deben reflejar una conexión entre derecho y moral, que no se puede agotar en la mera legalidad; mejor aún, se debe reconocer *a fortiori* que las normas jurídicas y las normas morales son compatibles, por lo que a través de esa línea de pensamiento, los derechos fundamentales deben permanecer incólumes tanto en la esfera privada como en la órbita pública, permitiendo el empalme de presupuestos de la trama asociativa.

Para McCarthy el debate se deberá ajustar con alguna variante, esto es, ya no solo en un nivel de abstracción requerido por las normas estrictamente morales destinadas a obligar a todos los destinatarios, sino que, por el contario, las discusiones políticas tienen que estar acordes con

los espacios sociales y los tiempos históricos. Esto evidencia, como se ha señalado, que los asuntos que se deliberen encuentren discrepancias en concepciones divergentes de lo bueno conforme a cada eticidad.

Este primer enfoque que se exterioriza no va en contravía de la dinámica de los ordenamientos jurídico-políticos, en su nivel programático, pues contribuye a forjar espacios societales de inclusión, participación y discusión, a la vez que favorece la labor legislativa con la consecuente configuración de normas operativas y, desde luego, en el ámbito judicial, amplia el espectro decisional al momento de emitir sentencias consistentes.

Aquí, es importante tener en cuenta que el carácter temporal del mundo social hace indispensable contextualizar los fallos que se emitan, exigencia que ha sido reivindicada por Klaus Günther en su concepto normativo de coherencia:

> Si toda norma válida está necesitada de ser complementada coherentemente por todas las demás normas aplicables en una situación, su significado se modifica en toda situación. De esta manera [se depende] de la historia, dado que es solamente esta última quien produce […] las situaciones imprevisibles que […] fuerzan a una interpretación de todas las normas válidas distinta[s] en cada caso. (Günther, 1989, p. 182, citado por Habermas, 2000, p. 150)

Bajo este entendido, no se puede desconocer la particularidad inacabada de los ordenamientos jurídico-políticos, puesto que, al enfrentarse con materias como la de reclamaciones por WB posibilitan entender propiedades inherentes aún no explícitas de estos y que, en los términos aludidos por su dinámica, requieren de complemento constante, lo cual establece bases para afrontar posibles demandas futuras por conductas humanas debidamente examinadas en el presente.

### *Criterios para decidir la procedencia de los casos de WB*

A causa de las referidas injerencias en la esfera vital, el postulado de Habermas también conecta con problemáticas de orden inédito y de mayor calado, que emergen de la biomedicina y biotecnología por el nuevo tipo de intervenciones que pueden realizarse, en las que se ponen

en juego criterios relativos a la autocomprensión humana y, en esa medida, surge un segundo enfoque frente a la vida humana prepersonal, hacia la cual parecen existir unos deberes que a su vez se proyectan como límites.

Sobre esta cuestión toma fuerza la distinción entre "indisponibilidad" e "inviolabilidad", nociones sobre las que gravita un reconocimiento diferenciado: mientras la *indisponibilidad* da cuenta de los deberes hacia la vida prepersonal, la *inviolabilidad* comprende el ámbito de garantías que han de asegurarse a la persona, esto es, al miembro de la especie ya nacido. En palabras de Habermas:

> No [se utiliza] «inviolabilidad» como sinónimo de «indisponibilidad» porque el precio a pagar por una respuesta *posmetafísica* a la pregunta de qué trato [se debe] dar a la vida humana prepersonal no puede ser la determinación *reduccionista* del ser humano y la moral. (Habermas, 2002, p. 51)

La indisponibilidad está ligada a la no instrumentalización u objetivación del producto de la gestación, puesto que el límite moral se circunscribe a la no intromisión de la primera persona en la órbita de la segunda persona, de tal modo que la cosifique por motivos arbitrarios o preferentes,[14] pues ello no puede ser justificado en el marco de una comprensión comunicativa de las normas morales y de los derechos fundamentales.

> [C]on la instrumentalización de la vida prepersonal se pone en juego una autocomprensión ética de la especie que decida si podemos seguir entendiéndonos como seres que juzgan y actúan moralmente. Allí donde nos falten unas razones morales que obliguen, debemos atenernos al indicador que nos señale el camino a seguir en cuanto a ética de la especie. (Habermas, 2002, p. 96)

[14] Esto implica atentar contra la vida recta y la identidad de la especie: en "[…] la revolución tecnogenética se presenta una desdiferenciación de la diferencia de lo crecido-natural y lo hecho-fabricado, circunstancia que torna complejo saber qué es lo que realmente se está haciendo […]" (Bastidas, 2011, p. 2).

