

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: RIESGO TERAPÉUTICO, PERJUICIO DE NACER Y OTROS PROBLEMAS ACTUALES*

Mauricio Tapia Rodríguez**

RESUMEN

En el derecho comparado, y recientemente en el nacional, los médicos se han transformado a su pesar en sujetos pasivos frecuentes de acciones de responsabilidad que persiguen la reparación de daños causados a pacientes. Mencionando algunas de las causas de esta inflación de la litigación en materia médica, y revisando especialmente el derecho francés, la doctrina y la jurisprudencia nacional de la última década, el artículo analiza algunos problemas actuales de esta responsabilidad civil profesional: la calificación de la responsabilidad médica (contractual, extracontractual); la naturaleza de las obligaciones del médico (obligaciones de medios, de resultado y la exclusión del error de conducta); el denominado riesgo terapéutico o accidente médico y los fallos nacionales recientes en materia de infecciones intrahospitalarias; y la extensión de los perjuicios reparables en materia médica, en particular, la indemnización de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de sanar y el denominado perjuicio de nacer.

RESPONSABILIDAD MÉDICA - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHO CIVIL

1. La medicina es una de las actividades profesionales más expuestas en la actualidad al riesgo de acciones de indemnización de perjuicios. Como sostiene Jean Carbonnier, tal como hacia mediados del siglo XX la preocupación principal del derecho de la responsabilidad era la seguridad en materia de accidentes de la

circulación (cuestión que está lejos de lograrse), el paso hacia el siglo XXI parece estar dominado por la búsqueda de una seguridad sanitaria absoluta, testimonio del interés que nuestra época presta a la vida y a la salud.¹ Este artículo pretende revisar algunos de los problemas típicos que enfrenta esta responsabilidad en la actualidad, aludiendo especialmente a lo resuelto en el derecho francés, así como a la doctrina y a la jurisprudencia nacio-

* Este texto tiene origen en una exposición efectuada en el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 7 de agosto de 2003, posteriormente completada y anotada por el autor.

** Magíster en Derecho Privado, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ *Droit Civil, Les obligations*, t. 4, París, PUF, Thémis Droit Privé, 2000, 22ª ed. refundida, p. 374 y s.

una oportunidad al lucro cesante.¹⁴⁷ Esto es un error. Ambos son daños futuros, pero la pérdida de una oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial (un porcentaje) y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia nacional, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación.¹⁴⁸

(B) El perjuicio de nacer (discapacitado)

37. *Aborto y el perjuicio de nacer.* Esta es una discusión que se ha planteado en el derecho anglosajón, en el alemán y, recientemente, en el francés (a este último se refiere en esencia la exposición que sigue).¹⁴⁹

¹⁴⁷ Algunos estudian la pérdida de una oportunidad como si fuese un tipo de lucro cesante: cf. Pablo Rodríguez, que transcribe extensamente, en el capítulo que destina al lucro cesante, el comentario de Ramón Domínguez A. sobre la pérdida de una oportunidad (*Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 292 y s.). Por su parte, José Luis Díez se refiere a este daño, reconociendo que es una noción desconocida actualmente para los tribunales nacionales (*op. cit.*, p. 60 y s.). Finalmente, Hernán Corral, alude brevemente a algunas reglas de la reparación de este daño formuladas por la doctrina francesa (*op. cit.*, 142).

¹⁴⁸ Así, en el caso de un joven y destacado estudiante muerto en un accidente, se demandaron los ingresos que habría recibido trabajando (le faltaban dos años de estudios), tomando en cuenta sus capacidades, relaciones sociales y la esperanza promedio de vida. Una corte de apelaciones rechazó la reparación de ese "lucro cesante", por considerar que se trataba de "meras conjeturas", faltando antecedentes ciertos sobre su capacidad de trabajo y sus posibles actividades futuras. C.A. de Santiago, 26 de mayo de 1944, R.D.J., t.XLI, sec. 2°, p. 41 y s.

