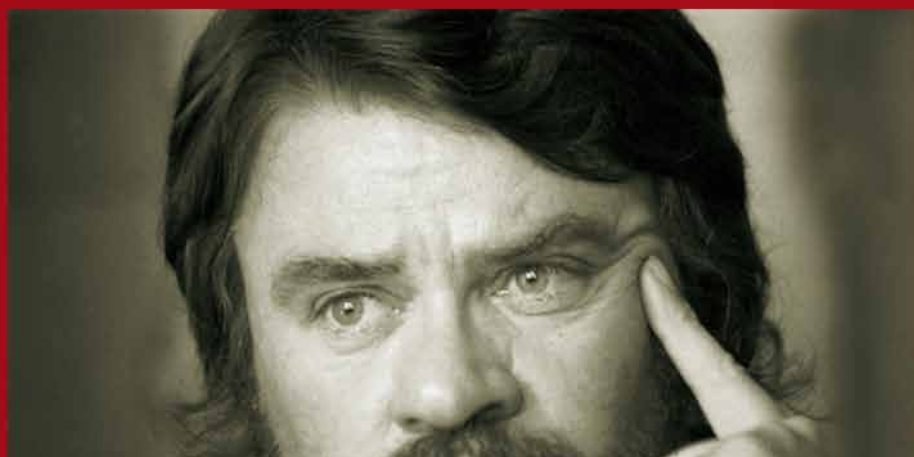


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



Capítulo 46

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

DERECHO DE LA SALUD. NUEVOS PERFILES DE LA
RESPONSABILIDAD MÉDICA.
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY FRANCESA DE 2002
Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

*Aída Kemelmajer de Carlucci**

La mayoría de las personas distingue fácilmente entre la izquierda y la derecha. Sin embargo, para algunos cirujanos esto parece ser un problema. Entre 1996 y 2001, especialistas de hospitales de los Estados Unidos operaron ciento cincuenta veces el brazo, la pierna, el ojo, el riñón u otra parte del cuerpo equivocado, o en el paciente equivocado.

La Nación, 19 de diciembre de 2001,
reproduciendo una nota del *New York Times*

En Estados Unidos, un tercio de las intervenciones quirúrgicas da lugar a peticiones judiciales de daños y perjuicios.

Alain Minc, *La borrachera democrática*

**1. UNA ACLARACIÓN PREVIA. EL PORQUÉ DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.
DERECHO DE LA SALUD Y DERECHO A LA SALUD**

La expresión «derecho *de* la salud», contrariamente a lo que ocurre con la locución «derecho *a* la salud», no es usada con frecuencia en la Argentina; tampoco ha sido objeto frecuente de estudio sistemático ni en libros ni en jornadas. Quizás una manera de distinguir ambos términos sea hacer un paralelismo con la diferencia formulada por Miguel Marienhoff entre «derecho *al* empleo» y «derecho *del*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Mendoza. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro honorario de la Real Academia de Derecho y Legislación de Madrid, España. Ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

empleo». Derecho *al* empleo, decía el recordado maestro, es la pretensión del habitante, del administrado, a ser designado o nombrado por la administración pública para desempeñar una función en un empleo público. Derecho *del* empleo es el conjunto de prerrogativas integrantes del estatus de los funcionarios o de los empleados públicos, es decir, el estatus de las personas que han ingresado al ejercicio de un cargo público¹. Pues bien, el derecho *a* la salud indica el reclamo de los habitantes a tener acceso a los servicios vinculados con la salud, mientras que el derecho *de* la salud se integra con el conjunto de atribuciones de los consumidores del servicio, y los deberes y responsabilidades de los prestadores del servicio de salud². Reconozco que las posibilidades terminológicas son muy numerosas; no obstante, para evitar cuestiones interpretativas, advierto que usaré la expresión *derecho de la salud* con el sentido indicado.

Las reformas legislativas producidas en Francia en el año 2002 constituyen una buena ocasión para mostrar cómo se ha modificado el derecho *de* la salud, en algunos aspectos relativos a la responsabilidad médica y hospitalaria, en un país al que estamos unidos por una tradición jurídica común³. La oportunidad me parece propicia para comparar si las nuevas tendencias volcadas en la ley francesa coinciden o no con las que resultan verificables en la jurisprudencia argentina. La importancia del tema se muestra claramente con la gran cantidad de trabajos doctrinales, y la vastedad y variabilidad de las decisiones judiciales existentes en ambos países⁴.

¹ MARIENHOFF (1994, tomo III-B: 878).

² En Europa el tema comienza a ser objeto de tratamiento sistemático. Véase, por ejemplo, LAZZINI (2005). En Argentina, véase MACKINSON (2001). Para la importancia de la regulación legal y el derecho de la salud de la madre embarazada y del niño nacido véase, entre muchos, FAMÁ y HERRERA (2004, LXIV-E: 6577).

³ Obviamente, señalo en el texto los aspectos más sobresalientes. Esta comunicación de ningún modo pretende ser un análisis detallado de todo el texto legal.

⁴ La bibliografía sobre responsabilidad médica es extensísima tanto en Francia como en la Argentina. Su cita llevaría varias páginas; simplemente, recuerdo que el 24 de abril de 1997, con la dirección de Geneviève Viney, se realizó en París el coloquio organizado por el Centro de Derecho de las Obligaciones de la Universidad de París I, en la gran Sala de la Corte de Casación francesa, bajo el título «La indemnización de los accidentes médicos». Las intervenciones fueron publicadas con el título *L'indemnisation des accidents médicaux* (VINEY: 1997).

La jurisprudencia también es numerosa. Por lo insólito, recuerdo un solo caso juzgado por los tribunales argentinos: un joven que empezó a consumir drogas a los quince años e inició un tratamiento a los diecinueve. Durante ese tratamiento tuvo relaciones sexuales con la psicóloga que lo asistía; esas relaciones eran interrumpidas junto con el tratamiento, y reiniciadas siempre ante el llamado de la mencionada profesional. En definitiva, toda esta situación sumió al joven en un estado depresivo, le creó desconfianza hacia los tratamientos, etcétera. A lo expuesto se sumó una segunda victimización, pues la psicóloga denunció a su paciente por robo. El voto condenatorio al pago de los daños y perjuicios se refiere a las prohibiciones contenidas en el Código de Ética

2. BREVES OBSERVACIONES PRELIMINARES

2.1 La paradoja de la nueva medicina: seguridad y riesgo

El avance tecnológico a disposición de la medicina producido en los últimos treinta años merece ser calificado de «extraordinario». La aparatología más sofisticada permite al médico diagnosticar y dar tratamiento seguro a enfermedades que hasta hace pocos años se trataban sin saber si el camino que se estaba recorriendo era el correcto⁵. Lo paradójico es que, al mismo tiempo, esa tecnología ha creado nuevos riesgos; piénsese, por ejemplo, en los peligros de la terapia génica cuando se utilizan células madres, o en la posibilidad de la clonación reproductiva humana, etcétera⁶. Como decía Ortega y Gasset,

[...] el proceso de transformación de la naturaleza genera riesgos que no son los peligros de la naturaleza que la técnica conjura, sino los que la misma técnica origina; o sea, riesgos tecnológicos. Se trata, por lo tanto, de riesgos que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que son debidos, precisamente, a una acción del hombre que va precedida de una decisión, de la que se puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre sus posibles efectos, pero decisión humana al fin⁷.

En suma, hoy más que nunca, el ser humano tiene el poder de influir sobre los acontecimientos de la naturaleza; dada esta situación, el derecho no puede eximirse de regular el ejercicio y los límites de tal actividad⁸.

(tener relaciones de pareja entre paciente y psicólogo durante el tratamiento; acosar sexualmente al paciente, entre otras). La condena (8 mil pesos de daño material por el costo de nuevas sesiones y 20 mil pesos de daño moral) tuvo especialmente en cuenta la culpa de la psicóloga a la luz de los artículos 512 y 902; la importancia de los valores en juego en la relación paciente-psiquiatra; y el fenómeno de transferencia que este implica (Cám. Nac. Civ., Sala A, 19 de diciembre de 2003, Doc. Jud. 2004-2-258, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, número 3, abril de 2004, p. 13, con nota de Jaime Fernández Madero «Un fallo ejemplar en responsabilidad de los psicólogos»; y en *Jurisprudencia Argentina* 2004-III-631, con nota de Alfredo Kraut, «Sexo con los pacientes. Polémico fallo reciente trae a la escena legal, dramáticamente, el eminente principio freudiano de la abstinencia». Véase también el comentario a este fallo de Alejandro Taraborrelli «Psicoanálisis y responsabilidad civil», Doc. Jud. 2004-2-1089.

⁵ Con frecuencia, la prensa, aun la no especializada, da cuenta de los avances producidos normalmente en los países altamente tecnificados. Así por ejemplo, hemos podido saber que médicos británicos lograron éxito con la genoterapia para curar a un bebé que nació sin sistema inmunitario (o «niño burbuja»).

⁶ Me he referido a esta cuestión en mi artículo «Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas» (KEMELMAJER 1994).

⁷ ORTEGA Y GASSET (1996: 28); cf. ESTEVE (1999: 29).

⁸ PINNA (2005: 21).

2.2 Base esencialmente jurisprudencial del derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños

Llama la atención que una materia tan rica y vasta como es la responsabilidad civil, hoy llamada genéricamente *derecho de daños*, haya evolucionado tan poderosamente, tanto en Francia como en la Argentina, sobre la base de unos pocos artículos contenidos en el Código Civil. Pues bien, puede afirmarse, sin temor a equivocación, que ese desarrollo ha sido obra de jueces activistas, atentos a las nuevas realidades siempre cambiantes.

2.3 La actitud del legislador

Frente a esa actitud jurisprudencial, en algunos países el legislador ha decidido regular ámbitos específicos del derecho de daños⁹. Este proceso de descodificación se ha producido en la República Argentina, por ejemplo, con los daños causados al medio ambiente (ley 25.675), a los consumidores (ley 24.240, modif. 24.999), etcétera.

Generalmente, y aunque las características no van siempre juntas, en la mayoría de los países la regulación de un campo especial de daños supone: a) regímenes de responsabilidad objetiva, b) con topes indemnizatorios (más o menos flexibles) y c) seguros obligatorios; tal como lo sucedido en Francia con la llamada Ley *Badinter*, que sistematiza los accidentes de tránsito, o con la ley española que rige igual sector de daños.

Como se verá, la normativización de la responsabilidad médica en la ley francesa del año 2002 no siguió todos los parámetros mencionados, sino solo algunos¹⁰.

3. LA SITUACIÓN EN FRANCIA

3.1 Individualización del texto legal

El 4 de marzo de 2002 se sancionó la ley 2002-303, que lleva por título «Ley relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud»; se la conoce con el nombre de Ley *Kouchner*, por ser este el apellido del ministro de

⁹ MAZEAUD (2004, tomo II: 363) afirma que un análisis atento de la responsabilidad en Francia permite distinguir dos grandes bloques normativos: el derecho común de la responsabilidad, contenido en pocas normas del Código Civil y de gran base jurisprudencial, y el derecho especial de los accidentes, protector, entre otras, de las víctimas de accidentes de circulación, del uso de productos defectuosos, de los actos de terrorismo, del síndrome de inmuno deficiencia humana, etcétera.

¹⁰ Para la cuestión de la regulación legal en Estados Unidos, véase MARIONA (2005).

Salud que la impulsó. El anteproyecto originario fue presentado por su autor el 5 de setiembre de 2002 al Consejo de Ministros, y allí se le dio la redacción con la que fue enviado al Parlamento después de una serie de negociaciones entre los diversos ministerios implicados y la participación de una veintena de asociaciones¹¹. En opinión de un autor, la voluntad del legislador fue democratizar el funcionamiento del sistema de salud, mejorar su calidad, y completar y sistematizar las normas existentes¹². Se trata de una ley de más de un centenar de artículos que, antes de cumplir un año de vigencia, debió ser reformada, mediante ley 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002, debido a la presión ejercida por las aseguradoras.

3.2 Metodología

La ley tiene cinco títulos que responden a las siguientes denominaciones:

- a) Solidaridad hacia las personas discapacitadas
- b) Democracia sanitaria
- c) Calidad del sistema de salud
- d) Reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios
- e) Disposiciones de ultramar.

Las expresiones usadas por estos títulos («solidaridad hacia las personas discapacitadas», «democracia sanitaria», etcétera) son poco frecuentes en los textos legales argentinos. Intento explicar parte de su contenido a lo largo de este trabajo. Excluyo totalmente el título quinto, porque está referido a la aplicación de la ley en las antiguas colonias francesas, tema de escasa significación para el análisis comparativo intentado.

Adelanto que el título *Solidaridad hacia las personas discapacitadas*, puerta de entrada de la ley, tiene solo dos artículos, el primero de los cuales, referido a las personas nacidas con discapacidad después de un diagnóstico equivocado, se introdujo a último momento y tiene origen en un gran debate al que la ley quiso pero no pudo poner término.

El extenso título *Democracia sanitaria* se integra con diversos capítulos referidos a los derechos de la persona; la información de los usuarios del sistema de salud y la expresión de su voluntad; la participación de los usuarios en el funcionamiento del sistema de salud, a través de asociaciones regularmente constituidas que pueden suscribir convenios con la autoridad administrativa a nivel regional y nacional; la responsabilidad de los profesionales de la salud (por ejemplo, prevé el

¹¹ MISTRETTA (2001: 1973).

¹² MISTRETTA (2002: 1075).

deber de denunciar de todo profesional o establecimiento de salud que constate o sospeche la existencia de un accidente médico, una afección iatrogénica, una infección hospitalaria, o un evento considerado indeseado vinculado a un producto o servicio de salud). Antes del año 2002, los derechos de los enfermos estaban enunciados en textos dispersos y fragmentarios; como dije, la ley pretendió su sistematización¹³ y, en este camino, declara el derecho de todo enfermo al respeto de su dignidad, al secreto profesional de los profesionales que lo asisten, al acceso a los cuidados más apropiados, a no ser discriminado, etcétera¹⁴.

El título referido a la *Calidad del sistema de salud* contiene disposiciones relativas a la competencia profesional, a la deontología, a la organización de ciertas profesiones paramédicas (enfermeros, kinesiólogos, podólogos, etcétera). Tiene muchas normas de carácter administrativo; así por ejemplo, el capítulo relativo a la cirugía estética indica todos los requisitos a cumplir por parte de las clínicas para obtener la autorización correspondiente, el modo como el Estado debe realizar las inspecciones, las sanciones penales para quien realice cirugía estética sin esa autorización (hasta 150 mil euros), etcétera. Otros capítulos establecen las reglas generales de la política de prevención de enfermedades, redes para el estudio de la salud de la mujer, sistemas de ambulancias, etcétera.

El título IV, algunos de cuyos artículos serán objeto de estas reflexiones, comienza con un capítulo dedicado al acceso al seguro contra los riesgos de invalidez y muerte, y al seguro de personas.

3.3 Impacto en el resto de la legislación

Se ha dicho que esta ley «tiene por ambición y por efecto modificar en profundidad el derecho positivo; es mucho más que un maquillaje; es una refundación del derecho de la salud»¹⁵; de allí que «el año 2002 constituye, sin duda alguna, una etapa importante en la elaboración de esa rama del derecho»¹⁶.

Haya o no exageración en este juicio, lo cierto es que la ley impacta gran parte del derecho francés. En efecto, a través del método denominado por los italianos *novelazione*, es decir, incorporación de nuevos artículos o cambios en los artículos ya existentes, modifica el llamado código de la salud, el Código Civil, el Código Penal, el Código del Trabajo, el Código del Seguro y el Código

¹³ Para las disposiciones contenidas en este título y su inserción en el sistema general, véase MISTRETTA (2002: 1077-1080).

¹⁴ Para este título véanse, entre otros, LAMBERT-FAIVRE (2002a: 1291), DUBOUIS (2004: 127) y DUPRAT (2004).

¹⁵ MISTRETTA (2002: 1076).

¹⁶ MISTRETTA (2003a: 57).

de la Seguridad Social. Por ejemplo, al artículo 16 del Código Civil se agrega el artículo 16-13: «Nadie puede ser objeto de discriminaciones en razón de sus características genéticas». De este modo, se incorpora el principio establecido en el «Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina; Convenio sobre derechos humanos y biomedicina», emanado del Consejo de Europa el 4 de febrero de 1997, que entró en vigencia el 1 de diciembre de 1999, cuyo artículo 11 dice «Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona en razón de su patrimonio genético»¹⁷.

3.4 Caracteres generales de la ley

El sistema de la ley presenta las siguientes características:

*a) Provisto de una doble lógica: responsabilidad civil y seguridad social*¹⁸

La ley recoge un sistema combinado, bifrontal, de doble camino o doble lógica. Por un lado, la lógica de la responsabilidad civil, perspectiva desde la cual, como se verá más adelante, se instrumenta un sistema de responsabilidad subjetiva, con seguros obligatorios; y por otro lado, la lógica de la solidaridad social, que pone ciertos daños a cargo del sistema nacional de seguridad social. Así por ejemplo, las infecciones intrahospitalarias que producen incapacidades superiores al 25% y las discapacidades graves de niños nacidos con males congénitos, salen del campo de la responsabilidad civil y se cargan al sistema de seguridad social. Con el peligro propio de las generalizaciones, podría decirse que el legislador intentó trasladar a este campo el llamado «riesgo hospitalario», o «accidente médico», es decir, los «daños causados sin culpa médica en el curso del tratamiento, pero que a su vez no están ligados al estado patológico inicial del paciente ni a su evolución previsible»¹⁹.

Normalmente, cuando los daños se ponen a cargo del sistema general de la seguridad social, las víctimas reciben amparo respecto de ciertos efectos perjudiciales que antes debían soportar; de allí que este traspaso se considere un progreso

¹⁷ Me he referido a este importante documento en mi artículo «Genoma humano y derechos fundamentales» (KEMELMAJER 2004).