Entonces, el hecho que los embriones-fetos no puedan ser utilizados meramente como medios presupone la condición de ser participantes potenciales dentro de una relación comunicativa, la cual surge en el preciso instante en que se sabe hay un miembro de la especie que está por venir. Hannah Arendt, a quien Habermas recurre para plantear este punto, lo expresa junto al concepto de natalidad:

> El milagro que salva al mundo, a la esfera de los asuntos humanos, de su ruina normal y «natural» es en último término el hecho de la natalidad, en el que se enraiza ontológicamente la facultad de la acción. Dicho con otras palabras, el nacimiento de nuevos hombres y un nuevo comienzo es la acción que son capaces de emprender los humanos por el hecho de haber nacido. (Arendt, 2005, p. 265)

De otro lado, si los derechos fundamentales en el postulado de Habermas se sostienen, no solo desde el punto de vista moral, sino igualmente desde el punto de vista de la teoría discursiva del derecho, como se ha expresado, el campo de juego que define tales garantías inalienables da lugar a la creación de normas en las que "[…] se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a discursos morales […]" (Habermas, 1991, p. 163).

Así, el criterio de indisponibilidad aplicable a las acciones de WB se erige como un parámetro límite debido a que no se puede poner fin a un miembro de la especie sin que exista una razón poderosa para hacerlo. Este argumento tiene, por mandato, la obligación de ser justificable en la perspectiva de la primera persona.

En principio, las reclamaciones por WB proceden en este contexto cuando los progenitores, a causa de una *mala praxis* médica, han tenido un parto que hubiera podido evitarse en salvaguarda del derecho a la autodeterminación, que a su vez, va ligado a poder decidir por la opción de la IVE, máxime si el producto de la gestación experimenta una vida extremadamente dolorosa sin que tenga una posibilidad real de recuperación para poder ser un participante en el entramado de relaciones comunicativas, con base en las cuales sea factible construir una identidad personal. En efecto, frente al hecho de que el *nasciturus* así afectado solo pareciera quedarle "las alternativas del fatalismo o el resentimiento"

(Habermas, 2002, p. 27), la inquietante circunstancia de tener que decidir "entre una vida que merece vivirse y una vida que no merece vivirse" (p. 94) pudiera resolverse suponiendo lo que ella *misma* diría ante una existencia limitada.

### *Un criterio alternativo aplicable a los casos de WB*

Siguiendo el hilo conductor de esta reflexión, al colocar en una relación adecuada facticidad y validez en la aplicación del derecho, especialmente por parte de los tribunales, y afianzar el grado de viabilidad de lo sostenido por Habermas desde un tercer enfoque, cabe cuestionar con Fritz Loos (2009): ¿cómo garantizar la coherencia de los fallos judiciales sobre las acciones de WB en situaciones concretas? Para dar respuesta a este interrogante, no se desconoce que en la *praxis* las decisiones judiciales deben preservar la seguridad jurídica, además del proceso de obtención y empleo del derecho como expresión de la rectitud o corrección normativa *in situ*.

Sobre el particular, toma fuerza el argumento de que las sentencias tienen que estar en armonía con todo el ordenamiento jurídico-político, en aras de aminorar aquellas providencias que no cumplan el ideal normativo de la decisión judicial:

> Habermas introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo de la decisión judicial en [estos] tiempos: o el derecho defiende una perspectiva axiológica de "decisiones buenas para algunos" o, por el contrario, una perspectiva deontológica de "decisiones justas para todos". Habermas rechaza la primera y adhiere a la segunda como la única legítima en una sociedad pluralista. (Mejía, 2012, pp. 91-92)

En esa dirección, los veredictos de los jueces en materia de WB no deben reducirse ni agotarse en enunciados aislados que correspondan a la función arrojada por la división de poderes, que supondrían de antemano discursos diferentes, *contrario sensu*, como sujetos encargados de la aplicación del derecho deben corresponder a la exigencia por la legitimidad de sus fallos, es decir, por su fundamento en un sistema de derechos y principios que han de acatarse democráticamente sobre valoraciones integrales y compactas del ordenamiento jurídico.