¹⁴⁹ Una visión comparada de este problema en el excelente estudio de Basil Markesinis, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à

Estos problemas no han sido examinados por la jurisprudencia nacional (pero un estudio nacional reciente los menciona, criticando apasionadamente las decisiones comparadas),¹⁵⁰ ya que exigen como supuesto el reconocimiento de la libertad de la madre de poner fin al embarazo, es decir, que se legalice el aborto (al menos terapéutico), tal como ha ido progresivamente ocurriendo en el derecho comparado. Esta discusión está pendiente en Chile, donde el aborto es una práctica prohibida, pero una práctica absolutamente generalizada (cerca de 200 mil abortos cada año)¹⁵¹ y tímidamente reprimida. Existen varios casos distintos del mal denominado "perjuicio de nacer", que tienen en común el ser ocasionados por un diagnóstico o tratamiento médico negligente.¹⁵² En primer lugar, existen casos de "nacimientos no deseados", en que los padres demandan indemnización al médico que efectuó negligentemente la esterilización o la interrupción del embarazo. Si bien en estas situaciones se tiende a rechazar la reparación del perjuicio consistente en la sola existencia o nacimiento del hijo no deseado, sí se concede indemnización si se ha infligido con ello un sufrimiento específico a la madre (o al hijo), como sucede cuando el embarazo había sido

partir de l'arrêt *Perruche*", en *Revue trimestrelle de droit civil* 2001, p. 77 y s.

¹⁵⁰ Hernán Corral, *op. cit.*, p. 160.

¹⁵¹ Evidentemente, no es una cifra menor. En Francia, con 58 millones de habitantes y aceptando el aborto desde 1975, existe en la actualidad un promedio de 250 mil abortos por año (cantidad que entre los países de la Unión Europea se estima elevada). Similares en número, ambas realidades son cualitativamente bien distintas: clínicas clandestinas e insalubres, médicos incompetentes... Mauricio Tapia, "La coherencia del derecho en materia de aborto", París, 2002 (inédito).

¹⁵² V. sobre los diversos casos que se han planteado: cf. Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 12 y s.

provocado por una violación o un incesto.¹⁵³ En segundo lugar, y que son las situaciones más delicadas, se encuentran los casos de "nacimiento de un niño discapacitado", en que el comportamiento negligente del médico provoca o permite el nacimiento de un niño afectado de una grave malformación. No suscitan dudas aquellas situaciones en que el médico, durante el embarazo (por medicamentos erróneos, por ejemplo), al ejecutar fallidamente un aborto o en el momento del parto causa culpablemente una lesión al feto.¹⁵⁴ En tal caso el perjuicio de los padres y del hijo es reparado siguiendo las reglas generales de la responsabilidad por culpa probada del médico. Los problemas se presentan cuando el médico omite informar negligentemente a los padres durante el embarazo una discapacidad congénita que afecta al feto. Como se trata de enfermedades hereditarias incurables, el cumplimiento oportuno y adecuado del deber de información del médico no habría evitado la discapacidad del niño, sino que habría permitido a los padres recurrir a la opción del aborto terapéutico. Respecto de los perjuicios que pueden demandarse en tal caso, una nueva distinción fundamental resulta necesaria:

38. *Wrongful birth y wrongful life.* Para los padres (al menos para los que no deciden abandonar al niño al nacimiento), la discapacidad con que nacerá su hijo es fuen-

¹⁵³ En este sentido: *Chambre criminelle de la Cour de cassation*, 4 de febrero de 1998, J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 1998, II, 10178, nota I. Moine-Dupuis.