¹⁸ Las recíprocas influencias entre seguridad social y responsabilidad civil han sido objeto de estudio por parte del European Centre of Tort and Insurance Law de Viena, que ha publicado *The Impact of Social Security on Tort Law*, de 314 páginas, con un detallado informe sobre la cuestión en los principales países europeos. Véase en RIBOT (2004: 1584-1598) un completo comentario a esta obra.

¹⁹ AMODIO (2003: 751). Para la jurisprudencia vacilante de la casación francesa, véase VINEY y JOURDAIN (1997: 4016).

en la protección de las víctimas. Piénsese, por ejemplo, en el sistema neocelandés de reparación de los daños y perjuicios causados en accidentes de tránsito en el cual, prácticamente, todas las víctimas resultan reparadas, haya o no culpa en los protagonistas. En el caso de la ley francesa, en cambio, respecto de ciertos daños, el traspaso podría implicar un retroceso si el presunto responsable es solvente y la asistencia social pública no se organiza de modo tal de cubrir todas las necesidades, desde que antes de la ley había derecho a la reparación integral y después de ella solo un derecho a ser asistido.

b) Inspirado en la jurisprudencia

Se ha dicho que «la responsabilidad médica constituye un verdadero subsistema de la responsabilidad civil por la especificidad de las reglas elaboradas por la jurisprudencia»²⁰. Pues bien, muchas soluciones de la ley encuentran su fuente en la jurisprudencia francesa. En algunos casos, se trata simplemente de llevar al nivel de la legalidad lo resuelto con anterioridad en decisiones particulares que alcanzaron valor de jurisprudencia constante; y por eso, en la interpretación de las nuevas normas los jueces seguirán valiéndose de los criterios anteriores. En otros, el legislador dio una solución distinta, reaccionando sin tapujos contra la solución pretoriana a la que quiso poner término. De cualquier modo, en uno y en otro caso, se patentiza que el hacedor de la ley no ignora el rol ejercido por los jueces en tan vasta e importante materia.

c) Unificado en los daños causados en el sector público y privado de la salud

La ley se aplica a los daños causados en todo el sistema de salud, público y privado. Esta unificación, esta «caída» de una de las fronteras entre el derecho público y privado, es especialmente significativa en Francia, donde los hechos dañosos de la Administración tienen su propio ámbito de juzgamiento, campo que culmina, como es sabido, ante el Consejo de Estado francés. Aunque la Argentina no tiene un sistema dual de competencia, desde que tanto la responsabilidad pública como la privada se juzgan ante la jurisdicción judicial, el tratamiento unificado de la responsabilidad médica y hospitalaria presta apoyo a quienes sostenemos un solo derecho de daños, con presupuestos comunes, sin perjuicio de las especiales particularidades que presenta la responsabilidad del Estado.

²⁰ QUADRI (2004: 320). El autor sostiene que «[...] quizás, es preferible preservar a la responsabilidad médica como una especie de frontera avanzada de la responsabilidad civil, banco de prueba para nuevas soluciones, que emerge del propio carácter peculiar y primario del valor que tutela, es decir, la salud».

d) Unificado en el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad, a costa de la incorporación de la cláusula 'claim made'

No puede afirmarse que la ley haya borrado la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, pero sí una de sus principales consecuencias: el plazo de prescripción²¹.

En efecto, cualquiera sea quien demande, el paciente (con fundamento en el contrato de servicios) o el damnificado indirecto que invoca un daño propio (por ejemplo, el hijo por la muerte del padre derivada de la mala praxis), todas las acciones de responsabilidad prescriben en el plazo de *diez años* computados desde la *consolidación del daño*.

Se trata de un plazo muy extenso²² y, como era previsible, produjo poco tiempo después la reacción de las compañías aseguradoras y la reforma de la ley a través de la incorporación de la cláusula *claim made*; es decir, la disposición convencional que exige que la reclamación, y no solo el hecho generador del siniestro, debe acaecer durante el período de vigencia del contrato. Sin embargo, como con anterioridad a esta ley la Casación francesa había declarado abusivas cláusulas de este tipo²³, se la incorporó con variantes que atenúan (aunque no

²¹ En la República Argentina la separación de los dos campos sigue torturando a la doctrina y a la jurisprudencia. Así, es frecuente aceptar que la responsabilidad médica es contractual frente al paciente, pero extracontractual frente a los damnificados indirectos (herederos) que invocan un derecho propio (Cám. Nac. Civ., Sala F, 16 de diciembre de 2002, Maciel, Marcos *c/Barry*, *Jurisprudencia Argentina* 2004-I-460). En Francia, a partir del caso «Mercier», del 20 de mayo de 1936, la Corte de Casación sostiene que la relación entre el médico y su paciente configura un verdadero contrato.

²² De cualquier modo, piénsese que en Francia el plazo de prescripción de la acción para reclamar por la responsabilidad extracontractual es de treinta años, mucho más extenso que el de la responsabilidad contractual (diez años).

²³ Véase MISTRETTA (2003a: 57). En la República Argentina, la cláusula ha sido autorizada por la Superintendencia de Seguros tanto para el seguro contra la responsabilidad médica (resoluciones 23160 del 24 de marzo de 1994 y 78392 del 28 de abril de 1994). Para aprobar estas cláusulas, la Superintendencia normalmente requiere: a) un aviso destacado, tanto en la póliza como en la propuesta de seguro respecto de las características de la cobertura y sus alcances; y b) un período extendido de por lo menos dos años. Además, las aseguradoras argentinas ofrecen a sus asegurados ciertos beneficios adicionales, como ser, que cuando al vencimiento de la póliza el asegurado va renovando sus pólizas con el mismo asegurador, las nuevas pólizas cubren también los reclamos que se formulan durante la vigencia de la última y que sean consecuencias de actos y omisiones cometidas por el asegurado durante la vigencia de las anteriores (véase LÓPEZ 2005: 21). Precisamente, esta cláusula es la que tiene «enganchado» al asegurado a una misma aseguradora; es decir, para estar cubierto todo el tiempo, el profesional se ve compelido a renovar el contrato con la misma aseguradora aunque otra le ofrezca mejores condiciones. Por esta y otras razones, un sector de la doctrina liderado por Stiglitz se pronuncia por la ilicitud de la cláusula (véanse COMPIANI *s/a*: 55; JIMÉNEZ 2001: 23). En esta línea, el I Congreso Multidisciplinario «La responsabilidad civil y sus

eliminan) sus efectos perniciosos. En definitiva, el artículo 251-2 del Código de Seguros dice, después de la reforma de diciembre del año 2002:

Todo contrato de seguros concluido por aplicación del artículo 1142-2 garantiza al asegurado contra las consecuencias pecuniarias de los siniestros por los cuales la primera reclamación se formula durante el tiempo de validez del contrato, cualquiera sea la fecha de los otros elementos constitutivos del siniestro, siempre que el hecho generador haya sobrevenido en el marco de las actividades del asegurado garantizadas al momento del primer reclamo. El contrato de seguros garantiza también los siniestros cuya primera reclamación se haya formulado durante el plazo fijado en el contrato, a partir de la fecha de expiración o de disolución de todo o parte de las garantías, si los siniestros son imputables a las actividades garantizadas a esa fecha y si ellas resultan de un hecho generador sobrevenido durante el período de validez del contrato. Ese plazo no puede ser inferior a cinco años²⁴.

Véase el siguiente ejemplo: el contrato de seguros tiene un plazo de validez de dos años; el hecho dañoso debe haber acaecido, obviamente, dentro de ese plazo; pero la víctima tiene diez años para reclamar; en consecuencia, habrían ocho años en los que el médico no estaría cubierto, aunque el hecho dañoso acaeció durante la

posibilidades asegurativas», reunido en Buenos Aires en la Universidad Notarial Argentina el año 2001, aprobó las siguientes conclusiones:

1. La cláusula *claims made*, en cuanto limita temporalmente la garantía del asegurador, infringe el artículo 109 de la LS, norma que por su letra y naturaleza es totalmente inmodificable (artículo 158-1 LS). 2) La cláusula *claims made*, al importar una desnaturalización del vínculo asegurativo, una restricción a los derechos del asegurado y una ampliación de los derechos del asegurador, es abusiva en los términos del artículo 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor. 3) La cláusula *claims made* desnaturaliza la definición del seguro contra la responsabilidad civil en tanto limita la obligación del asegurador a reclamos efectuados por los damnificados durante la vigencia de la póliza sin consideración a las manifestaciones ulteriores de hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza.

La jurisprudencia se muestra vacilante. En un voto disidente (Dra. J. Lozano) de la Cám. Nac. Civ., Sala L del 29 de agosto de 2003 se lee: «[...] corresponde considerar ilícita y abusiva, debiéndose tener por no escrita —artículo 37 de la ley 24.240— la cláusula tipo *claims made* inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, toda vez que la misma limita temporalmente los derechos del asegurado de contar con la cobertura de su aseguradora sin darle la posibilidad de negociación de un modo no previsto por la ley, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado» (en consecuencia, propició condenar al médico y a su aseguradora). La mayoría, en cambio, liberó al médico por falta de pruebas y declaró la validez de la cláusula porque el asegurado tiene la posibilidad de comprar endosos de extensión de denuncias o conversión de póliza (*Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, número 2, marzo de 2004, con nota aprobatoria de la mayoría de Sandra Wierzba y Diego Czernizer, «Tratamiento de la cláusula *claims made* por la justicia argentina»; publicado también en *La Ley* 2003-F-372, con nota aprobatoria de la minoría de Rubén Stiglitz, «Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula *claims made*»).

²⁴ Una norma similar ha sido incorporada al artículo 214-5 del Código de Seguros por la ley 2003-706 referida a la seguridad financiera (véase LÓPEZ 2005: 19). La doctrina señala las dificultades de aplicación de este tipo de normas frente a contratos sucesivos convenidos con distintas aseguradoras (véanse LACOEUILHE 2003: 499; AMODIO 2004: 519).

vigencia del contrato. Para atemperar estos efectos, la ley admite que ese reclamo sea formulado dentro de los cinco años de haberse extinguido el contrato de seguros. Aun así, en el ejemplo proporcionado, el médico queda desprotegido durante los tres últimos años que la víctima tiene para demandar.

e) Inclinado a la desjudicialización

Preocupado por el aumento de la litigiosidad en la materia, pero también por la dilación de la percepción de la indemnización por parte de las víctimas, el legislador previó un procedimiento facultativo de arreglos amigables²⁵. En esta línea, la ley crea una comisión regional de *conciliación* (a la que pueden acudir todas las víctimas con el fin de lograr acuerdos extrajudiciales) y de *orientación* a las víctimas de daños más severos, quienes obviamente necesitan otro tipo de remedios, que ayudan incluso a evitar nuevos daños como secuela del primero. La comisión debe pronunciarse en un plazo máximo de seis meses sobre la causa u origen, la naturaleza y la gravedad del daño; en suma, determina el régimen de indemnización, si es un caso de responsabilidad o de solidaridad social y, consecuentemente, de qué modo la víctima será compensada²⁶.

f) Preocupado por la percepción de la indemnización. El seguro obligatorio

Francia conoce muchos supuestos de seguros obligatorios. La ley incorporó al sistema un supuesto más: el seguro contra la responsabilidad civil médica. El artículo 1142-2 de la Salud Pública y el artículo 151-1 del Código de Seguros han quedado redactados del siguiente modo:

Los profesionales liberales de la salud, los establecimientos de salud, servicios de salud y organismos que ejercen actividades de prevención, de diagnóstico o de cuidados, así como los productores y proveedores de productos de salud, están obligados a contratar un seguro destinado a garantizar su responsabilidad civil y administrativa susceptible de ser comprometida en razón de los daños sufridos por terceros y resultantes de ataques a la persona acaecidos en el marco de esta actividad de prevención, diagnóstico o cuidados.

A su vez, se crea una oficina central de tarifas que fija la prima adecuada al riesgo garantizado. De este modo, todo médico puede encontrar una aseguradora que tome el riesgo por precios razonables. La norma autoriza a que el seguro contenga topes²⁷.

²⁵ En este aspecto, la ley ha sido completada por un decreto del 3 de mayo de 2002. Para un análisis de la normativa, véanse MARCHAND (2002: 2739); LÓPEZ DE LA OSA (2004: 67); ANDORNO (2005: 25).

²⁶ MAZEAUD (2004, tomo II: 373).

²⁷ Cf. LAMBERT-FAIVRE (2002b: 1369).

3.5 El sistema legal francés de la responsabilidad civil

a) *La regla: responsabilidad por culpa*

Como dije, el sistema de responsabilidad se estructura con base subjetiva; consecuentemente, como lo venía sosteniendo la jurisprudencia, el médico responde solo si puede atribuírsele culpa.

En tal sentido, el artículo 1142-1 del Código de la Salud, norma con la que comienza la sección I del capítulo II llamado «Riesgos sanitarios resultantes del sistema de salud», dispone en su primera parte, que «Fuera de los casos en los que su responsabilidad está fundada en razón de un defecto en el producto, los profesionales de la salud mencionados en la cuarta parte de este código, así como todo establecimiento, servicio y organismo en el cual son realizados actos individuales de prevención, de diagnóstico o de cuidados, no son responsables de las consecuencias dañosas de los actos de prevención, diagnósticos y cuidados *sino en caso de culpa*».

De cualquier modo, como lo señala la doctrina, la noción de *culpa médica* ha tenido una gran evolución en la jurisprudencia francesa (civil y administrativa); puede afirmarse que ella es apreciada cada vez más severamente, cualquiera sea su naturaleza u origen (error de diagnóstico, de cuidado, faltas éticas, omisión del deber de información, etcétera)²⁸.

En la Argentina, la fórmula que mejor responde a esa evolución es, quizá, la usada en votos particulares de algunas sentencias de la Corte Federal: «Difícilmente pueda concebirse un supuesto en que el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas sea mayor que respecto de los médicos, desde que a estos se les confía de modo exclusivo la vida misma de los pacientes. En tales supuestos, la menor imprudencia, el mínimo descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad, de modo que no hay cabida para culpas pequeñas»²⁹; en suma, «El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales»³⁰.

b) *Una culpa especial: el deber de información*

La ley ha dado tratamiento específico al deber médico de información, creación pretoriana nacida a la luz de los derechos implícitos emanados del principio de

²⁸ LAMBERT-FAIVRE (2002b: 1368).

²⁹ CSN, 10 de mayo de 1999, votos de los Dres. Fayt y Vázquez, *Responsabilidad Civil y Seguros*, número 2, 2000, p. 86.

³⁰ CSN, 6 de julio de 1999, Schauman de Scaiola c/Provincia de Santa Cruz, *Responsabilidad Civil y Seguros*, número 2, 2000, p. 67.

buena fe contractual. El artículo 11 de la ley incorpora al Código de la Salud Pública nueve largas normas (artículo 1111-1 a 1111/9) que integran un capítulo denominado «Información de los usuarios del sistema de salud y expresión de su voluntad».

Este articulado trata en forma separada el *derecho a ser informado* (artículo 1111-2/3) y el *derecho a tomar la decisión* (artículo 1111-4/5). Transcribiré, con breve comentario, los aspectos más significativos vinculados al propósito de estas líneas.

Artículo 1111-2. Toda persona tiene el derecho a ser informada sobre su estado de salud. Esta información comprende las diferentes investigaciones, tratamientos o acciones de prevención que se le proponen, su utilidad, su urgencia eventual, sus consecuencias, los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que ellos comporten así como las otras soluciones posibles, y las consecuencias previsibles en caso de que el consentimiento no se preste.

Adviértase que, respecto de la información sobre los riesgos, la ley hace referencia a un criterio cuantitativo (la frecuencia) y a otro cualitativo (la gravedad normalmente previsible). En consecuencia, aunque un riesgo no sea frecuente, si es grave y previsible debe ser informado.

Esta información incumbe a todo profesional de la salud en el marco de sus competencias y en el respeto de las reglas profesionales que le son aplicables. Solo la urgencia o la imposibilidad de informar pueden dispensarlo.

El deber de información comprende aspectos éticos, regulados generalmente en los códigos de deontología, que de este modo se incorporan a la normativa jurídica.

La voluntad de una persona de ser mantenida en la ignorancia de un diagnóstico o de un pronóstico debe ser respetada, salvo que terceros estén expuestos a un riesgo de transmisión.

El paciente tiene derecho a saber, pero también a no saber³¹. En este sentido, la ley francesa coincide, entre otros textos, con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, emanada de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 y adoptada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998, cuyo artículo 5, inciso c, dispone: «Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias».

La ley regula la información y el consentimiento de personas que según la ley civil no tienen plena capacidad para los actos de naturaleza patrimonial. En este sentido, dice:

³¹ Cf. ANDORNO (2005-III: 1206).

Los derechos de los menores o mayores bajo tutela referidos en este artículo se ejercen, según los casos, por los titulares de la autoridad parental o por el tutor. Ellos reciben la información prevista en el presente artículo [...] Los interesados tienen el derecho de recibir ellos mismos la información, y de participar en la toma de una decisión que les concierne, de una manera que se adapte a su grado de madurez, tratándose de menores, y a sus facultades de discernimiento, tratándose de mayores bajo tutela.

Esta parte de la norma configura un gran avance en torno a los derechos sobre el propio cuerpo, desde que reconoce expresamente que la capacidad civil no coincide con la aptitud para prestar el consentimiento informado; por el contrario, es un acto que depende de la edad, el grado de madurez y la posibilidad de comprensión³². La disposición se completa con otros parágrafos que transcribo más adelante (1111-4 y 1111-5).

En caso de litigio, recae sobre el profesional o el establecimiento de salud la carga de la prueba de que la información ha sido dada al interesado en las condiciones previstas en este artículo. Esta prueba puede ser aportada por cualquier medio.

