

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

HERNAN CORRAL TALCIANI
*Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de la Universidad de los Andes*

LECCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAContractual

© HERNAN CORRAL TALCIANI

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 133.982, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de agosto de 2003

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE/ PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1489-0



una exposición más sistemática de la materia, pero no para una modificación de los criterios en la decisión práctica.

En la misma Italia, la noción ha sido sometida a críticas por prestarse a una excesiva dilatación del concepto de daño y por estimarse que los supuestos de daño existencial podrían quedar cubiertos con una apertura de la noción de salud, no entendida como la simple ausencia de enfermedad sino como un estado de bienestar tanto físico como mental y social.²⁵²

g) "Wrongful birth" y "wrongful life": ¿la vida como daño?

Desde hace ya algunos años, primero en Estados Unidos y luego en Europa, se están presentando demandas que, de alguna forma, plantean que el hecho de que un niño haya nacido es constitutivo de daño indemnizable en favor de los padres que deben acogerlo o incluso del mismo niño que llega a la vida con alguna limitación física. Los casos suelen ser de dos tipos: en algunos supuestos los padres reclaman por tener que hacerse cargo de las responsabilidades paternas frente a un nacimiento imprevisto de un hijo e imputan una negligencia médica o una falta de información en la práctica de una esterilización o de un aborto frustrado. Son los casos que la doctrina, siguiendo los usos anglosajones, denomina "*wrongful birth*".

Más complejos son algunos casos de más reciente data, en los que se pretende que si existió algún error en la práctica de exámenes y diagnósticos prenatales y por ello no se advirtió a la madre que su hijo venía con alguna malformación o discapacidad, los centros o profesionales médicos deben indemnizar los daños patrimoniales y morales que representa para los padres el nacimiento de un niño enfermo (son los casos de "*wrongful life*"). Se hace ver que la madre, de haber sabido la tara que afectaba al hijo, habría podido impedir su llegada al mundo por medio de un aborto, que en los países en los que estos

casos se plantea está legalizado. Se trataría de una "*pérdida de una chance*": el médico, con su error de diagnóstico, habría impedido a la madre ejercer la posibilidad de elegir suprimir la vida del niño enfermo y evitarse así la carga de cuidarlo.

Si este panorama se presenta como escalofriante para cualquier persona que mantiene un mínimo respeto y consideración por la vida humana en general y por la del ser naciente en particular, la situación se vuelve pavorosa al contemplar los casos en los que es el mismo hijo discapacitado el que pretende exigir la reparación a los médicos por haber impedido a su madre hacer uso del derecho de abortar y haberle obligado así a llegar a la existencia con una seria discapacidad. Un caso de estos ha conmocionado la cultura francesa, ya que la Corte de Casación accedió a la demanda. Ya muchos se preguntan si llegaremos a presenciar demandas de los hijos contra los padres por haberlos traído a un mundo que ellos ven como dañino.

El fallo adoptado por la asamblea plenaria de la Corte de Casación francesa en el llamado "*affaire Perruche*" ha encendido la polémica no sólo en el foro, sino en la opinión pública. El caso trataba de la indemnización solicitada por el hijo que fue afectado por la rubéola de la madre mientras estaba en gestación y por ello sufre de graves secuelas, en contra del médico y del laboratorio que practicaron un examen a la madre embarazada y erróneamente descartaron que ella estuviera contagiada. Se argumenta que de haberse practicado correctamente el examen y de haberse alertado de la posibilidad de que el niño *in utero* sufría malformaciones, la madre habría podido optar por abortarlo. Aunque los tribunales de instancia en dos oportunidades rechazaron la demanda por falta de nexo causal y por no tratarse de un daño resarcible, el pleno de la Corte determinó que "desde que las culpas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos contraídos con la Sra. X..., han impedido a ésta ejercer su derecho de interrumpir su embarazo [abortar] a fin de evitar el nacimiento de un hijo afectado por una discapacidad, este último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de esta incapacidad y causado por las culpas referidas" (Cours de cassation, Arrêt N° 457 de 17 de noviembre de 2000). Este fallo produjo estupor en muchos sectores de la sociedad francesa y en especial en las organizaciones de defensa de los discapacitados, que, con razón, vieron aquí campar la tesis que pretende mensurar la vida según estándares de calidad y declarar solemnemente que es mayor daño vivir con una disminución física que no vivir. El legisla-

²⁵² PEDRAZZI, GIORGIO, "Il danno esistenziale", en Ponzanelli, Giulio (edit.), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Cedam, Milano, 2002, pp. 51 y ss.

dor ha debido reaccionar para evitar un torrente de pretensiones indemnizatorias. La Ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, dispone ahora que "nadie [aunque haya nacido discapacitado] puede alegar un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento".