¹⁵⁴ En este sentido, el Octavo Juzgado Civil de Santiago, en el presente año, condenó en primera instancia a una clínica por las lesiones sufridas por un niño que nació gravemente enfermo a causa de una asfixia severa neonatal, que habría sido provocada por un deficiente control médico en las últimas horas de gestación.

te, innegablemente, de sufrimientos (angustia de ver crecer a su hijo afectado de la invalidez, preocupación acerca de su destino una vez fallecidos, etc.) y de cuantiosos gastos (el mantenimiento y la educación durante toda su vida). Estos daños, denominados en la práctica anglosajona *wrongful birth*, que están en relación de causalidad con la negligencia del médico, tienden a ser reparados en el derecho comparado, siempre y cuando se hubiesen reunido las condiciones para efectuar un aborto terapéutico y conste (o se presume) que los padres habrían ejercido esa opción.¹⁵⁵ Pero el niño, ¿puede demandar a los médicos por el hecho de nacer gravemente discapacitado? Este perjuicio, denominado en la práctica anglosajona *wrongful life*, y que alcanzaría todos los sufrimientos, la privación de agrados y placeres, y los gastos de llevar una vida discapacitada es simplemente incommensurable y, en general, su reparación tiende a ser limitada (o rechazada) en el derecho comparado. Este es caso que ha suscitado más controversias, pues a las objeciones jurídicas (por ejemplo, la ausencia de causalidad entre la negligencia y la discapacidad), se han agregado apasionadas posiciones filosóficas (principalmente de los opositores al aborto, a la eugenesia y a la eutanasia) y una muchas veces tendenciosa utilización de la opinión pública. La razón de estas disputas es una lectura que se puede efectuar de estos casos: si el médico hubiese satisfecho la obligación de información, no es que el niño habría nacido sin malformaciones sino que simplemente no habría nacido, pues los padres habrían optado por el aborto terapéutico y, así, puede sostenerse

¹⁵⁵ En el derecho anglosajón: cf. Basil Markesinis, *op. cit.*, p. 78 y s. También en el derecho francés (cf. *infra* N° 39). En la doctrina nacional, Hernán Corral se refiere a esta clasificación, aunque en un sentido distinto a la práctica comparada (*op. cit.*, p. 160).

que el niño demanda reparación por el solo hecho de existir: que vivir es un perjuicio.¹⁵⁶ Pero, como se expone, en la casi totalidad de estos casos, lo que el niño demanda y lo que algunas cortes han concedido no es una reparación por el hecho de nacer, sino por el hecho de nacer con una inhabilidad que lo acompañará durante toda su existencia. Así, más que un "perjuicio de nacer" se trata de un "perjuicio de nacer discapacitado". La evolución del derecho francés sobre la reparación de este daño, desde el célebre fallo *Perruche* puede ser útil para comprender el alcance de estas discusiones.

39. *El fallo Perruche*. El caso fue fallado por la *Assemblée Plénière de la Cour de cassation*, el 17 de noviembre de 2000.¹⁵⁷ Una mujer embarazada presentaba síntomas de rubéola (la que afectaba también a uno de sus hijos), y comunica su voluntad, y la de su marido, de interrumpir el embarazo en caso de confirmarse esa enfermedad (en embarazadas provoca un alto riesgo de infección y de malformación del feto). A causa de la falta del médico y del laboratorio encargado de efectuar la serología de la rubéola, la mujer se creyó inmunizada y dio nacimiento a un niño con afecciones neurológicas, sensoriales y cardiológicas gravísimas y definitivas. Los padres ejercieron contra el médico y el laboratorio dos acciones. Una acción en nombre propio, por la reparación del perjuicio que habían sufrido personalmente; que fue acogida por una de-

¹⁵⁶ Subyace el temor a que el niño pueda exigir de sus mismos progenitores una reparación; hipótesis más bien fantasiosa y que, según Basil Markesinis, tiene pocas posibilidades de realizarse en los países que reparan este perjuicio (*Op. cit.*, p. 92).