La ley concluye las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en torno al sujeto sobre el que recae la carga de probar, y señala específicamente al profesional.

Art. 1111-3. Toda persona tiene derecho, a su petición, a que los establecimientos públicos o privados de salud le proporcionen información sobre los gastos a los que será expuesto en ocasión de actividades de prevención, diagnóstico y cuidado, y sobre las condiciones de pago. Los profesionales de la salud que ejercen su profesión de modo liberal, antes de ejecutar un acto, deben informar al paciente de su costo y de las condiciones de reembolso por los regímenes de seguro obligatorios.

La ley no se contenta con establecer el deber de información genérico sino que, con gran conocimiento de la realidad, aborda uno de los temas centrales del derecho *a* y *de* la salud: el costo y la forma de pago del acto médico.

Art. 1111-4. Conjuntamente con el profesional de la salud y teniendo en cuenta las informaciones y consejos que le han sido provistos, toda persona toma las decisiones que conciernen a su salud.

El médico debe respetar la voluntad de la persona después de haberle informado las consecuencias de su elección. Si la voluntad de la persona de rechazar o

³² Me remito a lo expresado en mis artículos «El derecho del menor sobre su propio cuerpo» (KEMELMAJER 2001a); «El derecho del niño a su propio cuerpo» (KEMELMAJER 2003; también en DINIZ y LISBOA 2003) y «Los disminuidos mentales, la esterilización terapéutica y el derecho sobre el propio cuerpo» (KEMELMAJER 2001b).

interrumpir un tratamiento pone su vida en peligro, el médico debe hacer todo lo posible para convencerlo de aceptar los cuidados indispensables.

Ningún acto médico ni ningún tratamiento puede ser practicado sin el consentimiento libre y esclarecido de la persona y ese consentimiento puede ser revocado en todo momento. Cuando la persona no puede expresar su voluntad, ninguna intervención o investigación puede ser realizada sin consultar a la persona de confianza prevista en el artículo 1111-6, o la familia, o en su defecto, uno de sus parientes próximos, salvo urgencia o imposibilidad.

El consentimiento del menor o del mayor bajo tutela debe ser sistemáticamente buscado si es persona apta para expresar su voluntad y participar en la decisión. En el caso que el rechazo de un tratamiento por la persona que ejerce la patria potestad o la tutela comporte como riesgo consecuencias graves para la salud del menor o del mayor bajo tutela, el médico presta los servicios indispensables.

Art. 1111-5. El médico puede ser dispensado de obtener el consentimiento del o de los titulares de la autoridad parental sobre las decisiones médicas a tomar cuando el tratamiento o la intervención se imponen para salvaguardar la salud de una persona menor y esta se opone expresamente a que se consulte a los titulares de la autoridad parental a fin de guardar el secreto sobre su estado de salud. Sin embargo, el médico debe, desde el primer momento, esforzarse en obtener el consentimiento del menor para esta consulta. En el caso que el menor mantenga su oposición, el médico puede hacer el tratamiento o la intervención. En este caso, el menor se hace acompañar de una persona mayor a su elección.

Cuando una persona menor cuyos lazos de familia se han roto es beneficiaria, a título personal, del reintegro de las prestaciones derivadas del seguro de salud o de coberturas de maternidad previstas en la ley 99/641, solo se requiere su consentimiento.

La información suficiente es la que lleva a tomar una decisión esclarecida. Consecuentemente, el médico debe poner todos sus esfuerzos para que el paciente tome la que resulta finalmente correcta.

Los dos párrafos transcritos completan el contenido referido a la información del paciente menor de edad. El legislador ha intentado regular los casos que se presentan con mayor habitualidad en la realidad: el riesgo de vida, la oposición del tratamiento paterno a ciertos tratamientos (por ejemplo, negativa a las transfusiones de los Testigos de Jehová, que tanta tinta han hecho correr en la jurisprudencia de todos los países)³³, oposición del menor a que el médico

³³ En la República Argentina hay cierto consenso en el sentido de que, ante la carencia de autorización de los padres, el médico está legitimado para petitionar autorización judicial, a través de la vía del amparo (véase, por todos, sentencia del juez Pedro Hooft, titular del Juzgado Criminal y Correccional de Transición 1, Mar del Plata, 9 de mayo de 2005, en *La Ley*, Buenos Aires, 2005-6-640, con nota aprobatoria de Augusto M. Morello y Guillermo Morello, «La tutela efectiva de la salud y la vida en situaciones extremas»). En España, como es conocido, la cuestión llegó hasta

consulte con sus padres, etcétera. Este último supuesto es el de las adolescentes que quieren interrumpir su embarazo, o que padecen enfermedades que delatan un tipo de vida no coincidente con las pautas culturales transmitidas por sus padres, etcétera. El legislador lo resuelve dando al menor un grado de autonomía semiplena, que se convierte en plena cuando es beneficiario de un sistema que lo cubre económicamente. Claro está, para que las facultades se ejerzan regularmente, el médico debe poner sus mejores esfuerzos en lograr que el menor consienta en consultar a sus representantes legales.

El derecho argentino carece de una regulación tan específica sobre el consentimiento informado. De cualquier modo, una sentencia de la década de 1990 recuerda que la noción de consentimiento informado «comprende dos aspectos: a) que el médico obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento; b) que el médico revele adecuada información al paciente, de manera tal que le permita a este participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto. // El médico debe informar sobre la naturaleza del riesgo, la magnitud, la probabilidad que se materialice, la inminencia de la posibilidad de materialización»³⁴.

Quizás una de las situaciones más paradigmáticas sobre responsabilidad médica por omisión del deber de información sea la resuelta por la sala M de la Cámara Nacional Civil que decidió:

Es procedente la acción resarcitoria entablada contra el médico cuya omisión de recabar el consentimiento informado del paciente previo a una operación de cirugía de alto riesgo, privó a este de la posibilidad de optar por no someterse a un tratamiento que lo dejara en iguales o peores condiciones de las que revestía al arribar a la consulta (en el caso, le extrajeron un quiste cerebral y luego de la operación sufrió demencia vascular que lo llevó a ser declarado insano), o bien por otra técnica operatoria que aparecía como más segura, y hasta de haber acudido a otro equipo médico que le ofreciera dicha terapéutica³⁵.

el Tribunal Constitucional, que en definitiva revocó la condena penal dictada contra los padres, quienes, aunque no habían autorizado la transfusión, no se habían opuesto a la orden dada por el juez; recuérdese que, finalmente, el niño murió porque médicamente era altamente inconveniente hacer esa transfusión contra su voluntad (sobre el tema, véanse SEVILLA 2001: 71; PICONTO 2000: 15; GRACIA 1989: 527; CACHON 2002: 1; MEDINA y otros 2002: 2-651). Para la cuestión en Italia, véase FRENI (2000: 105), etcétera.

³⁴ Cám. Nac. Civ., Sala F, 5 de febrero de 1998, ED 186-259 (voto de la Dra. Highton). En el caso, la paciente padeció de hipoestesia e hiperestesia en zonas de la lengua en forma inmediata a la actuación de la odontóloga; aunque luego superó el problema de la insensibilidad temporaria, quedó sin embargo alguna secuela menor. La sentencia también recuerda que, conforme el artículo 19 inciso 3 de la ley 17.132, es deber del médico respetar la voluntad del paciente.

³⁵ Cám. Nac. Civ., Sala M, 16 de septiembre de 2002, *La Ley* 2003-B-315.

*c) Una singular sentencia francesa sobre el deber de información.
El médico demasiado optimista*

El 17 de abril de 2003, la sala 1 de la Corte de Apelaciones de Metz³⁶ resolvió un caso singular que muestra la importancia del deber de información. La señora B consultó a un médico por la constante aparición de quistes ováricos; el médico realizó una operación para poner fin al problema. Tres años más tarde, la señora B demandó al médico, al hospital y a la aseguradora. Imputaba al médico los siguientes hechos: a) haber prescrito un tratamiento hormonal inadecuado que había causado dos nuevas intervenciones quirúrgicas habiendo sanado recién con la última, practicada por otro médico; y b) no haber informado correctamente. El tribunal descartó la culpa técnica; es decir, la operación realizada por el médico demandado estuvo perfectamente realizada, pero condenó a reparar la información inadecuada; fundó su decisión en que a través de una indicación exageradamente optimista (la operación terminaría con los problemas porque los quistes no volverían a reproducirse, siendo que fueron necesarias dos nuevas operaciones), el médico generó en la paciente falsas perspectivas de mejorar que comprometen la responsabilidad extracontractual, por lo que lo condenó a pagar 3.811 euros por concepto de daño moral.

La sentencia presenta los siguientes ribetes interesantes: a) al parecer, la información «exageradamente optimista» se convirtió en un factor de atribución, pues, en efecto, el médico fue condenado a pagar daño moral aunque no se acreditó que la información fuese desleal, ni tampoco que hubo falla técnica (dado que la operación fue bien realizada, aunque no produjo el resultado esperado porque en diversas ocasiones y por diversas razones los quistes vuelven a aparecer); b) normalmente, cuando se verifica la violación del deber de información, se denuncia una omisión; en este caso, en cambio, la responsabilidad operó por comisión; c) el tribunal, sin dar explicaciones, sustrajo la cuestión del ámbito de la responsabilidad contractual y la derivó a la responsabilidad extracontractual; y d) se condenó a pagar exclusivamente daño moral, pues se declaró que no había daño material «causado» por el médico.

Un caso de cierta similitud tuvo suerte diversa en la Argentina; sin embargo, no hay analogía sustancial pues no se había invocado error de información. Un médico que había hecho cuatro operaciones en un niño (a los 8, 9, 13 y casi 16 años) fue absuelto. Se trataba de la corrección de una hipospadia. A través de la pericia pertinente se acreditó que la corrección no siempre se logra en una

³⁶ *La Semaine Juridique*, número 23, 12 de junio de 2004, p. 1179, con nota de Patrick Místretta, «Le médecin optimiste, le patient et le droit».

primera intervención, especialmente si se opera en niños, pues es una intervención que depende del crecimiento anatómico que acontece en los genitales con el advenimiento de la pubertad. La aparición de una fístula, se dijo, no significa impericia, porque la complejidad operatoria es inversamente proporcional al tamaño del pene operado; a mayor edad y desarrollo del miembro viril, menor posibilidad de posibilidad de fístulas hay. En el caso, el paciente se sanó con la quinta intervención, hecha por otro médico, cuando tenía 17 años³⁷.

d) Supuestos de responsabilidad sin culpa

Aunque la responsabilidad derivada de los servicios de salud tiene base subjetiva, el sistema reconoce varios supuestos de responsabilidad objetiva, algunos señalados en la propia ley (responsabilidad por productos elaborados y por infecciones hospitalarias), otros, en leyes especiales (vacunaciones obligatorias, por ejemplo). Por sus peculiaridades, el tema de las infecciones hospitalarias será abordado separadamente.

— *Responsabilidad por productos defectuosos*

Obviamente, la responsabilidad por productos defectuosos (entre los que se ubican los medicamentos) ocupa un lugar destacadísimo entre los supuestos de responsabilidad objetiva. Francia integra la Unión Europea y, aunque con atraso y dificultades³⁸, traspuso finalmente la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la «aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos».

Debe distinguirse entre el médico que prescribe un producto defectuoso, caso presidido por el principio de la culpa, y el médico que lo provee o suministra regido por la directiva. Por otra parte, un medicamento puede no ser defectuoso en sí mismo (en cuyo caso no existe responsabilidad ni del elaborador ni del proveedor), pero ser causante de un daño por haber sido mal indicado (supuesto que puede generar responsabilidad del profesional de la medicina).

Las diferencias entre uno y otro supuesto surgen claras de una sentencia del 12 de febrero de 2004 de la Sala I del Tribunal Supremo de España³⁹, que dice:

³⁷ Cám. Nac. Civ., Sala G, 7 de julio de 2000, Doc. Jud. 2000-3-1160.

³⁸ Francia fue condenada porque traspuso la directiva modificando algunos aspectos que no habían sido dejado librados a la libertad de los países. Lo extraño es que se trata de aspectos que benefician a las víctimas.

³⁹ Véase *Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, número 6, 2004, p. 135.

El centro de asistencia médica demandado es responsable por los perjuicios padecidos por el actor [un joven de 21 años] como consecuencia de la diabetes que contrajo a raíz de la medicación que le recetaron [en el caso, para un tratamiento contra el acné] toda vez que los profesionales del organismo accionado no actuaron con la debida diligencia, pues no evaluaron adecuadamente las cifras obtenidas a través de los controles mensuales que realizaban al paciente por el riesgo que dicho tratamiento entrañaba, ni estudiaron si las alarmantes subidas de glucemia detectadas eran debidas al fármaco administrado, debiendo considerarse con mayor gravedad la negligencia imputada desde que el prospecto que acompañaba al medicamento advertía que con su administración podría causarse la patología en cuestión.

En el caso, el daño (diabetes) fue atribuido directamente a la culpa médica (falta de controles), proveniente de un hecho totalmente previsible (puesto que figuraba en los prospectos). En cambio, no había razones para responsabilizar al elaborador (que por otra parte, no había sido demandado).

Otro caso argentino también ejemplifica la culpa personal del médico en el suministro de los medicamentos:

Si el médico tomó la decisión de suministrar una droga, que es de acción ultrarrápida y su uso es a nivel anestésico, sin consultarlo con médico anestesista ni cardiorrespiratorio alguno, a pesar de que no era adecuada a la patología del enfermo, y posteriormente dispuso su suspensión sin anotarla en la historia clínica donde figuraba que debía administrarse, el error del facultativo es palmario. La decisión sobre el tipo de fármaco y las condiciones en que debe suministrarse corren por cuenta del médico y no de la enfermera. No existe elemento alguno del que pueda colegirse que ella tuviera o pudiera haber tenido mínimo conocimiento de algún cambio de órdenes por parte del facultativo; habiendo indicado este que debía darse un medicamento, la enfermera lo único que debía hacer era cumplir con esa administración⁴⁰.

Entre la numerosa jurisprudencia en torno a la responsabilidad objetiva por productos médicos, cabe recordar la decisión de la sala V del Tribunal Europeo con sede en Luxemburgo del 10 de mayo de 2001, recaída en el asunto C-203/99, por emanar del intérprete máximo de este texto y aclarar la extensión de nociones típicas de este tipo de responsabilidad, como «puesta en circulación», «producto», «sujetos responsables», «daños a las personas y daños a las cosas», etcétera.

Los hechos relatados en la sentencia son los siguientes:

El 21 de noviembre de 1990, el señor Veefald debía ser sometido a un trasplante de riñón en el hospital de Skejby. Tras haber sido extraído del donante,

⁴⁰ Cám. Nac. Civ., Sala F, 4 de julio de 2003, *Gómez c/Gobierno de la ciudad*, *Jurisprudencia Argentina* 2004-I-481. En el caso, el paciente era un menor de dieciséis años internado en un hospital de rehabilitación debido a secuelas de índole motriz originadas en lesiones provocadas por un disparo de arma. El Tribunal rechazó la demanda contra la enfermera y condenó al médico.

hermano del señor Veedfald, el riñón se preparó para el trasplante por medio de una irrigación con un líquido de perfusión destinado a este fin. Por ser defectuoso el líquido, durante la irrigación se obstruyó una arteriola del riñón, por lo que este resultó inutilizable para cualquier trasplante. El líquido de irrigación había sido fabricado en los laboratorios de la farmacia de otro hospital (el hospital municipal de Århus) y preparado para su utilización en el hospital de Skejby. La Amtskommune es propietaria y gestora de ambos hospitales. Basándose en la ley danesa 371, el señor Veedfald solicitó una indemnización a la Amtskommune. Esta declinó su responsabilidad alegando que no había puesto el producto en circulación y que no lo había fabricado con fines económicos, puesto que ambos hospitales están exclusivamente financiados con fondos públicos. El señor Veedfald interpuso un recurso contra esta resolución denegatoria de indemnización ante el Vestre Landsret (Dinamarca), recurso que fue desestimado mediante sentencia del 29 de septiembre de 1997. Por lo tanto, interpuso un recurso de apelación ante el Højesteret.

Por suscitarle dudas la interpretación del derecho nacional a la luz de las disposiciones de la Directiva, dicho tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que un producto defectuoso no se ha puesto en circulación si se ha elaborado en el marco de la prestación de un servicio médico concreto y se utiliza en un órgano humano que ha sido extraído del cuerpo de un donante con el fin de prepararlo para su trasplante al cuerpo de otra persona y que, como consecuencia de ello, se ha causado el daño en el órgano?
- 2) ¿Debe interpretarse la letra c) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que un hospital de titularidad pública está exento de responsabilidad con arreglo a la Directiva por los productos que elabora y utiliza en el ámbito de un servicio concreto financiado con fondos públicos, prestado por el productor a la persona perjudicada sin ninguna contraprestación?
- 3) ¿Impone el derecho comunitario exigencias aplicables a la delimitación por los Estados miembros de las expresiones de daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, contenidas en el artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, o pueden los distintos Estados miembros decidir libremente lo que debe entenderse por daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa?
- 4) ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente

después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión daños causados por lesiones corporales con respecto al receptor del órgano?

5) ¿Debe interpretarse la letra b) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa con respecto al receptor del órgano?

En definitiva, las respuestas del tribunal fueron:

1) El artículo 7, letra a), de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a este es consecuencia de dicha preparación.

2) El artículo 7, letra c), de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que la exoneración de responsabilidad por falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional no se aplica al caso de un producto defectuoso que ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna.

3) El artículo 9 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que, a excepción del daño moral cuya reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del derecho nacional y de las exclusiones que resultan de las precisiones aportadas por esta disposición en lo que respecta a los daños causados a una cosa, un Estado miembro no puede limitar los tipos de daño material causado por muerte o lesiones corporales, o de daño causado a una cosa o que consista en la destrucción de una cosa, que han de ser indemnizados.