Si ello es así, otra de las preguntas que emerge y queda abierta para discutir es: ¿qué acontecerá en Colombia, cuando la historia reciente exterioriza debates sobre IVE, maternidad subrogada, decisiones anticipadas, morir con dignidad vía eutanasia en menores y adultos, entre otros? Al respecto, es oportuno mencionar que, a la fecha, ningún alto tribunal de cierre en las distintas jurisdicciones, a saber: Corte Constitucional (jurisdicción constitucional), Corte Suprema de Justicia (jurisdicción ordinaria) o Consejo de Estado (jurisdicción contencioso-administrativa), se ha pronunciado sobre las acciones de WB.

Sin embargo, algunos autores nacionales se han manifestado sobre este tipo de demandas puesto que en el ordenamiento jurídico colombiano existen disposiciones en la responsabilidad médica por *mala praxis* que avalarían su procedencia y estudio, sirva como ejemplo:

> […] la acción *wrongful birth* está llamada a la prosperidad en Colombia, no sólo cuando la malformación congénita es incompatible con la vida, y por tanto es legal el aborto eugenésico, sino también cuando se trata de anomalías no letales, por cuanto en nuestro país está protegido tanto el derecho fundamental a la interrupción del embarazo ante enfermedades congénitas mortales, como el derecho fundamental a la información del que son titulares los padres en relación con el estado de salud del hijo que esperan […]. (Hunter & Vega, 2019, p. 73)

Bajo esta perspectiva, se destaca que las acciones de WB no solo son del resorte de la medicina genética/genómica ni deben asumirse únicamente por los profesionales del derecho, pues al ser un asunto eminentemente práctico, hacen imprescindible "adoptar una visión global e interdisciplinar a propósito de las cuestiones que […] plantean las biotecnologías […] [cuya] aportación a la reflexión del s. XXI se predica como fundamental" (Casado, 2002, p. 184), inclusive por cierto tiempo "la incidencia social de […] los filósofos había sido escasa (la biomedicina había salvado a la ética ¿recuerdan?)"[15] (Casado, 2002, p. 184), de ahí que, se insista, que resulta conducente dejar atrás dogmatismos o

[15] Los filósofos en su interacción con la medicina, el derecho y otras profesiones tuvieron que recordar la relevancia humana y los problemas específicos que se hacen presentes en la sociedad, los cuales habían quedado al margen (Toulmin, 1982).

encasillamientos cerrados y especializados, para abrir espacios de convergencia sobre aspectos ético-morales, socio-políticos, médico-clínicos, jurídicos o de cualquier otro ámbito que esté llamado a participar y a dar su punto de vista.

## Conclusión

Las demandas por WB pueden ser potencialmente admisibles o no. Si bien han sido viables cuando cumplen los presupuestos para que operen según las exigencias de cada ordenamiento jurídico-político que las admite, resulta exigible que, al tratarse de asuntos concernientes a la esfera vital y a la especie humana, existan motivos que permitan al nuevo ser, como persona futura, reconocer el fundamento de las decisiones adoptadas en estos casos. En ese sentido, no se trata de poner fin en el marco de eticidades particulares a una vida comprometida gravemente en su integridad biológica, sino de explicar el modo en que tal decisión es legítima en el espacio de un lenguaje moral y jurídico (con abordaje interdisciplinar) que reconoce deberes hacia el propio afectado, derivados precisamente de su condición (potencial) de agente comunicativo.

## Referencias


Alvargonzáles, D. (2009). *La clonación, la anticoncepción y el aborto en la sociedad biotecnológica.* Oviedo: Pentalfa.

Antiñolo, G. & Lozano, M. (2010). Utilidad del diagnóstico genético preimplantatorio en enfermedades raras y otras enfermedades genéticas. *Conferencia*, *42*(2), 49-52.

Arendt, H. (2005). *La condición humana* (Primera edición) (Trad. R. Gil). Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.

Bastidas, L. (2011). Análisis sobre el futuro de la naturaleza humana desde la perspectiva de Jürgen Habermas. *Derecho y Vida,* (XCIV), 1-4.

Boladeras, M. (2005). *Ética de la ciencia y sus aplicaciones tecnológicas.* Ágora. Papeles de Filosofía, *24*(2), 131-148.

Casado, M. (2002). *¿Por qué* bioética y derecho? *Acta bioethica, 8*(2), 183-193.

Cortina, A. (2002). *Ética d*e las biotecnologías. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, (27), 73-89.

De Ángel, R. (2005). Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful Birth: ¿Es posible hablar ya de una "jurisprudencia"? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (22), 179-206.

Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (Segunda edición). (Trad. C. Ferrari). Barcelona: Gedisa, S.A.

Emaldi, A. (2003). La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (11), 11-73.