¹⁵⁷ J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, II, 10438.

cisión irrevocable. La segunda acción, sobre la cual se pronunció la *Assemblée*, interpuesta por los padres en nombre del niño, fue acogida por el tribunal de instancia, pero posteriormente revocada por la *cour d'appel de Paris*, fundado en que "el perjuicio del niño no está en relación de causalidad con las faltas cometidas" y que "las secuelas que le aquejan tienen por única causa la rubéola que le ha transmitido in utero su madre". Ese fallo fue casado por la *Première Chambre civile*, el 26 de marzo de 1996: "las faltas cometidas habían engañosamente inducido [a los padres] en la creencia que la madre estaba inmunizada, de suerte que estas faltas eran generadoras del daño sufrido por el niño por el hecho de la rubéola de su madre". Esta conclusión es contradicha, con ocasión del reenvío, por la *cour d'appel d'Orléans*, el 5 de febrero de 1999: "el niño P. no sufrió perjuicios reparables en relación con las faltas cometidas por el laboratorio X. y el doctor Y". Sobre esta última decisión se pronunció la *Assemblée*, concluyendo que: "desde el momento que las faltas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos existentes con Madame X... habían impedido a ésta ejercer su opción de interrumpir su embarazo con el fin de evitar el nacimiento de un niño aquejado de una discapacidad, este último puede demandar la reparación de los perjuicios resultantes de esta discapacidad y causado por las faltas retenidas".¹⁵⁸

¹⁵⁸ Esta resolución fue confirmada categóricamente por cinco fallos, de la misma *Assemblée plénière*, de 13 de julio y 28 de noviembre de 2001. En los tres fallos de 13 de julio, esta *Assemblée* confirmó la conclusión del precedente *Perruche*: "el niño nacido discapacitado puede demandar la reparación del perjuicio resultante de su discapacidad si este último está en relación de causalidad directa con las faltas cometidas por el médico en la ejecución del contrato formado con su madre y que han impedido a esta última ejercer su opción de interrumpir su embarazo". Sin embargo, rechazó la reparación de este perjuicio en atención a que había sido constatado, en los tres casos, que las condiciones para una interrupción voluntaria del embarazo por motivo terapéutico, única posible a la fecha de las faltas constatadas, no habían sido reunidas (cf. J.C.P., *La Semaine juridique*, ed. G 2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose y nota François Chabas). En el primer caso fallado el 28 de noviembre, una embarazada había señalado a su ginecólogo que su primer hijo, víctima de una toxemia del embarazo, nació aquejado de problemas psicomotores y que una de sus cuñadas tenía una trisomía. El médico prescribió un examen de trisomía 21 del feto, que una complicación del embarazo impidió realizar, omitiendo ordenar nuevamente ese examen. La *Assemblée* concluyó que desde el momento, por una parte, que la falta contractual del médico había impedido a la madre ejercer su opción de interrumpir el embarazo por motivo terapéutico y, por otra parte, que no se rebatía que las condiciones para la interrupción del embarazo se habían cumplido, los padres podían demandar la reparación del perjuicio material resultante para ellos de la discapacidad, que estaba en relación de causalidad directa con la falta del médico. En el segundo caso fallado el 28 de noviembre, un médico no había comunicado a la paciente los resultados de una dosificación de beta HCG, que le había propuesto a las seis semanas de amenorrea, y tales resultados, corroborados por exámenes ecográficos, revelaban la discordancia entre un diámetro parietal importante y un fémur demasiado corto, que eran alarmantes y justificaban una consulta de un especialista en genética y en ecografía. Por esas constataciones, y no siendo rebatido por el médico que las condiciones para una interrupción del embarazo por motivo terapéutico habrían sido cumplidas, la *Assemblée* concluyó que la falta del médico, que había hecho perder a la paciente la posibilidad de recurrir a una amniocentesis y a una interrupción del embarazo, estaba en relación directa con el perjuicio resultante para el niño de su discapacidad (J.C.P., *La Semaine juridique*, ed. G 2002, II, 10018, nota François CHABAS).