4) En virtud de la Directiva 85/374, el juez nacional está obligado a examinar en qué categoría deben agruparse las circunstancias del asunto, a saber, si se trata bien de daños cubiertos por el artículo 9, párrafo primero, letra a), o por el artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva 85/374, o bien de daños morales que puedan estar cubiertos por el derecho nacional. En cambio, no puede denegar toda indemnización en virtud de dicha Directiva basándose en que, pese a concurrir los demás requisitos de la responsabilidad, los daños sufridos no están comprendidos en ninguna de las categorías antes mencionadas.

Las respuestas dadas por el Tribunal Europeo implican, indudablemente, que al momento de resolver, el juez danés debe condenar al Estado, por no ser aplicable la eximente invocada, ni ser audibles el resto de las defensas.

En el derecho argentino la responsabilidad por el producto defectuoso se rige por el artículo 40 de la ley 24.240, que no alcanza a los médicos (artículo 2, segundo párrafo del mismo ordenamiento), pero sí a los servicios de salud (dada la inexistencia de norma alguna que los excluya). En tal sentido, se acogió la demanda por los daños causados por fallas de un aparato de monitoreo que ocasionaron quemaduras al paciente durante la intervención quirúrgica a la que fue sometido⁴¹. Igual que en el derecho europeo, pesa sobre el paciente consumidor la carga de probar que el daño tiene causa en el producto y, consecuentemente, la demanda se rechaza si, por su parte, el elaborador prueba que la causa del daño es ajena al producto. Así, por ejemplo, se rechazó la demanda contra el fabricante de un clavo-placa para prótesis de cadera por haberse acreditado que el resultado lesivo no obedeció a un defecto o vicio de su fabricación sino a múltiples factores que pudieron influir, como son el deterioro de la víctima, la mala elección del implante, la incorrecta colocación e inadecuado seguimiento médico, sin que pueda apreciarse cuál de todas ellas fue la más activa o eficaz o dotada de mayor fuerza productiva para incidir de modo decisivo en dicho evento; en el caso, varias pericias informaron que no se observaban signos de fatiga de material, que la prótesis fue confeccionada con materiales que no mostraban ninguno tipo de anormalidad y que la rotura obedeció a que se requirió al material esfuerzos superiores a su capacidad resistente, a través de sobrecargas para las cuales no había sido diseñada, produciéndose inicialmente una gran deformación que precedió a la fractura final⁴². Tampoco se acogió la demanda contra el vendedor de una prótesis ortopédica para corregir una escoliosis dorsolumbar por los daños que ocasionó su fractura si el acto quirúrgico del implante fue exitoso y el percance se produjo recién después de un lapso prolongado —once meses— sin que se hayan acreditado fallas en la prótesis y existe la posibilidad de que otros factores ajenos a esa pieza (por ejemplo, fuerza propia de la columna, caídas, traumatismos o esfuerzos indebidos) actuaran como fuentes autónomas o coadyuvantes de la ruptura⁴³; ni contra el fabricante del marcapasos implantado al actor ocho años antes si no existen antecedentes que permitan aseverar la presencia de fallas o desperfectos atribuibles a su fabricación⁴⁴.

⁴¹ Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 3°, 4 de noviembre de 1999, *Jurisprudencia Argentina* 2000-III-612.

⁴² Cám. Nac. Com., Sala A, 14 de abril de 2000, Doc. Jud. 2000-3-750.

⁴³ Cám. Nac. Com., Sala B, 31 de agosto de 2001, *La Ley* 2001-F-666.

⁴⁴ Cám. Nac. Civ., Sala B, 31 de agosto de 2001, *Responsabilidad Civil y Seguros* 2001-6-123. El tribunal, por mayoría, también ponderó todas las precauciones formuladas por el fabricante para advertir al usuario sobre las implicancias anexas que pueden sobrevenir a su utilización. La minoría,

Otros casos de responsabilidad objetiva creados por leyes especiales

Diversos países europeos regulan en leyes especiales los daños derivados de prácticas médicas particulares, como por ejemplo la vacunación obligatoria⁴⁵, las transfusiones sanguíneas en hospitales, etcétera. En todos estos casos, la víctima tiene a su favor el sistema probatorio, desde que se trata de responsabilidades fundadas en factores objetivos; en cambio, tiene en contra indemnizaciones tarifadas. En Francia, país poco amigo a los techos indemnizatorios, se ha planteado, aunque con poco éxito, la inconstitucionalidad de la limitación de los rubros reparables⁴⁶.

e) La responsabilidad por daños causados por los llamados «riesgos» o «accidentes» hospitalarios

Según estadísticas serias, en Francia, los llamados «riesgos, alea o accidentes hospitalarios terapéuticos» provocan miles de muertes por año⁴⁷. Se conoce con ese nombre a los «daños sufridos por un paciente, en ocasión de un acto médico, en cuyo origen no se puede detectar culpa alguna, y sin vínculo con el estado anterior del paciente ni con la evolución previsible de ese estado»⁴⁸. Entre estos accidentes se ubican las infecciones hospitalarias (o infecciones adquiridas en el hospital). El legislador francés ha reaccionado y ha previsto medidas de asepsia y mecanismos de control muy severos. Por su parte, la jurisprudencia anterior a la ley se mostró vacilante: La jurisdicción administrativa ponía ese accidente a cargo del Estado, sobre todo si el daño era de especial gravedad; la Casación, en cambio, entendía que no había razones para poner estos daños a cargo del particular. Como consecuencia de ese punto de partida, el Consejo de Estado resolvía que la demostración del respeto de las normas en materia de esterilización del ambiente sanitario no basta para eximir de responsabilidad, siendo necesaria

en cambio, tuvo en cuenta que al poco tiempo de su colocación habían existido contratiempos originados en su funcionamiento imputables a los catéteres.

⁴⁵ Véase, entre otros, MISTRETTA (2003b: 1873).

⁴⁶ CASTELNUOVO y PINTUS (2001: 490). Obviamente, estos casos también pueden generar responsabilidad subjetiva del médico; por ejemplo, si este decide colocar una vacuna antipoliomielítica a un niño que se encontraba en estado febril, causándole lesiones gravísimas (Tribunal Lodi, 10 de enero de 2004, en *Responsabilità Civile e Previdenza*, volumen LXIX, número 3, 2004: 785).

⁴⁷ Según algunas estadísticas, las infecciones hospitalarias generan en Francia más muertes que los accidentes de tránsito (cf. LAMBERT-FAIVRE 2002b: 1367-1369). La autora define la infección hospitalaria como toda enfermedad provocada por microorganismos contraída en un establecimiento de salud por un paciente; afirma, apoyada en estadísticas, que las infecciones bacterianas representan más del 90% de las infecciones hospitalarias; las más frecuentes son las urinarias, las neuropatías y las de piel y tejidos. El problema también es serio en Inglaterra (véase TAYLOR 2005: 717).

⁴⁸ MAZEAUD (2004, tomo II: 378).

la prueba de que el origen del proceso infeccioso es una *causa extraña*; por el contrario, los jueces de la jurisdicción civil eran menos exigentes con el sistema de salud privada⁴⁹. Soluciones diferentes crearon desigualdades manifiestas. Se recuerda que mientras que el joven Serge Gómez, de 15 años, quien salió parapléjico de una operación realizada en el Hospital Edouard Herriot de Lyon, fue indemnizado por la Corte Administrativa de esa ciudad no obstante la inexistencia de culpa médica, el joven Pierre Boudy, de 17 años, tetrapléjico después de una operación en una clínica de París, vio rechazada su demanda por la Corte de Apelaciones de esa capital, aunque fue sometido a la misma operación, y vivía a pocas cuadras del primero⁵⁰.

En fin, la ley recogió la opinión de un sector de la doctrina que criticaba un sistema según el cual muchas víctimas debían cargar con este tipo de «accidentes»⁵¹.

En su primera versión (la de marzo de 2002), estableció que «Los establecimientos, servicios y organismos antes mencionados son responsables de los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo que prueben la causa extraña». Además, «cuando la responsabilidad de un profesional, de un establecimiento, servicio u organismo antes mencionado *no está comprometida*, un accidente médico, una afección iatrogénica o una infección hospitalaria abre el derecho a la reparación de los perjuicios del paciente a *título de solidaridad nacional*». En consecuencia, la responsabilidad era objetiva, y si se había probado la causa ajena (es decir, no eran indemnizables por la vía de la responsabilidad civil) y los daños eran muy graves (más del 25% de incapacidad), pasaban a un fondo de garantía (la Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos, de Afecciones Iatrogénicas y de Infecciones Hospitalarias), financiado con fondos públicos⁵².

La presión de las aseguradoras llevó a la modificación de la ley. Después de diciembre del año 2002, el régimen vigente distingue según las infecciones hayan sido contraídas en:

a) *Establecimientos de salud*: en este caso, existe una obligación de seguridad; ellos son responsables de las infecciones hospitalarias, a no ser que prueben una causa ajena. Sin embargo, cabe distinguir según esas infecciones ocasionen una incapacidad menor o superior al 25%. Solo en el primer caso —en el de daños leves o pequeñas víctimas— la indemnización queda a cargo del establecimiento de salud, es decir, recae finalmente sobre el asegurador; en cambio, si es superior

⁴⁹ Cf. AMODIO (2003: 745); CACACE (2003a: 440).

⁵⁰ CACACE (2003a: 435). La autora señala que la ley era necesaria aunque fuese por esta sola razón.

⁵¹ Para las diferentes posiciones sobre el tema, véase LARROUMET (2001: 399); para la postura afirmativa, véase VINEY y JOURDAIN (2001: 395 y ss.), ambos en CARVAL (2001).

⁵² Cf. DENDOCKER (2003: 1196).

al 25%, pasa a la seguridad social a título de solidaridad nacional. En definitiva, solo quedan sin cubrir los «accidentes» con daños inferiores al 25% de incapacidad *cuando se ha acreditado la causa ajena*; los superiores están siempre cubiertos, pero por el de la seguridad social y no por la responsabilidad civil.

b) *Consultorios de profesionales de la salud*, es decir, médicos particulares: se rigen por el régimen común y, consecuentemente, debe acreditarse la culpa médica, desde que la presunción establecida por la ley no los contempla⁵³.

En la República Argentina, la tendencia jurisprudencial mayoritaria encuadra el daño proveniente de las infecciones hospitalarias dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva. En tal sentido se resuelve que «Si una infección revisió la condición de intrahospitalaria, es decir, proveniente del medio ambiente, no atribuible a patología propia del paciente, la responsabilidad por las consecuencias recae sobre el hospital, aun cuando resulta imposible llevar a cero la probabilidad de una infección de esta naturaleza y cualquiera sea el fundamento de esta responsabilidad»⁵⁴. En el mismo sentido se afirma que «La obligación de seguridad de resultado que pesa sobre el hospital por el contagio de infecciones hospitalarias se sitúa en el ámbito de la responsabilidad objetiva, por lo que la eximición de responsabilidad solo es procedente si se prueba la presencia de un caso fortuito externo»⁵⁵. En igual sentido, se ha resuelto que

[...] es responsable el Estado provincial por los daños causados por la muerte de dos menores como consecuencia de una infección bacteriana intrahospitalaria dado que los niños ingresaron al hospital con una enfermedad bronquial de origen vírico o bacteriano que alcanzó un agravamiento no habitual durante la internación, lo que muy probablemente pueda explicarse por la presencia de

⁵³ MISTRETTA (2003a: 57). Cf. especialmente PREVOT (2005: 15-20); PREVOT y CHAIA (2005: 179 y ss.).

⁵⁴ Cám. Nac. Civ., Sala E, 31 de noviembre de 1998, R. G. c/ Instituto de las clínicas cardiovasculares, *Jurisprudencia Argentina* 2000-II-585; cf. Cám. Nac. Civ., Sala A, 5 de marzo de 1998, *La Ley* 1999-13-44.

⁵⁵ Cam. Nac. Civ., Sala C, 5 de septiembre de 2000, *La Ley* 2001-A-271; cf. Sala D, 4 de mayo de 2004, Doc. Jud. 2006-1-145. Una situación por demás insólita provocó la condena de un hospital público, ya no por infecciones hospitalarias, sino por la picadura de un arácnido venenoso que causó la muerte. Con toda razón, el 24 de agosto de 1998, la Cám. Civ. y Com. de La Plata resolvió que

[...] el hospital demandado por el resarcimiento del daño provocado por el deceso de un paciente que fue picado por un arácnido no puede pretender excusar su responsabilidad alegando que la limpieza habitual realizada en las instalaciones del nosocomio resultó suficiente para prevenir a los pacientes de infecciones causadas por los gérmenes e insectos que normalmente se desarrollan o encuentran en dicho ámbito, pues esa tarea de rutina devino en insuficiente para repeler y extinguir insectos contagiosos (*Responsabilidad Civil y Seguros*, año I, número 2, 1999, p. 133).

Otros datos jurisprudenciales sobre infecciones intrahospitalarias se encuentran en CALVO (2005) y VÁZQUEZ (2002: 145).

algún germen intrahospitalario desarrollado ante la falta de adopción de medidas adecuadas para detectarlo y eliminarlo o disminuir su influencia⁵⁶.

Con una formulación menos rígida, pero que lleva a un resultado análogo, se ha decidido que «[...] si el paciente sufrió una fractura cerrada [no expuesta] de rótula y excoriación y probó que la infección padecida [osteomielitis] fue consecuencia directa de la operación, cabe presumir la falta de diligencia del médico y, en tales condiciones, incumbía a este (o al hospital) dar la prueba de la ausencia de culpa y que se extremó el deber de cuidado y previsión»⁵⁷.

4. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ÁMBITO DE LA GINECOLOGÍA

Hasta tiempos relativamente recientes, que hoy parecen muy lejanos, la concepción, el embarazo y el nacimiento eran acontecimientos ligados a la mera casualidad o, al menos, estaban subordinados solo a los ciclos de la naturaleza. El desarrollo científico y la irrupción de la biotecnología trajeron una creciente *medicalización* de esos acontecimientos, redujeron el ámbito de la aleatoriedad y acentuaron la libertad de determinación en las opciones relativas a la procreación⁵⁸. Obviamente, esta nueva visión debía traer cambios radicales en la responsabilidad médica ginecológica, especialmente en el ámbito del deber de información, sensiblemente profundizado⁵⁹.

4.1 Daños analizados por la jurisprudencia «tradicional»

En el ámbito de la responsabilidad médica ginecológica, hasta hace algunos años, en Francia y en Argentina, las demandas judiciales por mala praxis estaban limitadas a los supuestos en que se atribuía culpa al médico en el momento del parto.

⁵⁶ Cám. Civ. y Com. de San Juan, Sala II, 25 de febrero de 2005, *La Ley Gran Cuyo* 2005-1383, con nota de Juan M. Prevot, «Relación de causalidad e infecciones intrahospitalarias», *La Ley Gran Cuyo* 2006-52.

⁵⁷ Cám. Nac. Civ., Sala D, 16 de julio de 2001, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2002-II-73.

⁵⁸ SIMONE (2003: 1148).

⁵⁹ La ley 1044 del 26 de junio de 2003 de la ciudad de Buenos Aires, que regula el procedimiento a seguir «[...] ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida» (se refiere a la anencefalia o patología análoga), dispone que la incompatibilidad con la vida extrauterina debe ser fehacientemente comprobada por el médico tratante de la mujer embarazada y dentro de las 72 horas de la confirmación del diagnóstico, el profesional está obligado a informar a la mujer y al padre, si compareciere, explicándoles de manera clara y acorde con sus capacidades de comprensión, el diagnóstico y el pronóstico de la patología que afecta al feto, la posibilidad de continuar o adelantar el parto, y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte. Debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la gestante.

La jurisprudencia reitera fórmulas como la siguiente: «El obstetra no puede ser relevado de responsabilidad por las contingencias posibles, por ende previsibles, que en el común de los casos pueden producirse en el embarazo normal de una madre primeriza: la existencia o no de adecuada dinámica uterina durante el parto, su posible descontrol emocional, las eventualidades concomitantes al parto en sí, como puede ser la presentación invertida del *nasciturus*, el cordón umbilical enrollado sobre su cuello, una hemorragia de la madre, etcétera». Por esa razón, responde el médico que «frente a un parto que se presentaba como normal en una primeriza, vuelve a la hora de ser revisada, con trabajo de parto; se la interna sin que se ordene monitoreo fetal; no practica goteo para acelerar dilatación ni ecografía hasta que finalmente practica una cesárea, pero el niño muere a los treinta minutos de haber nacido»⁶⁰.

Por el contrario, no hay responsabilidad médica si la muerte del feto se produjo

[...] por desprendimiento de placenta *normoinsera*, trastorno denominado *abruptio placentae*, que implica que la placenta se separa del útero en forma parcial o total; esto hace que la placenta deje de cumplir su trascendental función, esto es, la de permitir la oxigenación de los tejidos fetales, produciendo como consecuencia que el feto quede sometido a una situación de asfixia, que si se prolonga determina su muerte. En estos supuestos la operación de cesárea debe efectuarse sin dilaciones, hipótesis en la cual el feto quizás se extraiga con vida, pero muy probablemente con un grave compromiso del cerebro y múltiples órganos⁶¹.