Emaldi, A. (2017). Aproximación a un estudio jurídico y ético de la medicina genética predictiva. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (3), 1-9.

Fernández, M. (2008). *La responsabilidad médica. Problemas actuales*. Bogotá, D.C.: Ibañez.

García, J. (1993). La Filosofía del derecho de Jürgen Habermas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), 235-258.

Habermas, J. (1991). *Escritos sobre moralidad y eticidad* (Primera edición). (Trad. M. Jiménez). Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.

Habermas, J. (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso.* (Trad. J. Mardomingo). Madrid: Trotta, S.A.

Habermas, J. (2002). *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* (Trad. R. Carbó). Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.

Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Sexta edición) (Trad. M. Jiménez). Madrid: Trotta.

Harris, C. (2014). Statutory prohibitions on wrongful birth claims & their dangerous effects on parents. *Boston College Journal of Law & Social Justice*, *34*(2), 365-396.

Hart, H. (2012). *El concepto de derecho* (Tercera edición) (Trad. En acuerdo). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hoyos, G. (1986). Comunicación y mundo de la vida. *Ideas y Valores*, *35*(71-72), 73-105.

Hunter, M. & Vega, Z. (2019). Wrongful Birth: ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano? *Precedente, 14,* 39-79.

Kant, I. (2006). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (17ª edición). (Trad. M. García). Madrid: Espasa Calpe S.A.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho* (Segunda edición). (Trads. L. Villar & A. Montoya). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Loos, F. (2009). Habermas, Facticidad y validez. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – ZIS*. (Trad. R. Aldoney), 240-248.

Macía, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. Valencia: Tirant lo Blanch.

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

Macía, A. (2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (12), 167-206.

McCarthy, T. (1991). *Ideals and Illusions: On Reconstruction and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*. Cambridge, MA: MIT Press.

McCarthy, T. (1996). Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytical distinctions. *Cardozo Law Review, 17*, 1083-1125.

McGee, G. (2003). *El bebé perfecto* (Primera edición). (Trad. M. Campos). Barcelona: Gedisa, S.A.

McQuillan, L. & Abramyan, H. (2010). *U.S. Tort Liability Index: 2010 Report*. San Francisco, CA: Pacific Research Institute.

Mejía, O. (1996). La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a Faktizität und Geltung. *Ideas y Valores, 46*(103), 32-52.

Mejía, O. (2012). El dilema histórico de la decisión judicial: la teoría del derecho de Jürgen Habermas. *Revista Panameña de Política*, (14), 67-103.

Owen, D. (2007). The five elements of negligence. *Hofstra Law Review, 35*(4), 1671-1686.

Pacheco, M. (2011). Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica. *Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca*, (2), 1-16.

Pina-Neto, J. (2008). Aconselhamento genético. *Jornal de Pediatria, 84*(4, Suppl.), S20-S26.

Raper, R. & Evans, D. (2005). A survey of kentucky medical malpractice law. *Northern Kentucky Law Review, 32*(4), 713-743.

Rifkin, J. (2009). *El siglo de la biotecnología. El comercio genético y el nacimiento de un mundo feliz* (Primera edición). Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.

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

Shapiro, I. (2008). El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: Una introducción. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 437-463.

Toulmin, S. (1982). How medicine saved the life of ethics. *Perspectives in Biology and Medicine*, *25*(4), 736-750.

Vicandi, A. (2013). El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (3), 40-59.

Whitney, D. & Rosenbaum, K. (2011). Recovery of damages for wrongful birth. *The Journal of Legal Medicine*, *32*(2), 167-204.

### *Jurisprudencia*

Court of Appeals of California, First District, Division One. (1967). *Custodio v. Bauer*. Citation 251 Cal.App.2d 303. Docket No. 23003.

Supreme Court of New Jersey. (1967). *Gleitman v. Cosgrove*. Citation 49 N.J.22 or 227 A.2d 689.

Supreme Court of United States. (1973). *Roe v. Wade*. Citation 410 U.S.113. Docket No. 70-18.

Supreme Court of Texas. (1975). *Jacobs v. Theimer*. Citation 519 S.W.2d 846. Docket No. B-4583.

Supreme Court of New York. (1977). *Park v. Chessin*. Citation 88 Misc.2d 222.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. *Sentencia de 6 de junio de 1997*. Recurso de Casación No. 165/1993.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia de 4 de noviembre de 2005*. Recurso de Casación No. 5377/2001.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. *Sentencia de 21 de diciembre de 2005*. Recurso de Casación No. 1986/1999.