A nuestro modo de ver, el planteamiento de estos casos pone de manifiesto el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista. Un hijo no puede ser nunca concebido como daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia. Con razón se ha dicho respecto del "affaire Perruche" en Francia que siguiendo los argumentos de la sentencia de casación podría llegarse a la conclusión de que para un minusválido la muerte es preferible a la vida.²⁵³ Pero no: Un hijo es siempre un don, y nunca una carga. Un ser humano, aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y la belleza del mundo. Tampoco la propia existencia puede ser considerada como un daño: no se puede comparar, ni es admisible que alguien lo plantee, la no existencia con la existencia. Si la vida humana es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede ser sino un síntoma de barbarie.

Por de pronto, hemos de dejar constancia que las leyes que autorizan el aborto, por más que algunos las planteen sólo como técnicas de despenalización limitadas al campo penal, terminan por introducir la licitud del aborto en todo el ordenamiento jurídico y determinan que la facultad de abortar alcance en la práctica la categoría de

²⁵³ SERIAUX, ALAIN, "Perruche y otros. La Cour de Cassation entre mystère et mystification", en *Le Dalloz* 2002, N° 25, p. 2000, señala que "Admitiendo implícita si no necesariamente que una injusticia puede resultar de una vida desgraciada que sólo una muerte puede impedir, la Corte de Casación habrá contribuido de manera decisiva a entronizar entre nosotros la idea profundamente perversa, que se encuentra además ya en el corazón de nuestra legislación sobre el aborto, que más vale no vivir que vivir privado de los goces de la existencia".

un derecho subjetivo absoluto y discrecional de la mujer: el derecho de matar al hijo que lleva en sus entrañas.

En estos países, al menos debe reconocerse que los médicos que omiten informar a la madre de las malformaciones del feto cuando no existe ninguna posibilidad de tratamiento y sí que la madre lo elimine recurriendo al aborto, no incurren en un hecho ilícito, ya que no hacen sino cumplir con una exigencia de derecho natural que debe prevalecer por sobre leyes positivas injustas.²⁵⁴

Por cierto lo anterior no se opone a que el hijo pueda reclamar el daño corporal que le haya sido causado *in utero* o por una manipulación en técnicas de procreación artificial. Tampoco a que el hijo reclame por la falla de un diagnóstico prenatal que de haber sido hecho correctamente hubiera podido permitir un tratamiento oportuno que le sanara de la dolencia que le aquejaba *in utero*. En estos casos lo que se reclama es la lesión a la salud (por tanto de un bien propio de la vida) del propio *nasciturus*.

Nada se opone tampoco a que los llamados casos de *wronglife* sean objeto de prestaciones y ayudas de la seguridad social para permitir un mejor desenvolvimiento e integración familiar, escolar y social del discapacitado. Esto es justamente lo contrario que tratarlo como daño y rebajarlo a la categoría de indemnización monetaria: es considerarlo como persona cuya vida y desarrollo es un bien para todos.

7. ¿ES NECESARIO PROBAR EL DAÑO MORAL?

Como todo daño, el de carácter moral debe probarse. Proceden para ello todos los medios de prueba admisibles legalmente.²⁵⁵

Alguna jurisprudencia más reciente exige la prueba del daño moral, y rechaza la demanda que no es respaldada por ningún medio probatorio presentado en juicio: "La solicitud relativa al

²⁵⁴ SAMBRIZZI, E., ob. cit., p. 290.

²⁵⁵ FUEYO, FERNANDO, ob. cit., p. 105; LECAROS SANCHEZ, JOSE MIGUEL, "La determinación del 'cuántum' en la indemnización del daño moral", en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Conosur, Santiago, 1996, p. 459.