⁶⁰ Cam. 1.^a Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 16 de noviembre de 2000, *La Ley Buenos Aires* 2001-339. Se entendió que la indicación oportuna de una ecografía o el acompañamiento del proceso mediante la técnica del goteo de sustancias químicas tendientes a la aceleración hubieran puesto en claro el estado de la gestación, si mediaban o no insuficiencias congénitas de la madre, de la placenta o del feto, etcétera. En un caso similar, el 31 de agosto de 2000, la Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I (*La Ley Buenos Aires* 2001-490), decidió que «Configura un supuesto de mala praxis la conducta del médico tratante de una parturienta que durante las horas previas al parto omitió realizar los necesarios controles periódicos, lo que impidió constatar el sufrimiento fetal y cuyo resultado fue el alumbramiento de un feto muerto». Se trataba de una primeriza. De la historia clínica surge que durante un lapso de catorce horas y cincuenta minutos no se efectuaron a la actora controles de borramiento y dilatación del cuello del útero ni del progreso de la presentación; en lugar de comenzar a actuar, se mantuvo una conducta culposamente expectante.

⁶¹ Cám. Nac. Civil, Sala E, 7 de junio de 2000, Doc. Jud. 2001-1-620. Las pericias coincidieron en que el desprendimiento de placenta es un accidente raro, brusco y grave, y su etiología es oscura. En el caso, la conducta de los médicos actuantes fue correcta, ya que ante el diagnóstico, que puede comprometer no solo la vida del feto sino la de la propia madre, se decidió la realización de una cesárea de urgencia (el diagnóstico fue hecho a las 13:00 y a las 13:20 se decidió la cesárea; mientras tanto, se intentó una reanimación intrauterina del feto). La operación comenzó a las 13:45. El juez de primera instancia había condenado al médico, a la clínica privada y a la compañía aseguradora. Contra la sentencia se alzó únicamente el médico, quien fue liberado por la Cámara de Apelaciones

En ocasiones, el médico no es responsable, pero sí el servicio, por la mala organización; por ejemplo, carece de médico anestesista para hacer una cesárea de urgencia⁶². Es que, como lo ha sostenido la Corte Federal en numerosos casos, «Quien contrae la obligación de prestar un servicio, en el caso, asistencia a la salud, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecida»⁶³.

Dentro de estos casos «tradicionales», por estar fundados en la culpa⁶⁴, cabe incluir la sentencia bastante reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), conocido como caso «Vo c/ Francia» (53924/00, 8 de julio de 2004). Anticipo que la cuestión a decidir era la responsabilidad *penal* del médico, por lo que, a los fines de este trabajo, su interés es relativo. Los hechos eran claros: el profesional de la salud de un establecimiento público llamó para ser asistida a una paciente asiática, que conocía poco la lengua francesa; la confundió con otra del mismo apellido que figuraba en el mismo turno, y realizó en ella la punción que debía hacer en la homónima, provocando, en definitiva, la muerte del feto. El caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos exclusivamente para que resolviera si es contrario o no a la Convención que ese hecho no fuese sancionado penalmente. La denunciante alegaba violación del artículo 2 de la Convención, en razón de que la jurisdicción francesa había descartado la aplicación de la pena del homicidio involuntario con el argumento que el *nasciturus* no puede ser víctima de este delito, ilícito que solo puede tener por víctima una *persona viva*.

La Corte Europea de Derechos Humanos rechazó la denuncia. Citó sus precedentes⁶⁵ y dijo que un sistema judicial eficaz, como el que exige el artículo 2 de la Convención, puede implicar, en algunos casos, un mecanismo de represión penal. Sin embargo, si el ataque al derecho a la vida o a la integridad física no es

por cuanto no equivocó el diagnóstico, intentó efectuar maniobras de reanimación del feto y trató de practicar una operación cesárea de inmediato, lo que no pudo hacer por carencia de anestesista disponible, causa que no le puede ser imputada a él sino a la clínica. El actor había sostenido que la cesárea no había podido llevarse a cabo de inmediato, por no disponerse en la clínica de un anestesista para iniciar la operación, pues se encontraba operando un estómago, y mientras lo hacía fue llamado de urgencia, siendo autorizado por el jefe del grupo médico para asistir a la paciente de la otra operación.

⁶² Suprema Corte de Buenos Aires, 2 de agosto de 2000, *La Ley Buenos Aires*, 2001-194, confirmado por la Corte Nacional el 11 de marzo de 2003, *La Ley*, 2003-D-769.

⁶³ CSN, 6 de julio de 1999, Schauman de Scaiola c/Provincia de Santa Cruz, *Responsabilidad Civil y Seguros*, número 2, 2000, p. 67.

⁶⁴ Al parecer las equivocaciones no ocurren solo en Estados Unidos, como lo muestra la noticia periodística colocada a modo de epígrafe de este trabajo. Este supuesto se conoce con la expresión en inglés *wrongful death*.

⁶⁵ *Calvelli et Ciglio* § 51; *Giuliano Lazzarini et Maria Paola Ghiacci c. Italie*, número 53749/00, 7 de noviembre de 2002; *Mastromatteo c. Italie* [GC], número 37703/97, § 90, CEDH 2000-VIII.

voluntario, la obligación positiva que emana del artículo 2 no exige necesariamente que en todos los casos exista un recurso de naturaleza penal. En el contexto específico de las negligencias médicas esa obligación estatal puede ser cumplida, por ejemplo, con un sistema jurídico que ofrezca a los interesados un recurso ante la jurisdicción civil con el fin de establecer la responsabilidad del médico y, una vez fijada, aplicar sanciones civiles apropiadas, como es la indemnización de los daños y perjuicios, y la publicación de la sentencia.

En otros términos, la Corte Europea afirma que no viola la Convención un sistema que, como el francés, o el argentino, no sanciona penalmente el aborto culposo⁶⁶ siempre que dé otras respuestas eficaces, como es el sistema de la responsabilidad civil.

Como no podía ser de otro modo, la decisión fue recibida de diferentes maneras. Entre las críticas más duras se lee⁶⁷:

La sentencia se ubica bajo el doble signo de la pusilanimidad y la ambigüedad. Pusilanimidad, porque frente a la denuncia del rechazo de la cámara criminal de calificar de homicidio involuntario al ataque a la vida de la persona por nacer, la Corte no ha encontrado nada más osado que refugiarse detrás del margen de apreciación que reconoce a los Estados en cuanto al punto de partida del derecho a la vida. Ambigüedad, pues la Corte no duda en retomar para sí la técnica del reconocimiento hipotético del derecho a la vida de la persona por nacer fijada en la sentencia “Boso”, se sitúa en el terreno de las obligaciones procesales inherentes al artículo 2 (acciones positivas) y juzga que fueron respetadas porque tenía a su disposición una acción de responsabilidad civil que no ejercitó diligentemente ante la jurisdicción administrativa.

⁶⁶ El Código Penal español sanciona, en cambio, el aborto culposo. Véanse las siguientes disposiciones:

Artículo 146. El que por imprudencia *grave* ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro *finés de semana*. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. *La embarazada no será penada a tenor de este precepto.*

Artículo 157. El que por cualquier medio o procedimiento causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente un normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicio de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con pena de arresto de siete a veinticuatro *finés de semana*. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. *La embarazada no será penada a tenor de este precepto.*

⁶⁷ MARGUÉNAUD y RAYNARD (2004a: 799).

No comparto esta opinión. Estimo que la decisión es correcta; el derecho penal es la *última ratio* y, en esta materia, parecería que cada Estado puede sancionar o no criminalmente este tipo de conductas; basta que dé a la víctima otra salida satisfactoria (que puede ser de naturaleza no penal o sancionatoria).

4.2 Daños «no tradicionales»

La libertad de determinación en las opciones relativas a la procreación ha traído al ámbito tribunalicio nuevas situaciones. Algunas no pertenecen al ámbito de la responsabilidad civil, pero interesa relatarlas para verificar las grandes diferencias ideológicas que sirven de telón de fondo.

a) *Venta de píldoras anticonceptivas*

Mientras la justicia penal francesa sanciona a los farmacéuticos que se niegan a vender anticonceptivos contrariando la ley de protección de los consumidores⁶⁸, la Corte Federal argentina prohíbe la venta de la llamada píldora del «día después». En mi opinión, esta decisión, fundada insuficientemente en reglas científicas discutibles, configura una nueva, clara e ilegítima eliminación de un derecho de la mujer, cual es el derecho a no *concebir*⁶⁹. Aliento la esperanza cierta de que la Corte Federal, en su nueva composición, modificará esta jurisprudencia.

⁶⁸ Cass. Crim., 21 de octubre de 1998, *La Semaine Juridique* 38, 22 de septiembre de 1999, con nota de Frédéric Freund, «Les convictions religieuses de deux pharmaciens ne peuvent constituer un motif légitime de refus de vente de contraceptifs». No ignoro el debate ocasionado en Francia por la disposición administrativa que autorizaba a las enfermeras de los colegios a proporcionar la píldora Norlevo sin prescripción médica a niñas menores de edad, y su ulterior anulación por el Consejo de Estado; mas en ese caso el problema era la falta de prescripción médica, aunque también se invocaran los derechos derivados de la patria potestad. Para esta cuestión ver RADÉ y DUBOS (2000). Los datos proporcionados por los autores son escalofriantes: se estima que cada año, en Francia, se producen 350 mil embarazos no deseados; dos tercios dan lugar a una interrupción voluntaria; 30% de estos abortos corresponden a mujeres de menos de veinticinco años. Para intentar dar una respuesta rápida a esta situación, por decisión del 27 de mayo de 1999 se autorizó la venta de la píldora en farmacias, sin prescripción médica. Algunas semanas más tarde, sobre la base de la gran cantidad de embarazos no deseados entre las adolescentes escolarizadas, una circular autorizó a seis mil enfermeras que ejercen en Francia en establecimientos públicos a proporcionar la píldora, en circunstancias excepcionales, sin prescripción médica y sin que los padres de las alumnas fuesen informados. Esta circular es la que anuló el Consejo de Estado.

⁶⁹ CSN, 5 de marzo de 2002 Portal de Belén c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, en *La Ley* 2002-B-520, Doc. Jud. 2002-1-664, ED 197-13, *Jurisprudencia Argentina* 2002-III-472 y *Revista de Derecho de Familia* 21, p. 189, con nota crítica de Marcela Basterra, «Prohibición de la píldora del día después; un lamentable retroceso del principio de autonomía personal». El tema de los métodos anticonceptivos y los programas de salud reproductiva han dado lugar a otras decisiones judiciales significativas. Un paso adelante fue la revocación de una medida cautelar dictada

b) Responsabilidad por defectuosa colocación de un dispositivo intrauterino

En la Argentina se ha resuelto que «[...] aunque la práctica médica de la colocación de un DIU no esté cubierta por el sistema, la obra social debe responder por los daños ocasionados por la errónea colocación que produjo una perforación, al desplazarse a la cavidad abdominal, si fue realizada, como consta en la historia clínica, por una médica en un consultorio perteneciente a la mutual»⁷⁰.

c) El deber de información médica en la fecundación asistida

La cuestión de la responsabilidad civil del médico en la fecundación asistida ha sido abordada en diversos trabajos doctrinales⁷¹. En estas reflexiones me interesa solo subrayar que el método de la fecundación asistida ha acentuado el deber de información médica. En efecto, se trata de una práctica para la cual la pareja debe estar preparada no solo física sino psicológicamente⁷². La cuestión no ha pasado desapercibida para la ley española sobre técnicas de reproducción asistida, que dispone:

2.2. Es obligatoria una información y asesoramientos suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

6.2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.

en el marco de una acción de amparo que había ordenado al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación abstenerse de ejecutar el Programa Nacional de Salud Reproductiva (cf. Cám. Fed. Córdoba, Sala A, 19 de marzo 2003, *Mujeres por la Vida* c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, *La Ley Córdoba* 2003-417, con nota de María Victoria Famá, Marisa Herrera y Moira Revsin, «¿Las mujeres somos nuestras propias enemigas? Un fallo a favor de la ley sobre salud sexual y procreación responsable dictado por hombres»). La sentencia también ha sido comentada favorablemente por GHERSI (2005). Para una explicación sobre cómo funciona esta píldora y por qué su uso no configura el delito de aborto, véase BLANCO (2002: 233).

⁷⁰ Cám. Nac. Civ., Sala I, 14 de diciembre de 2001, *Jurisprudencia Argentina* 2002-II-591.

⁷¹ Me limito a mencionar algunos editados en la Argentina: ANDORNO (1996); BÍSCARO (1995); FERRER (2001); MEDINA y HOOFT (2002: 73); MÉNDEZ (2004); SAMBRIZZI (2001: 227); WAGMAISTER (2001); ZANNONI (1998).

⁷² Para el tema en España, véase GALÁN (2001), en especial el capítulo IX, páginas 325 a 344.

d) El principio de precaución en algunas técnicas de la fecundación asistida

Como es sabido, no todas son certezas en el ámbito de la fecundación asistida. Algunas de esas incertezas han llevado a la aplicación del principio de precaución⁷³. En este sentido, el 12 de diciembre de 2002, el Comité Consultatif National d'Étique⁷⁴ de Francia, a través de un dictamen de Claire Brisset, aconsejó la aplicación del principio de precaución al método conocido como ICSI, que consiste en seleccionar espermatozoides inmaduros. El Comité entendió que

[...] la práctica comporta riesgos potenciales de transmisión de anomalías cromosómicas y malformaciones genitales. Las estadísticas poco numerosas y la ausencia de seguimiento en los niños nacidos gracias a la ayuda de esta técnica no permiten establecer porcentaje de riesgos que, por ello, permanecen inciertos. Algunos aconsejan recurrir sistemáticamente al diagnóstico preimplantatorio. El comité preconiza colocar el interés del niño en el centro de la decisión de los padres; para eso, la información debe ser completa, y el principio de precaución debería ser evocado en el marco de la asistencia e información médica.

⁷³ El principio de precaución ha sido definido en un documento de febrero del año 2005 aprobado por la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST), organismo dependiente de la UNESCO, del siguiente modo: «Cuando las actividades humanas corren el riesgo de conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir ese daño.

Daño o lesión moralmente inaceptable es un daño a las personas o el ambiente que es:

- Amenazante de la vida o la salud humana, o
- Grave y realmente irreversible, o
- Inequitativo para las generaciones presentes o futuras, o
- Impuesto sin que se hayan tenido debidamente en consideración los derechos humanos de quienes afecta.

El juicio de plausibilidad debe fundarse en análisis científicos. Este análisis debe ser permanente, de modo que las medidas elegidas estén siempre sometidas a revisión.

La incertidumbre puede llevar, pero no se limita necesariamente, a la causalidad o a los límites del daño posible.

Las acciones son intervenciones que se toman antes que el daño ocurra y persiguen evitarlo o disminuirlo. Las acciones elegidas deben ser proporcionales a la gravedad del daño potencial, tener en consideración todas las consecuencias positivas y negativas, y evaluar las implicancias morales tanto de la acción como de la omisión. La elección de la acción debe ser el resultado de un proceso participativo».

⁷⁴ «Observations de Méline Douchy-Oudot», *Recueil Dalloz*, número 8, 26 de febrero de 2004, p. 531.

e) Daños derivados de la destrucción de embriones supernumerarios por «falta del servicio»

En mi criterio, concordante con el de la legislación y jurisprudencia francesa, el embrión no implantado no es persona. Sin embargo, este punto de partida no debe llevar a considerar que su destrucción no genera daños significativos. Por eso, no comparto la decisión del 9 de marzo de 2004 de un tribunal francés que hizo lugar solo parcialmente a la pretensión indemnizatoria de dos personas por el recalentamiento accidental de nueve ovocitos humanos supernumerarios fecundados, que los tornó inhábiles para ser implantados; la indemnización comprendió exclusivamente los gastos del juicio y las molestias sufridas en ocasión del accidente, pero se rechazó el daño material, el daño moral y la pérdida de la chance. El primero se negó sobre la base del artículo 16.1 del Código francés, según el cual el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de ningún derecho patrimonial; el segundo, en que los ovocitos supernumerarios «no son personas»; y el tercero, en que dado que los esposos tenían respectivamente 44 y 32 años, aún pueden intentar otra fecundación médicamente asistida⁷⁵. Los argumentos no convencen. El embrión no es persona, pero tampoco es «cualquier cosa»; su destrucción negligente significó para los titulares del material genético que se sometieron a la práctica una enorme lesión a sus afecciones legítimas, por lo que el daño moral debió indudablemente ser compensado. También las chances debieron ser reparadas pues aunque los pacientes eran jóvenes, perdieron las posibilidades de implantar esos embriones con éxito.

No existen casos jurisprudenciales análogos en la Argentina. En cambio, con alguna frecuencia, se ha ordenado indemnizar el daño moral proveniente de la desaparición de fetos nacidos muertos⁷⁶.

⁷⁵ Trib. Administratif d'Amiens, 9 de marzo de 2004, en *Le Dalloz*, número 15, 15 de abril de 2004, p. 1051, y en *La Semaine Juridique*, número 1-2, 12 de enero de 2005, p. 36, con nota de Isabelle Corpart, «Responsabilité de la puissance publique. Les indemnisations encourues pour perte accidentelle d'embryons surnuméraires»; se condenó al centro hospitalario a la suma de 10.750 euros (10 mil por las molestias derivadas del accidente). La autora señala que actualmente existen en Francia 120 mil embriones humanos depositados.

⁷⁶ Véase, entre otros, Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 31 de agosto de 2000, *La Ley Buenos Aires* 2001-490 (al haber cremado el cadáver del recién nacido, circunstancia absolutamente reprochable, la demandada impidió que se realizara la nueva necropsia que hubiera despejado el camino hacia la verdad).

5. RESPONSABILIDAD MÉDICA POR EL DAÑO DERIVADO DEL NACIMIENTO DE PERSONA DISCAPACITADA (WRONGFUL BIRTH; WRONGFUL LIFE)

5.1 Preliminares

El tema de la responsabilidad médica por el daño sufrido a causa del *nacimiento de una persona con grave discapacidad* ha sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia y doctrina de varios países europeos. Dados los límites necesarios de este trabajo, me referiré exclusivamente a la cuestión en Francia, antes y después de la ley del año 2002⁷⁷. Anticipo que el tema no se plantea en la República Argentina, país en el que la interrupción del embarazo está penalizada y los supuestos de licitud son trágicamente limitados por la ley. La única decisión jurisprudencial de alguna similitud, a la que hago referencia más adelante, no guarda sustancial analogía con la temática que desarrollo en este punto.