40. *Los pro y los contra-Perruche*. El caso *Perruche* dio origen a un intenso debate

citado puede demandar la reparación del perjuicio resultante de su discapacidad si este último está en relación de causalidad directa con las faltas cometidas por el médico en la ejecución del contrato formado con su madre y que han impedido a esta última ejercer su opción de interrumpir su embarazo". Sin embargo, rechazó la reparación de este perjuicio en atención a que había sido constatado, en los tres casos, que las condiciones para una interrupción voluntaria del embarazo por motivo terapéutico, única posible a la fecha de las faltas constatadas, no habían sido reunidas (cf. J.C.P., *La Semaine juridique*, ed. G 2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose y nota François Chabas). En el primer caso fallado el 28 de noviembre, una embarazada había señalado a su ginecólogo que su primer hijo, víctima de una toxemia del embarazo, nació aquejado de problemas psicomotores y que una de sus cuñadas tenía una trisomía. El médico prescribió un examen de trisomía 21 del feto, que una complicación del embarazo impidió realizar, omitiendo ordenar nuevamente ese examen. La *Assemblée* concluyó que desde el momento, por una parte, que la falta contractual del médico había impedido a la madre ejercer su opción de interrumpir el embarazo por motivo terapéutico y, por otra parte, que no se rebatía que las condiciones para la interrupción del embarazo se habían cumplido, los padres podían demandar la reparación del perjuicio material resultante para ellos de la discapacidad, que estaba en relación de causalidad directa con la falta del médico. En el segundo caso fallado el 28 de noviembre, un médico no había comunicado a la paciente los resultados de una dosificación de beta HCG, que le había propuesto a las seis semanas de amenorrea, y tales resultados, corroborados por exámenes ecográficos, revelaban la discordancia entre un diámetro parietal importante y un fémur demasiado corto, que eran alarmantes y justificaban una consulta de un especialista en genética y en ecografía. Por esas constataciones, y no siendo rebatido por el médico que las condiciones para una interrupción del embarazo por motivo terapéutico habrían sido cumplidas, la *Assemblée* concluyó que la falta del médico, que había hecho perder a la paciente la posibilidad de recurrir a una amniocentesis y a una interrupción del embarazo, estaba en relación directa con el perjuicio resultante para el niño de su discapacidad (J.C.P., *La Semaine juridique*, ed. G 2002, II, 10018, nota François CHABAS).

en la doctrina jurídica,¹⁵⁹ a enfrentamientos de posiciones filosóficas¹⁶⁰ y a una inquietud en la opinión pública.¹⁶¹ En primer lugar, desde un punto de vista netamente jurídico, como insistió François Chabas, no cabe duda de que la decisión presentaba una falencia mayor: el médico y el laboratorio no causaron la rubéola de la madre y la discapacidad que provocó para el niño esa enfermedad, pues la mujer ya tenía la rubéola y no existía ninguna forma de prevenir o de atenuar la infección del feto.¹⁶² Para superar este problema, podía sostenerse que en el deber de informar a la madre se entendían implícitas algunas obligaciones accesorias en relación al niño; después de todo, es el más afectado por la negligencia y quien soportará directamente los sufrimientos físicos y mentales.¹⁶³ Cabe preguntarse, por lo demás, como señalara Geneviève Viney, si ¿es sostenible que los padres (víctimas por rebote) sean

¹⁵⁹ La bibliografía es extensa. Entre los comentarios más relevantes: J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, II, 10438, *rapport* P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, nota François Chabas; Laurent Aynès, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", en *Dalloz* 2001, chr., p. 492; C. Labrusse-Riou y B. Mathieu, "La vie humaine peut-elle être un préjudice", en *Dalloz* 2000, N° 44, p. III; Alain Sériaux, "Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", en *Dalloz* 2002, chr., p. 1196; François Terré, "Le prix de la vie", J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G. 2000, *actualité*, p. 2267; y Geneviève Viney, "Breves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion", en J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G. 2001 I, 286.