La terminología utilizada es muy variada y comprende distintos fenómenos. Algunas expresiones son verdaderamente chocantes, como la de *bebé o enfant préjudice*⁷⁸ (es decir, ‘bebé o niño-daño’). La cuestión también ha sido designada con el nombre de «nacimiento no deseado» (*nascita indesiderata*, en italiano; *nais-sance non désirée*, en francés), pero esta expresión comprende un fenómeno más amplio, cual es el del nacimiento de un niño no deseado, aunque nazca sano⁷⁹, al que me referiré brevemente al final de estas reflexiones. También se habla de un *derecho a no nacer*, a «no existir», sea para aceptar o para negar la existencia de tal derecho subjetivo⁸⁰.

⁷⁷ Para la cuestión en Italia hasta 1999 véase especialmente la obra colectiva coordinada por D’ANGELO (1999). Para la situación posterior véanse, además de la bibliografía citada a lo largo de estas notas, CARBONE (2000: 1173); QUADRI (2004: 320); PINNA (2005: 1); SIMONE (2002: 1-2; 2003: 469); FEOLA (2004: 589); ROSSETTI (2001: 13); ALPA (2006: 65); GUARNERI (2004, tomo III: 2177); FACCI (2004a: 223); DE MATTEIS (2005: 299); SEBASTIO (2004, tomo II: 1149); PARENTE (2005: 1003); D’ANDRIA (2005: 1090); CENDON (2004, tomo II: 979); MASTROLITTO (2005, tomo I: 424); MOSCARINI (2005) [original: p. 377, pero el artículo empieza en la 395/ver bibliog]; PALMERINI (2005: 433); PASQUINELLI (2005) [original: p. 470, pero el artículo empieza en la 559 /ver bibliog]; PERON (2005: 325).

Para el tema en Bélgica, véase KEULENEER (1999: 242).

En la Argentina, la doctrina se ha preocupado del tema pero sin referencias al derecho nacional (véase HIGHTON 1992: 188-196; la autora trata el tema con el sugestivo subtítulo «Derecho a no nacer»). Otros autores nacionales comentan la jurisprudencia extranjera; véanse HERRERA y REVSIN (2002: 219); FAMÁ y REVSIN (2002: 208); MEDINA y otros (2003: 55).

Para un análisis comparativo del sistema chileno y francés, véase TAPIA (2005: 125).

⁷⁸ PAILLET (1999: 261 y ss.).

⁷⁹ PINNA (2005: 1).

⁸⁰ FACCI (2004b).

Para el supuesto del niño nacido con graves malformaciones congénitas, hay un cierto acuerdo en el uso de las siguientes denominaciones en inglés, según quien sea el pretensor: la acción deducida por los padres se conoce con la expresión *wrongful birth*; la del hijo, en cambio, con la locución *wrongful life*.

5.2 Situación en Francia anterior a marzo del año 2002

La Casación francesa y el Consejo de Estado francés coincidían en acordar la acción a los padres (*wrongful birth*). Ambos, junto a la tendencia doctrinal mayoritaria, entendieron que la conducta antijurídica, imputable y culposa del médico que yerra en el diagnóstico (no obstante tener a su disposición métodos científicos confiables, asegura a la paciente que el feto es sano cuando en realidad adolece de graves anomalías genéticas) se configura al impedir a los padres ejercitar una libertad, una facultad ofrecida por la ley (interrumpir el embarazo) que, en sí misma, es suficiente para constituir un daño reparable. Algunos autores llegan a hablar del «impedimento culposo al ejercicio de un verdadero derecho constitucional a la autodeterminación». En el otro extremo, los que niegan el derecho de la madre a abortar y se oponen a la solución, hablan irónicamente de «la libertad de la madre de optar por la muerte del hijo».

Las discrepancias entre ambos órdenes (judicial y administrativo) se produjeron respecto de la legitimación del hijo (*wrongful life*).

a) En su decisión del 14 de febrero de 1997, conocida como caso «Centro Hospitalario de Niza c/Quarez», el Consejo de Estado legitimó a los padres, pero rechazó la acción del hijo. La señora Quarez, de 42 años, había petitionado un estudio a fin de verificar el estado de salud del feto que ella portaba. Como el resultado no mostraba ninguna anomalía, continuó con el embarazo adelante; sin embargo, dio nacimiento a un niño afectado de trisomía 21, enfermedad que podía ser detectada mediante el *test* cromosómico practicado. El Consejo de Estado consideró que el establecimiento hospitalario que practicó el examen había cometido una culpa desde que la señora Quarez no había sido informada de que los resultados podían estar afectados de un margen de error inhabitual teniendo en cuenta las condiciones en las cuales se había realizado. De cualquier modo, el Consejo de Estado distinguió entre el derecho a la reparación del niño discapacitado y el derecho de los padres. En cuanto al derecho del niño discapacitado, juzgó que la Corte Administrativa de Apelaciones de Lyon había cometido un error de derecho al decidir que existía una relación de causalidad directa entre la culpa cometida por el centro hospitalario y el perjuicio resultante para el niño de la trisomía de la que estaba afectado, desde que la enfermedad del niño es inherente a su patrimonio genético y no al error de diagnóstico. Por el contrario,

en cuanto al derecho de indemnización de los padres el Consejo de Estado dijo que al pedir una amniocentesis, la señora Quarez había manifestado claramente su voluntad de evitar el riesgo de un accidente genético en el hijo concebido, accidente probable si se tenía en cuenta su edad al momento de los hechos, relativamente elevada; en consecuencia, en estas condiciones, la culpa cometida había conducido al señor y a la señora Quarez, erróneamente, a la certeza de que el niño concebido no era portador de una trisomía y que el embarazo de la señora Quarez podía ser llevado normalmente a término. El Consejo de Estado estimó que esta culpa había impedido a la señora Quarez interrumpir voluntariamente el embarazo por motivos terapéuticos con fundamento en el artículo 162-12 del Código de la Salud Pública, y que tal error era la causa directa de los perjuicios causados al matrimonio Quarez debido a la enfermedad de la que su hijo está afectado. En cuanto a la reparación, se otorgó al matrimonio una renta durante toda la vida del niño para cubrir los cuidados y la educación especializada necesaria; además se condenó al centro hospitalario a indemnizar el perjuicio moral derivado de las condiciones de esa existencia. De esta manera, el Consejo de Estado no admitió el derecho a la reparación del niño discapacitado por la sola razón de que su discapacidad no estaba causada en el error médico sino en la falla genética; en cambio, admitió el derecho de los padres. Esta decisión no fue objeto de especiales comentarios, y fue el origen de una jurisprudencia seguida, sin dificultades, por la jurisdicción administrativa.

b) En cambio, el 17 de noviembre de 2000, en el famoso caso «Perruche», la Corte de Casación francesa en pleno decidió que si la culpa cometida por el médico y el laboratorio en la ejecución del contrato convenido con la madre le había impedido a esta ejercer su derecho a interrumpir el embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño afectado de una grave discapacidad, el hijo puede demandar la reparación del perjuicio resultante de la incapacidad, causado por la culpa médica⁸¹. En este caso, una mujer se enfermó de rubeola al comienzo de su embarazo; decidió interrumpir ese embarazo si el feto estaba afectado, por lo que se sometió a diversos test. En razón de una culpa cometida tanto por su médico como por el laboratorio, se le indicó erróneamente que estaba inmunizada contra esa enfermedad. En consecuencia, desistió de abortar y dio nacimiento a un niño afectado de graves discapacidades, consecuencia de la rubeola *in útero*. La Corte de Casación decidió que desde que la culpa del médico y del laboratorio en la ejecución del contrato celebrado con la señora X le habían impedido ejercer su derecho de interrumpir el embarazo y evitar el nacimiento de una persona afectada de una grave discapacidad, el niño podía demandar la reparación de los

⁸¹ *La Semaine Juridique*, número 50, diciembre de 2000, p. 2293.

perjuicios resultantes de esa discapacidad. Es decir, contrariamente al Consejo de Estado, la Corte de Casación legitimó al nacido para demandar la reparación de los perjuicios resultantes de su discapacidad. En suma, la Casación condenó a pagar los daños morales y materiales del niño y los de los padres, incluyéndose los costos provenientes de la discapacidad a lo largo de toda la vida del niño.

Igual doctrina (aunque en los hechos distinto resultado) siguió la Casación en otros cinco casos resueltos el 13 de julio de 2001 y el 28 de noviembre de 2001⁸².

c) En definitiva, ambas decisiones (la del Consejo de Estado y la de la Casación) tienen base en un régimen de responsabilidad por culpa. La Corte de Casación reconoce un vínculo de causalidad directa entre la culpa médica, la discapacidad del niño y el perjuicio resultante de esa discapacidad para el niño. El Consejo de Estado no reconoce este vínculo, pero considera que la culpa cometida compromete la responsabilidad del hospital hacia los padres por el hecho de la existencia de un vínculo de causalidad directa entre la culpa y el perjuicio por ellos sufridos.

Las dos posiciones permiten una indemnización a título de cargas particulares resultante de la discapacidad durante toda la vida del niño. Sin embargo, en la medida que según el Consejo de Estado el perjuicio es sufrido por los padres, mientras que para la Corte de Casación el daño es sufrido también por el niño, las modalidades y extensión de esta indemnización pueden ser sensiblemente diferentes según que se aplique la primera o la segunda jurisprudencia.

d) La sentencia «Perruche» tuvo gran repercusión en la opinión pública francesa; se hicieron escuchar personalidades políticas, asociaciones de personas discapacitadas y de profesionales del arte de curar (médicos, ginecólogos, obstetras, ecografistas); podría decirse que fue aplaudida y repudiada por igual⁸³, pero en el balance final tuvo gran peso la posición contraria del prestigioso Comité

⁸² Día 13 de julio de 2001 (tres sentencias), *La Semaine Juridique*, número 40, 3 de octubre de 2001, p. 1842, con nota de François Chabas, «L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap»; *Le Dalloz*, número 29, 2001, p. 2325, con comentario de Patrice Jourdain, «Préjudice de l'enfant né handicapé: l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions». En los cinco casos, la Corte confirmó las decisiones de los jueces de grado que habían acogido la acción de los padres y rechazado la del hijo porque habían argumentado en forma suficiente en torno a la inexistencia del vínculo de causalidad, elemento de hecho, no revisable por la Casación. La reacción causada por la sentencia «Perruche» fue sintetizada en el dictamen del abogado general de la Corte de Casación Jerry Sainte Rose, que precedió la sentencia del 13 de julio de 2001 (*La Semaine Juridique*, número 40, 2001, p. 1833).

⁸³ Algunas obras han mostrado los diversos puntos de vista; véase CAYLA (2004). A favor véase, entre otros, FABRE-MAGNAN (2001: 285 y ss.); en contra, SÉRIAUX (2002a: 1996; 2002b: 579); GROSIEUX (2003: 331 y ss.).

Consultivo Nacional de Ética, quien se pronunció a través de la opinión 68 del 29 de mayo de 2001.

No analizaré cada una de las argumentaciones; solo puntualizaré algunos aspectos relevantes.

- Algunas críticas jurídicas fueron totalmente injustas: así, por ejemplo, se sostuvo que los considerandos de esa sentencia autorizaban a eventuales acciones del niño nacido discapacitado contra sus padres, «culpables» de su enfermedad, etcétera. Nada hay en la sentencia que dé base a este tipo de acciones.
- El llamado «golpe mortal» contra la jurisprudencia «Perruche» lo dieron las aseguradoras, que apenas dictada la sentencia anunciaron un importante aumento de las primas, reacción completamente injustificada desde la perspectiva económica, dada la escasa incidencia de la sentencia sobre el real aumento del riesgo. A su vez, el efecto inmediato de ese anuncio —y quizá merced a un acuerdo secreto— fue la huelga de los médicos ecografistas, quienes sostenían que muchas deformaciones no eran detectables a través de la tecnología disponible; también la reacción médica fue injusta, pues los jueces franceses nunca condenaron sin prueba de la culpa, es decir, sin la pericia que acreditaba que se trataba de un supuesto verificable a través de los test existentes en el medio científico⁸⁴.
- Aún los críticos más severos de la decisión admitieron que la solución «más allá de la pirueta hecha para reconocer el vínculo de causalidad entre el daño del niño y el error médico, equivocada desde la perspectiva jurídica, tuvo por finalidad beneficiar al niño con los medios necesarios para subvenir a sus necesidades durante toda su vida, aun después de la muerte de los padres»⁸⁵.
- Si la cuestión se plantea en términos de causalidad, no es razonable que sea diferente según que la reparación sea demandada por los padres en su propio nombre o en nombre del niño. La causalidad no es la llamada *causalidad biológica*, cercana de alguna manera a la noción tradicional, sino la *causalidad contractual*, desde que un incumplimiento contractual (el error médico) impidió ejercer un derecho (interrumpir el embarazo) que hubiese impedido la existencia del daño.

⁸⁴ CACACE (2003a: 435). Por esta razón, en España varias decisiones rechazaron este tipo de demandas sosteniendo que no existía culpa médica dada la imperfección de los métodos existentes (véanse las decisiones citadas por MEDINA y otros (2003: 63).

⁸⁵ Cf. DEMME y LORENTZ (2005: 135).

- Frente al niño nacido, el daño deriva del *handicap* y no del nacimiento; es decir, no se indemniza el hecho de haber nacido, sino la disminución psicofísica con la cual la persona está constreñida a vivir; independientemente de la circunstancia de que la única alternativa era no vivir, el *daño injusto* se configura por el hecho de convivir con un *handicap* gravísimo; no puede controvertirse que vivir en condiciones de disminución física y psíquica es una situación existencial negativa, a punto tal que a veces la torna intolerable.

Una de dos: o se contesta que la discapacidad puede constituir un daño resarcible para los padres y para el niño, o parece muy difícil (aun en el aspecto axiológico) admitir la reparación exclusivamente a los padres y no al menor, que es la víctima directa de la culpa médica.

La paradoja axiológica (legitimar a los padres y no al hijo, que es el directamente dañado) también constituye una incongruencia técnico-jurídica. Negar que la discapacidad sea un daño para el discapacitado es un sofisma puro y simple; el daño no es la vida del discapacitado, sino su discapacidad. Reconocer que los padres sean reparados y que no lo sea el niño implica que se repare a un damnificado indirecto (*par ricochet*) sin que se indemnice a la víctima misma; en suma, si el daño se reconoce a los padres, con mayor razón debe ser reconocido al hijo⁸⁶.

- Se ha dicho que debe distinguirse, por un lado, la opinión de los sabios; y por otro lado, la de quienes sufren. Entre los primeros están los profesores; entre los segundos, la señora Perruche: ella debe vivir cotidianamente con un problema que para los catedráticos es una cuestión de especulación filosófica⁸⁷.

5.3 La ley francesa 2002-303 del 4 de marzo de 2002 y el daño sufrido por el nacimiento de personas discapacitadas

No hay dudas que la ley del año 2002 reaccionó contra la jurisprudencia «Perruche», a punto tal que se la conoce como ley «anti-Perruche». Mas la denominación es insuficiente, pues en realidad, la ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002 puso fin a la jurisprudencia antes citada, tanto la del Consejo de Estado como la de la Corte de Casación.

⁸⁶ FEOLA (2004: 606). La autora reproduce la argumentación de los prestigiosos juristas Viney y Jourdain. Se aclara que la doctrina francesa ha discutido muchísimo en torno a si los padres son damnificados directos o indirectos.

⁸⁷ Ver citas de JESTAZ (2001: 547 y ss.).

a) *El texto*

I. Nadie puede invocar un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento.

La persona nacida con una discapacidad debida a una culpa médica puede obtener la reparación de su daño cuando el acto culposo ha provocado directamente la discapacidad, o la ha agravado, o no ha permitido tomar las medidas susceptibles para atenuarlo.

Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud esté comprometida hacia los padres de un niño nacido con una discapacidad no advertida durante el embarazo y como consecuencia de una «culpa caracterizada», los padres pueden reclamar una indemnización por ese solo perjuicio. Este daño no incluye las cargas particulares que se produzcan a lo largo de la vida del niño por la discapacidad sufrida.

La compensación de esas cargas está a cargo de la solidaridad nacional.

Las disposiciones de este capítulo se aplican a los procesos en curso salvo que una indemnización se haya concedido de modo irrevocable.

II. Toda persona discapacitada tiene derecho, cualquiera sea la causa de su deficiencia, a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional.

III. El Consejo Nacional Consultivo de las Personas Discapacitadas está encargado, en las condiciones fijadas por este decreto, de evaluar la situación material, financiera y moral de las personas discapacitadas que habitan en Francia y las de nacionalidad francesa que viven afuera y que están a cargo a título de solidaridad nacional, y de presentar todas las propuestas que juzguen necesarias al Parlamento y al gobierno tendientes a asegurar, a través de un programa continuo cada año, la toma a cargo de estas personas.

b) *Lineamientos generales de la ley*

La primera frase ha querido decir que el nacimiento no es un hecho dañoso en sí mismo. El legislador ha querido, pues, excluir la legitimación del hijo cuando el acto médico no es la *causa de la discapacidad*. En cambio, obviamente, si la culpa médica es la causa de esa invalidez (por ejemplo, una mala praxis que daña al feto durante el embarazo), existe el deber de reparar el daño causado (piénsese en el caso «Vo c/ Francia», resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, antes reseñado).

Los padres están legitimados, pero: a) la acción se abre solo frente a una «culpa caracterizada»; y b) los daños reparables no cubren los materiales derivados de la discapacidad sufrida por el hijo; en definitiva, cubre solo el daño moral de los padres.

Toda persona discapacitada debe ser asistida en todas sus necesidades por la seguridad social.

c) *Las reacciones doctrinales frente al nuevo texto*

Como no podía ser de otro modo, el nuevo texto provocó adhesiones y repulsas⁸⁸.

Obviamente, los aplausos vinieron de quienes habían criticado la sentencia «Perruche». En esta línea se sostuvo que la solución anterior, derogada por la ley, implicaba: a) una responsabilidad sin culpa, desde que las ecografías solo permiten detectar el 60% de las malformaciones; b) una responsabilidad sin causalidad, pues el médico no ha causado la discapacidad, que preexistía al diagnóstico; y c) un aumento de los costos individuales (precio del seguro) y sociales (gastos de la medicina en general).

Las críticas vinieron de sectores diversos. No repetiré los argumentos que reiteran el apoyo a la jurisprudencia anterior, sino solo algunas cuestiones nuevas.

- Se ha dicho que el legislador ha tenido por fin combatir la jurisprudencia (fenómeno que no es nuevo y ha sido objeto de cuidadoso análisis⁸⁹) y, de este modo, cedió a la presión de los *lobbies* de las aseguradoras y de las asociaciones médicas.

Más allá de la veracidad o no de la crítica, señalo que en Estados Unidos algunos estados han dictado leyes que rechazan la acción de los padres⁹⁰ (Dakota del Sur, Minnesota, Missouri, Pensilvania) y de los hijos⁹¹; en otros (Carolina del Norte), los jueces rechazan las acciones aduciendo precisamente que es el legislador y no el juez quien debe resolver esta cuestión⁹².

- El niño, que es el dañado, queda sin indemnización. Por eso, en algunos estados norteamericanos que aceptan la acción de los padres y no la del

⁸⁸ JOURDAIN (2002: 891); CHOUX (2002: 1212); MARGUÉNAUD y RAYNARD (2004b: 797); PRADEL (2004: 133 y ss.).

⁸⁹ MALAURIE (1965: 603); PARICARD-PIOUX (2003: 1648).

⁹⁰ El parágrafo 145.424 del Estatuto de Minesota, Estados Unidos, dispone: «Prohibición de acción por *wrongful birth*. Nadie puede intentar una acción o reclamar daños y perjuicios sobre la base de una demanda fundada en la hipótesis según la cual si otro no hubiese cometido una negligencia, un niño habría sido abortado» (normativa citada por DEMME y LORENTZ 2005: 124). Los autores sostienen que, dado que la norma hace referencia al aborto, ella contempla solo el supuesto del niño ya concebido y no el caso en que la concepción estaba solo planeada; por lo tanto, la ley deja abierta la vía a las acciones que conciernen a las hipótesis de diagnósticos genéticos de preconcepción erróneos. Es la posición sostenida por la jurisprudencia francesa, como se cita más adelante en el texto.

⁹¹ Se afirma que la posición prohibitiva prevalece en la mayor parte de los Estados (cf. DEMME y LORENTZ (2005: 133).

⁹² Cf. DEMME y LORENTZ (2005: 123 y citas).

niño, se designa un administrador (*guardian*) encargado de controlar que los fondos se destinen al cuidado del discapacitado⁹³.

- Como dije, la ley fue más allá de las críticas a la jurisprudencia «Perruche». En efecto, nadie se había pronunciado contra lo decidido por el Consejo de Estado respecto a la legitimación de los padres; sin embargo, la ley restringió el ámbito de actuación de la doctrina «Quarez» pues los padres solo son indemnizados cuando hay *culpa caracterizada*.

¿Qué es la culpa caracterizada? Hasta la sanción de la ley del año 2002, ninguna ley de naturaleza civil hacía mención a este calificativo. Según un autor, el precedente está en la denominada ley «Fauchon», del 10 de julio de 2000, modificatoria del Código Penal. Según el artículo 121-3 párrafo 4 del Código Penal, esa culpa caracterizada consiste en «exponer a otro a un riesgo de una particular gravedad que no se podía ignorar»⁹⁴. Al parecer, la justicia penal analiza esta calificación desde una doble óptica: por un lado, la culpa «caracterizada» se identifica con la *intensidad* de la culpa cometida; es una culpa tan grave que justifica que entre a jugar la responsabilidad de los médicos, aunque la ley «anti-Perruche» haya querido protegerlos; se trata de una culpa que sobrepasa la culpa simple para presentar características que la relacionan con la culpa grave. En un segundo sentido, implica la *evidencia* de la culpa; se trata de la violación de los deberes más elementales de cualquier profesional de la salud⁹⁵.

Un autor duda de la constitucionalidad de esta norma; razona del siguiente modo: el Código Penal tiene vocación aplicativa general; en cambio, en el ámbito médico, sería aplicable solo a los profesionales que intervienen en el ámbito de la medicina fetal; en este sentido, parecería que la ley viola el principio de igualdad dentro de la misma actividad médica⁹⁶.

- Prácticamente, a los padres se indemniza solo el daño moral⁹⁷. En efecto, el texto excluye expresamente *las cargas particulares que se produzcan a lo largo de la vida del niño por la discapacidad sufrida*. Se teme que la indemnización será tan baja, que dados los altos costos del proceso, nadie reclamará.

⁹³ Es la solución dada por la Corte de Delaware en una decisión de 1990, citada por DEMME y LORENTZ (2005: 134).

⁹⁴ MISTRETTA (2002: 1082). Para la noción de culpa caracterizada en esta ley, véase APOLLIS y otros (2004: 139).

⁹⁵ MISTRETTA (2003c: 1214).

⁹⁶ MISTRETTA (2002: 1083).

⁹⁷ DEMME y LORENTZ (2005: 130) señalan que este es el resultado de la ley, pero sin realizar juicio de valor sobre tal consecuencia.

- La ley manda que los daños de las personas nacidas con altos grados de incapacidad sean cubiertos por la solidaridad social. La solución sería buena si, además de las buenas intenciones, el régimen de la solidaridad social fuese eficaz.

5.4 La aplicación de la nueva ley a los hechos anteriores a su entrada en vigencia. El caso «Maurice» y lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resulta imprescindible relatar el caso «Maurice», resuelto en primer término por la Corte Administrativa de Apelaciones de París, sala 3, el 13 de junio de 2002; luego, por el Consejo de Estado, el 19 de febrero de 2003⁹⁸; y finalmente, por la Corte Europea de Derechos Humanos, el 6 de octubre de 2005. Para conocer adecuadamente lo sucedido, nada mejor que transcribir, aunque sea parcialmente, la decisión de la Corte Europea. Aunque alargará la extensión de estas reflexiones, creo que esta reproducción será útil al lector pues aborda cuestiones significativas del derecho de daños desde la visión del derecho internacional de los derechos humanos: qué es un bien protegido por el derecho de propiedad; cuándo ese bien sufre una injerencia ilegítima por la aplicación de una nueva ley; hasta dónde llega el margen de apreciación de los Estados para determinar el interés público.

a) Los hechos

El matrimonio Maurice (parte denunciante) está integrado por dos personas nacidas en 1962 y 1965. En 1990 la pareja tuvo su primer hijo, afectado de amiotrofia espinal infantil tipo 1, enfermedad genética que provoca una atrofia de los músculos. En 1992 ella quedó nuevamente embarazada. Un diagnóstico prenatal efectuado en el Centro Hospitalario Universitario de Nancy reveló que existía el riesgo de que el niño por nacer estuviese afectado de la misma enfermedad genética, por lo que el matrimonio decidió interrumpir el embarazo. En 1997 ella quedó embarazada por tercera vez y pidió se le hiciese un diagnóstico prenatal. El test se efectuó en el Centro Hospitalario de Briey, que transfirió las muestras al laboratorio de diagnóstico molecular del Hospital de Necker, que depende de la asistencia pública (Hospitales de París). En junio de 1997, teniendo en miras el diagnóstico del laboratorio, el Centro Hospitalario de Briey aseguró al matrimonio que el niño por nacer no estaba afectado de amiotrofia espinal y

⁹⁸ La decisión del Consejo de Estado puede leerse en *La Semaine Juridique*, número 26, junio de 2003, p. 1211, con nota de Patrick Mistretta, «Que reste-t-il de l'indemnisation des parents d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique?».

que estaba sano. La niña (C) nació el 25 de septiembre de 1997. Cuando estaba por cumplir 2 años, se detectó que ella también estaba afectada de amiotrofia espinal infantil. El 22 de julio de 1999 un informe del jefe del laboratorio del Hospital de Necker reveló que el error del diagnóstico derivaba de un cambio en los resultados de los análisis concernientes a su familia con los de otra familia. Según los reportes médicos, C presenta graves trastornos y signos objetivos de deficiencia funcional (caídas frecuentes de las que no puede levantarse sin ayuda, marcha titubeante, fatiga a cualquier esfuerzo); necesita la asistencia de una tercera persona, notablemente durante la noche; no se puede sentar sola y se desplaza en una silla de ruedas eléctrica; requiere tratamiento varias veces por semana y no puede ser admitida en la escuela porque se carece de dispositivos adecuados. El médico tratante considera que, hasta la fecha de su pubertad, se deben tener especiales cuidados tanto en el plano motor como en el respiratorio.

El 13 de noviembre de 2000 los actores se presentaron ante el gobierno francés y reclamaron la indemnización por los perjuicios morales y materiales sufridos por el hecho de la discapacidad de su hija. Al mismo tiempo, interpusieron un reclamo ante el tribunal administrativo de París que entiende en medidas cautelares y peticionaron la designación de un perito, que fue designado el 4 de diciembre de 2000. La cautelar fue rechazada porque el perito no rindió el informe; el dictamen se hizo recién el 11 de junio de 2001, y concluyó que el diagnóstico prenatal realizado en el laboratorio del Estado, aunque erróneo, no provenía de una culpa del *médico*, porque las técnicas utilizadas eran conforme a los datos adquiridos por la ciencia; sin embargo, provenía de una *culpa en la organización y el funcionamiento del servicio* causado por la inversión de los resultados entre dos familias testeadas simultáneamente. Agregado el dictamen, los actores hicieron una nueva petición y solicitaron se les entregara una provisión de 595.551 euros. El 19 de diciembre de 2001 el juez competente para el dictado de medidas cautelares condenó al Estado al pago de 152.499 euros. El Estado apeló. Reconoció la inversión de los resultados de los análisis y que este cambio constituía una culpa en la organización y el funcionamiento del servicio público, pero argumentó que esta culpa no había tenido por consecuencia privar a los actores de una información de naturaleza tal que les permitiera esclarecer su decisión de solicitar una interrupción del embarazo. Fundándose en el informe del perito, dijo que aun sin el cambio los resultados habrían sido inciertos; es decir, de ningún modo los actores hubiesen tenido una información fiable.

Por decisión del 13 de junio de 2002, la Corte Administrativa de Apelaciones reformó la cautelar y disminuyó el monto otorgado como indemnización provisional al 10% (15.245 euros). Fundó su decisión del siguiente modo: es verdad que el error privó a la actora de la posibilidad de interrumpir el embarazo por

motivos terapéuticos y, por lo tanto, es la causa directa de los perjuicios sufridos; pero, por aplicación del artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002, el Estado no puede ser obligado a la reparación del perjuicio consistente en las cargas particulares, a lo largo de toda la vida del niño, derivadas de su discapacidad; según esa ley, estas cargas han pasado a la solidaridad nacional. En estas condiciones, siendo necesario aplicar al litigio las disposiciones antes citadas, la extensión de la reparación no puede abarcar estos rubros, por lo que, dada las circunstancias del caso, el monto debe ser reducido a 15.245 euros.

Los actores recurrieron al Consejo de Estado, organismo que había resuelto un caso similar («Draon», asunto 1513/03), por lo que se remitió a lo decidido, y dijo que la aplicación de la ley a las instancias abiertas era compatible con las disposiciones de la Convención Europea.

Por otro lado, los actores habían iniciado una demanda por responsabilidad del Estado. No habiendo recibido respuesta alguna, interpretaron el silencio como rechazo y recurrieron al Tribunal Administrativo de París. Peticionaron que se anulara el rechazo que surgía del silencio y se condenase al Estado al pago de la suma de 442.102 euros para la construcción de una casa y la adquisición de un vehículo y de una silla rodante; 76.225 euros como daño moral y trastornos en sus condiciones de existencia; 1.500.000 euros a título de daño material y 4.573 euros a título de daño moral sufrido por la hija mayor. El 25 de noviembre de 2003 el Tribunal Administrativo de París condenó a la administración a pagar a los actores la suma total de 224.500 euros (220.000 a los actores y 4.500 para la hija mayor). En cuanto a la evaluación de los perjuicios, por aplicación de la ley de marzo de 2002 rechazó los montos reclamados a título de cuidados, gastos de educación especializada, gastos de construcción de una nueva casa, adquisición de un vehículo y de una silla rodante eléctrica porque se trataba de cargas particulares sufridas a lo largo de toda la vida por su discapacidad, gastos que la ley impone a cargo del sistema de la seguridad social. El 19 de enero de 2004 los actores apelaron y este recurso está pendiente ante la Corte Administrativa de Apelaciones de París.

Además, el 24 de febrero de 2003 los actores solicitaron al primer ministro una indemnización de 1.970.593 euros fundados en la responsabilidad del Estado por el hecho legislativo. Ante el silencio durante dos meses contados a partir de la reclamación, los actores han solicitado al Tribunal Administrativo de París la anulación de la decisión implícita de rechazo, y que se condene al Estado al pago de los perjuicios que estiman haber sufrido. Por decisión del 25 de noviembre de 2003 el Tribunal rechazó la petición. Los actores han recurrido esa sentencia, actualmente pendiente ante la Corte Administrativa de Apelaciones de París.

b) El régimen de la solidaridad nacional hacia las personas discapacitadas creado por la ley del 4/3/2002

La legislación francesa (ley 75-534 del 30 de junio de 1975) ofrece a las personas discapacitadas, a título de solidaridad nacional, diversos remedios (derecho a la educación de los niños y adolescentes discapacitados, ayudas técnicas y humanas, ayuda financiera, etcétera). En especial, las familias de niños discapacitados pueden percibir un subsidio de educación especial (AES, *allocation d'éducation spéciale*). Se trata de una prestación que pagan las cajas de subsidios familiares, sometida a la obligación de residir en Francia, tanto el niño como sus padres. El AES se acuerda por decisión de una comisión departamental de educación especial del lugar de residencia del actor, después de que un equipo técnico pluridisciplinario ha estudiado el expediente. Para tener derecho al AES, la tasa de discapacidad debe ser superior al 50%. Si la discapacidad es superior al 80%, el derecho al AES es automático. Entre el 50 y el 80% el pago del subsidio no es automático, sino que está sometido a las necesidades del niño según acciones pedagógicas, psicológicas, médicas, paramédicas, etcétera. El AES es una prestación de dos niveles: una básica y otra complementaria. El primer nivel implica el pago de un piso de 115 euros por mes. Si el estado de la salud del niño comporta gastos muy costosos, o si necesita el recurso de una tercera persona, se abre el derecho a uno de los seis complementos del AES que se agregan al AES básico.

Estos subsidios y ayudas se han aumentado considerablemente merced a la sanción de la ley 2005/102 del 11 de febrero de 2005, «Ley para la igualdad de los derechos, las chances, la participación y la ciudadanía de las personas discapacitadas». El artículo 2 define la discapacidad, a los términos de esa ley, como «toda limitación de actividad o restricción de participación de la vida en sociedad sufrida por una persona en razón de una alteración sustancial, durable o definitiva de una o de muchas funciones psíquicas, sensoriales, mentales, cognoscitivas o psíquicas de una polidiscapacidad o de un trastorno de salud invalidante». Toda persona discapacitada tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional, que le garantiza, en virtud de esta obligación, el acceso a los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de su ciudadanía. El Estado garantiza la igualdad de trato de las personas discapacitadas en el conjunto de su territorio y define los objetivos de sus acciones por diversos años.

El artículo 11 dice que la persona discapacitada tiene derecho a la compensación de las consecuencias de su discapacidad, cualesquiera sean el origen y la naturaleza de su deficiencia, su edad o su modo de vida. Esta compensación consiste en la obligación de responder a las necesidades del discapacitado: las relativas a

la escolaridad, a la enseñanza, a la educación; a la inserción profesional, al acondicionamiento de su vivienda o del marco del trabajo necesario para el pleno ejercicio de su capacidad de autonomía, de desarrollo o de la disponibilidad en la oferta del servicio. El artículo 12 establece las prestaciones de compensación, antiguamente AES, que deben ser reglamentadas por decreto pero que están vinculadas a ayudas humanas, y en su caso familiares, ayudas técnicas relativas al acondicionamiento de la vivienda y de un vehículo, así como a los eventuales costos que resulten de su transporte, etcétera. Según los datos provistos por el Estado, todas estas nuevas prestaciones de compensación debían entrar a regir el 1 de enero de 2006. Estaba previsto que se aplicarían a los niños en forma completa antes del 12 de febrero de 2008. En el intervalo, los niños solo se beneficiarían de una parte de las prestaciones.

c) Cuestiones planteadas al Tribunal

Se ha denunciado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a) violación al artículo 1 del Protocolo 1; b) violación al artículo 14, combinada con el artículo 1 del Protocolo 2; c) violación del artículo 6 de la Convención; d) violación del artículo 13 de la Convención; e) violación del artículo 8 y de su combinación con el artículo 14; y f) violación del artículo 41.

— Sobre la violación del artículo 1 del Protocolo 1

El artículo 1 del Protocolo 1 dice:

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes no afectan el derecho de los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de los impuestos o de las otras contribuciones o multas.

¿Qué quiere decir *bien* en este artículo?