¹⁶⁰ Resumidas por Basil Markesinis, *op.cit.*

¹⁶¹ Cf. *Le Monde*, *Horizons-Débats*, 24 noviembre de 2000.

¹⁶² Cf. *Droit et patrimoine*, febrero 2001, p. 107, obs. François CHABAS.

¹⁶³ Cf. Basil Markesinis, *op. cit.*, p. 90 y s.

indemnizados y que el niño (víctima directa) no lo sea?¹⁶⁴ En segundo lugar, desde la perspectiva del debate filosófico, muchos se escandalizaron al ver en el fallo la asignación de un precio a la vida humana y la conclusión de que “*es preferible no vivir que a vivir privado de los goces de la existencia*”;¹⁶⁵ e insistieron, por el contrario, en que “*la vida aunque sea desgraciada es preferible a la muerte*”,¹⁶⁶ apelando por supuesto al conocido e impreciso principio de “*dignidad humana*”. Así, en la doctrina nacional, Hernán Corral comentando esta decisión francesa acusa el “*desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad*” y afirma enfáticamente que “*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*”.¹⁶⁷ Sin embargo, como tan acertadamente lo expusiera Basil Markesinis, el debate filosófico acerca de la vida y de la muerte carece históricamente de respuestas unívocas, y en todo caso ninguna jurisdicción puede daries una solución definitiva bajo el prisma de un proceso. En último término, como también agrega este autor, tanto como la *opinión sabia* cuenta la *opinión sufriente* y las especulaciones

filosóficas deberían ceder frente al padecimiento de la familia *Perruche*, condenados a vivir cotidianamente una existencia de sacrificios y de sufrimientos.¹⁶⁸ La consideración y el respeto frente a este sufrimiento, deberían conducir a rechazar categóricamente la proposición de Hernán Corral, para quien el médico que omite diagnosticar la malformación del feto, con el objeto de evitar que la madre recurra al aborto, no cometería un hecho ilícito sino que estaría cumpliendo con “*una exigencia de derecho natural que debe prevalecer por sobre leyes positivas injustas*”.¹⁶⁹ En tercer lugar, y desde la perspectiva de la opinión pública, la decisión conmovió por los términos en que fue presentada (vida como perjuicio; precio de la vida), y provocó el rechazo de algunas asociaciones de víctimas que, paradójicamente, se mostraron ofendidas por una jurisprudencia que no hacía más que protegerlas. Pero el golpe definitivo fue dado por las compañías aseguradoras, que anunciaron una alza vertiginosa de las primas, lo que desencadenó una huelga de médicos (especialmente obstetras), que no repararon sobre el hecho que en los pocos casos en que se indemnizó este perjuicio la negligencia médica había sido claramente probada en el juicio.¹⁷⁰

41. *La ley anti-Perruche*. Esa resistencia provocó la intervención del legislador mediante la ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002, que dispone: “Nadie se puede prevaler de un perjuicio del solo

¹⁶⁴ Cf. J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G. 1997, I, 4025. También desde un punto de vista jurídico, el profesor François CHABAS agregaba que la solución es injusta puesto que sólo los niños cuya madre haya declarado su intención de abortarlos obtendrán la reparación. J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2002, II. 10018.

¹⁶⁵ Alain Sériaux, *op. cit.*, p. 2000.

¹⁶⁶ Cf. J. Sainte-Rose, J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, II, 10438.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 162.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 163.

¹⁷⁰ Cf. Patrice Jourdain, “Loi anti-Perruche: une loi démagogique”, en *Dalloz* 2002, *point de vue*, p. 891.

hecho de su nacimiento”.¹⁷¹ La ley priva al niño de la indemnización por una discapacidad no revelada durante el embarazo, y obliga a los padres a probar una culpa caracterizada para demandar la reparación, excluyendo en todo caso de la indemnización las cargas particulares que derivan de esa incapacidad para toda la vida del niño (éstas quedan a cargo de un fondo público).¹⁷² Esta ley ha sido duramente criticada por la doctrina, por su carácter demagógico y su redacción defectuosa.¹⁷³ En efecto, si la Cour de

¹⁷¹ La disposición continúa así: “*La persona nacida con una discapacidad debida a una falta médica puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el acto culposo ha provocado directamente la discapacidad o la ha agravado, o no ha permitido tomar las medidas adecuadas para atenuarlo. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud está comprometida frente a los padres de un niño nacido con una discapacidad no descubierta durante el embarazo, como consecuencia de una falta caracterizada, los padres pueden demandar una indemnización a título de su solo perjuicio. Este perjuicio no puede incluir las cargas particulares que derivan, durante toda la vida del niño, de esta discapacidad. La compensación de este último corresponde a la solidaridad nacional... Toda persona discapacitada tiene derecho, cualquiera sea la causa de su deficiencia, a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional*” (art. 1°).

¹⁷² Sobre la reparación del perjuicio de nacer después de esta ley en Francia: Patrice Jourdain, “Loi anti-Perruche: une loi démagogique”, en *Dalloz* 2002, *point de vue*, p. 891, y “La fin de la jurisprudence *Perruche*”, en *Le Nouveau droit des malades*, Paris, Litec, 2002, p. 21 y s.; Yvonne Lambert-Faivre, “La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées”, en *Dalloz* 2002, *chr.*, p. 1217 y s. Como afirma, Basil Markesinis, el derecho comparado (Inglaterra, Estados Unidos, Alemania) parece ir por una línea similar a esta evolución del derecho francés. *Op. cit.*

cassation siguiera la letra de este texto (sin considerar la intención del legislador), podría continuar con la jurisprudencia inaugurada por el caso *Perruche*: que indemnizó no el “hecho del nacimiento” sino el “hecho del nacimiento con discapacidad”.¹⁷⁴

Queda, finalmente, la pregunta de si al consagrar progresivamente un “derecho al aborto”, instando a los médicos a otorgar una información oportuna y adecuada acerca de cualquiera malformación que pueda presentar el feto durante el embarazo, se provoque una especie de “normalización” de los nacimientos: se trata de la discusión acerca de la procedencia de la eugenesia (y con ella, de la eutanasia).¹⁷⁵

¹⁷³ Los dos primeros incisos de este artículo no tratan de niños que nacen en las condiciones del caso *Perruche* y el tercero se refiere a los padres y no al perjuicio del niño.

¹⁷⁴ La *Cour administrative d'appel de Paris*, el 13 de junio de 2002, ha efectuado una primera aplicación de esta ley. Una pareja había sido informada por un centro hospitalario universitario que el análisis del líquido amniótico tomado de la mujer, con el objeto de un diagnóstico prenatal, no mostraba en el feto ningún riesgo de atrofia espinal infantil. Con posterioridad se determinó que el resultado del análisis se había invertido con el de otro paciente. La falta parecía “*caracterizada*” y la *Cour*, haciendo aplicación de la nueva ley, condenó a reparar el perjuicio moral del niño avaluado en 15.245 euros, disminuyendo hasta ese monto la indemnización fijada originalmente por el primer juez que ascendía a 152.449 euros. El resto del perjuicio del niño fue dejado a cargo de la solidaridad nacional (Jean Guigue, “Solidarité envers les personnes handicapées. Première application jurisprudentielle du Titre I de la loi du 4 mars 2002”, en *Gazette du Palais*, 15-17 diciembre 2002, p. 4 y s.).

¹⁷⁵ En tal sentido, el análisis de Muriel Fabre-Magnan, “Avortement et responsabilité médicale”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 285 y s.