Los actores citan la jurisprudencia de la Corte en el caso «Pressos Cía. Naviera S. A. y Otros c/ Bélgica», del 20 de noviembre de 1995. Según su punto de vista, la voz *bienes* no se limita a la propiedad adquirida sino a la «esperanza legítima» en el sentido de la jurisprudencia citada. Alegan que antes de la intervención de la ley del 4 de marzo de 2002 tenían una esperanza legítima de obtener la reparación integral de los perjuicios sufridos por el hecho de la discapacidad de su hija. Teniendo como base la jurisprudencia «Quarez», las condiciones de esta responsabilidad estaban reunidas cuando ellos interpusieron su demanda ante

la jurisdicción administrativa; se habían probado, sin duda alguna, la culpa de la administración sanitaria y el vínculo de causalidad entre esa culpa y el daño, desde que el origen del error del diagnóstico estaba en el cambio de los resultados, hecho que los había privado de la posibilidad de interrumpir el embarazo por motivos terapéuticos. Por la jurisprudencia «Quarez» los actores tenían derecho a obtener una reparación integral; en cambio, habiéndose aplicado la ley del 4 de marzo de 2002, el derecho a la reparación había devenido ilusorio, con excepción de la reparación del perjuicio moral, por lo que, en realidad, la ley los privaba retroactivamente de su crédito.

Por el contrario, el gobierno francés sostiene que los actores nunca fueron titulares de un «bien», en el sentido estricto del término, como «esperanza legítima», definido por la jurisprudencia de la Corte. Esta noción implica la certidumbre de obtener una ganancia de conformidad con el sistema interno de responsabilidad. Antes de la sanción de la ley, la indemnización no se atribuía de pleno derecho por la simple constatación del daño; el régimen de la responsabilidad administrativa preveía que la reparación del perjuicio sufrido por los padres debía responder a la existencia de una culpa, de un daño y de un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño; y estos elementos estaban sometidos a la apreciación soberana de los jueces de grado. La indemnización estaba lejos de ser automática; por lo tanto, los actores no podían prevalerse de una esperanza legítima a ver un crédito satisfecho.

La Corte recuerda que, según su jurisprudencia, un actor no puede alegar la violación del artículo 1 del Protocolo 1 sino en la medida en que las decisiones que él incrimina se relacionen con los «bienes» en el sentido de esta disposición. La noción de *bienes* puede cubrir tanto los bienes actuales como los valores patrimoniales, comprendiéndose dentro de estos, en ciertas situaciones bien definidas, a los créditos. Para que un crédito pueda ser considerado un «valor patrimonial» que caiga en la noción de «bien», es necesario que el titular del crédito demuestre que tenía base suficiente en el derecho interno; por ejemplo, que estaba confirmado por una jurisprudencia estable de los tribunales; es entonces cuando entra en juego la noción de «esperanza legítima». La noción de «esperanza legítima» ha sido ilustrada, en uno de sus aspectos, en el caso «Pressos» antes citado. Este caso concernía a los créditos de reparación resultante de los accidentes de navegación imputados a la negligencia de pilotos belgas. En virtud del derecho belga de la responsabilidad, los créditos nacen desde la aparición del daño. La Corte calificó estos créditos de «valores patrimoniales», protegidos por el artículo 1 del Protocolo 1. Esto revela que, teniendo en cuenta una serie de decisiones de la Corte de Casación, los actores tenían una esperanza legítima de ver concretizados sus créditos en cuanto a los accidentes causados, conforme el derecho común de

la responsabilidad. En esa decisión, la Corte dijo que la esperanza legítima era un elemento o un corolario del derecho de propiedad reivindicado; sin embargo, resulta implícitamente de esa sentencia que una esperanza semejante no podía entrar en juego en ausencia de un «valor patrimonial». La esperanza legítima identificada en el caso «Pressos» no era, en sí misma, constitutiva de un interés patrimonial. De toda una serie de casos, la Corte juzgó que los actores no tenían una esperanza legítima porque no podía considerarse que tenían un crédito inmediatamente exigible de manera suficientemente establecida. La jurisprudencia de la Corte no enfrentó la existencia de una constatación real o una pretensión defendible. Estimó que el interés patrimonial concerniente no podía ser considerado como valor patrimonial desde que, para que suceda de este modo, tiene que haber base suficiente en el derecho interno que esté confirmada por una jurisprudencia estable de los tribunales.

En este caso, para juzgar la existencia de un bien, la Corte debe advertir cuál era el derecho interno en vigor al momento de la incorporación de la nueva ley. Francia tenía un régimen de responsabilidad por culpa que exigía la existencia de un daño, una culpa, un vínculo de causalidad. El gobierno francés no discute la inversión de los resultados de los análisis de los actores y los de la otra familia; tampoco pone en duda que este hecho configure una culpa; el único punto en litigio es el vínculo de causalidad entre la culpa y el daño. La administración de los hospitales estima que no existe ese vínculo porque aun sin cambio de los resultados el diagnóstico prenatal habría sido incierto. La Corte no puede suscribir esta tesis. Advierte que las jurisdicciones nacionales han establecido, sin ambigüedad, tanto en el marco de las decisiones cautelares como de fondo y en todos los estados del procedimiento, la existencia de un vínculo de causalidad directo entre la culpa cometida y el perjuicio sufrido. Los actores habían manifestado claramente su voluntad de evitar el riesgo de un tercer accidente genético y la culpa cometida dejó sin objeto cualquier otro examen complementario que la actora habría podido practicarse.

La ley del 4 de marzo de 2002, entrada en vigor con posterioridad al hecho, modificó las condiciones de este vínculo de causalidad desde que, por un lado, *caracterizó* la culpa; y por otro, limitó los daños reparables a los padres del niño nacido discapacitado. Está claro que antes de la entrada en vigencia de la ley las condiciones que comprometerían la responsabilidad de los entes hospitalarios sobre la base de la jurisprudencia «Quarez» estaban reunidos y, consecuentemente, los actores disponían de un crédito, que tenía valor patrimonial y ellos podían legítimamente esperar obtener la reparación del daño, comprendidas las cargas particulares que derivan de la discapacidad del niño a lo largo de toda su vida. En otros términos, tenían un *bien* en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo.

Cabe ahora analizar si la injerencia en ese bien es legítima o ilegítima.

La parte denunciante considera que la sanción de la ley del 4 de marzo de 2002 constituye una *injerencia* en el derecho de sus bienes, de los cuales fueron privados (posibilidad de obtener una reparación integral); entienden que esta injerencia no es legítima porque no supone un justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la protección de sus derechos fundamentales, pues la ley los priva de su crédito sin compensación efectiva. Sostienen el enorme impacto y la desproporcionalidad de las consecuencias de la aplicación inmediata de la ley a un proceso que está en curso, teniendo en cuenta el reenvío a la solidaridad nacional que estiman insuficiente, vago e impreciso; la nueva ley del 11 de febrero de 2005 no hará desaparecer la desproporcionalidad y subsiste una carga exorbitante.

Por el contrario, el gobierno francés sostiene que la desposesión parcial no es contraria al artículo 1 del Protocolo 1; no se trata de aplicación retroactiva sino de aplicación inmediata. Por otro lado, la injerencia es legítima por razones de interés general y de orden ético; basta tener en cuenta las reacciones suscitadas por la jurisprudencia «Perruche»; el legislador ha intervenido para dar una solución coherente a un debate nacional que puso sobre el tapete cuestiones éticas preeminentes unidas a la dignidad de la persona y al estatuto del niño por nacer. Se trataba, sobre todo, de excluir el reconocimiento de un derecho del niño a quejarse de haber sido puesto en este mundo con una discapacidad congénita, lo que revela una opción fundamental de la sociedad. Por lo tanto, no es posible establecer una diferencia de trato según que el proceso esté en curso por la fecha de comienzo del litigio. La ley obedece a motivos tendientes a asegurar un trato equitativo a las personas discapacitadas en su conjunto, cualquiera sea la gravedad y la causa de su discapacidad. Esta intervención era necesaria frente a la jurisprudencia «Quarez» y «Perruche», que otorgaban un régimen de indemnización poco satisfactorio. La preocupación por un trato equitativo motivó la aplicación inmediata de la ley para que ninguna distinción se hiciese entre personas discapacitadas en función de la fecha de interposición de su demanda, antes o después de la promulgación de la ley. El legislador ha intervenido en pro de la buena organización del sistema de salud, amenazado por el descontento expresado por los profesionales de la salud a causa de la jurisprudencia «Perruche»; el sistema de salud se vio afectado por huelgas, rechazos a practicar ecografías prenatales, etcétera, por lo que el legislador actuó para preservar el sistema en materia de obstetricia y ecografía, y asegurar el servicio médico en buenas condiciones a las mujeres embarazadas y a los niños por nacer. Existe, pues, un justo equilibrio entre el objetivo perseguido por el legislador y los medios empleados; ni los padres de los niños discapacitados ni los niños discapacitados han sido privados de indemnización, y la ley mantiene

un régimen de responsabilidad por culpa para los profesionales de la salud. Las numerosas huelgas justificaban la aplicación inmediata de la ley. Por lo demás, aun después de la entrada en vigencia de la ley, los denunciantes han obtenido indemnizaciones muy superiores a la altura de sus esperanzas, indemnizaciones que están muy lejos de ser simbólicas puesto que se elevan a la suma de 120 mil euros, monto equivalente al de la indemnización dada en el caso «Quarez» antes citado. Finalmente, no hay que descuidar el importante recurso a la solidaridad nacional que se ha completado con las medidas previstas por la reciente ley del 11 de febrero de 2005. Por lo tanto, la aplicación de la ley no implica que las personas discapacitadas y sus familias sufran consecuencias excesivas; ellas no están privadas del sostén financiero; ahora este sostén ha sido puesto a cargo no solamente de los profesionales de la salud sino también del Estado.

Según la jurisprudencia de esta Corte, en sustancia, el artículo 1 del Protocolo 1 garantiza el derecho de propiedad a través de tres disposiciones distintas: la primera, expresada en la primera frase, reviste carácter general y enuncia el principio de respeto al derecho de propiedad; la segunda subordina la privación del derecho de propiedad a ciertas condiciones; y la tercera, consignada en el segundo párrafo, reconoce a los Estados contratantes el poder, entre otros, de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general.

La ley del 4 de marzo de 2002 privó a la parte actora (los padres) de la posibilidad de ser indemnizada de las cargas particulares según lo establecía la jurisprudencia «Quarez». La cuestión era clara, a tal punto que antes de la entrada en vigencia, teniendo en cuenta el carácter indubitado de la obligación de los entes asistenciales, el juez competente le había otorgado, en concepto de cautelar, un monto altamente significativo. La ley ha significado, pues, una injerencia en el ejercicio de los derechos del crédito de reparación que podría haberse hecho valer en virtud del derecho interno en vigencia.

En el caso, en la medida en que la ley concierne a instancias comenzadas antes del 7 de marzo de 2002 y pendientes a esa fecha, esta injerencia debe ser analizada como privación de la propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo 1; por lo tanto, es necesario analizar si la injerencia está justificada según esta misma disposición. La injerencia está prevista en la ley, y desde esta perspectiva, cumple con el requisito. La Convención exige, para la licitud de la injerencia, que esté fundada en la utilidad pública. La Corte estima que, gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, mejor ubicadas que el juez internacional para determinar qué es *utilidad pública*. En el mecanismo de protección creado por la Convención, pertenece a las autoridades nacionales pronunciarse sobre la existencia de un problema de interés general

que justifique la privación de la propiedad. Ellas gozan de un cierto margen de apreciación, como en otros dominios a los cuales se extienden las garantías de la Convención. Por lo demás, la noción de *utilidad pública* es amplia por su propia naturaleza. En particular, la decisión de adoptar leyes que priven de la propiedad implica, de ordinario, el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales. Se estima normal que el legislador disponga de una gran amplitud para llevar adelante una política económica y social, por lo que la Corte respeta la manera en la que ese legislador nacional concibe los imperativos de *utilidad pública*, salvo que ese juicio se revele como manifiestamente desprovisto de base razonable. En el caso, el gobierno afirma que el artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 se funda en motivos de interés general que surgen de tres ámbitos: a) el ético y, notoriamente, la necesidad de pronunciarse sobre una opción fundamental de la sociedad; b) la equidad; y c) la buena organización del sistema de salud. La Corte no tiene razones para dudar que la voluntad del legislador francés de poner término a una jurisprudencia que desaprobaba, y de modificar el estado del derecho en materia de responsabilidad médica, aun dando nuevas reglas aplicables a la situación en curso, sirve a una causa de utilidad pública.

Otra cuestión es saber si este fin de interés público pesaba de un modo suficiente en el marco de apreciación de la proporcionalidad de la injerencia. Una medida de injerencia en el derecho a los bienes debe establecer un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguardar los derechos fundamentales del individuo. La preocupación por asegurar ese equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo 1, así como también en la segunda frase, que debe ser leída a la luz del principio consagrado en la primera. En particular, para poder privar a una persona de su propiedad, debe existir un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. Con el fin de determinar si la medida en discusión respeta el justo equilibrio querido y, notablemente, si ella hace pesar sobre los actores una carga desproporcionada, es necesario tener en consideración las modalidades de la indemnización prevista por la legislación interna. A este respecto, la Corte ha dicho que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, la privación de la propiedad constituye normalmente un ataque excesivo, y una carencia total de indemnización no podría justificarse en el dominio del artículo 1 del Protocolo 1 sino en supuestos de circunstancias excepcionales («Les saints monastères c/ Grèce et autres c. Grèce» [GC], 25701/94-89, «Jahn et autres c. Allemagne» [GC], 46720/99, 72203/01 y 72552/01 del 2005). La Corte recuerda que, por la decisión Quarez, el Consejo de Estado había reconocido que el Estado y las personas de derecho público, tales como las organizaciones hospitalarias, estaban sometidos al derecho común de la responsabilidad por culpa; se trataba

de una jurisprudencia estable, aplicada por las jurisdicciones administrativas. Anulando los efectos de esta jurisprudencia, además de la resultante del caso «Perruche», la ley ha aplicado un régimen nuevo de responsabilidad a hechos dañosos anteriores, produciendo así un efecto retroactivo. La aplicación a las instancias en curso no sería, en sí, constitutiva de una ruptura del justo equilibrio querido; en principio, el legislador no está impedido de intervenir, en materia civil, para modificar el estado del derecho por una ley inmediatamente aplicable («Zielinski et Pradal y González et autres c. France» (GC), 24846/94, sentencia de 1999). Sin embargo, en el caso, el artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 ha simplemente suprimido, con efecto retroactivo, una parte esencial de los créditos por reparación, de montos muy elevados, que los padres de los niños discapacitados (tal el caso de los actores) habrían podido hacer valer contra el establecimiento hospitalario. El legislador francés ha privado a los actores de un valor patrimonial preexistente, es decir, un bien, que ellos podían legítimamente esperar. La Corte no puede seguir la argumentación del gobierno según la cual el principio de proporcionalidad habría sido respetado. Es cierto que los actores se benefician de prestaciones previstas por los dispositivos en vigor, pero su monto es manifiestamente inferior a los resultantes del régimen de responsabilidad anterior y claramente insuficiente, como lo admite el gobierno y los legisladores, puesto que estas prestaciones han debido ser complementadas recientemente por las nuevas disposiciones previstas a este efecto por la ley del 11 de febrero de 2005. Además, los montos que serán entregados a los actores en virtud de este texto no están definitivamente fijados; esta situación hace pesar sobre los actores, aun hoy, una gran incertidumbre, y no les permite ser indemnizados suficientemente de los perjuicios ya sufridos desde el nacimiento del niño. El carácter muy limitado de la compensación actual a título de solidaridad nacional y la incertidumbre reinante sobre lo que podrá resultar de la aplicación de la ley del 2005 demuestran que no hay proporcionalidad razonable al aplicarse la ley del 4 de marzo de 2002. En cuanto a la indemnización acordada por el tribunal administrativo de París, se advierte que compensa el perjuicio moral y los trastornos derivados de las condiciones de existencia, pero no cubre las cargas particulares que derivan de la discapacidad del niño a lo largo de toda su vida. Por último, la Corte estima que las consideraciones vinculadas a la ética, a la equidad y a la buena organización del sistema de salud no permiten, en el caso, legitimar una retroactividad cuyo efecto es privar a los actores, sin indemnización adecuada, de una parte sustancial de su crédito, haciéndoles soportar una carga especial y exorbitante. En consecuencia, se considera que el artículo 1 de la ley del 4 de marzo de 2002 viola, en la medida en que concierne a estas instancias, el artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención.

— *Sobre la violación del artículo 14 de la Convención combinada con el artículo 1 del Protocolo 1*

Los actores se quejan de que la ley del 4 de marzo de 2002, al establecer un régimen de responsabilidad específico, habría creado una desigualdad de trato injustificado entre los padres de niños cuya discapacidad no ha sido manifestada antes del nacimiento en razón de una culpa, y los padres de niños discapacitados en razón de una culpa de otra naturaleza, a quienes les serían aplicables los principios del derecho común.

El gobierno considera que los actores no tenían un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1. Subsidiariamente, entiende que las dos categorías no se encuentran en la misma situación. Cuando la discapacidad ha sido causada directamente por una culpa médica, la culpa es anterior a la discapacidad y ella es la causa, y se encuentra en el origen del perjuicio de los padres. En el caso de los actores, la culpa no es la causa directa de la discapacidad; preexistía; esa culpa es la generadora del perjuicio de no haber practicado la interrupción del embarazo o de no haber tenido la posibilidad de hacerlo. El vínculo de causalidad entre la culpa médica y la discapacidad es diferente en cada caso, lo que justifica regímenes de responsabilidad diferente, por lo que no hay discriminación. Al tomarse a cargo de la solidaridad nacional los gastos particulares que deriven de la discapacidad del niño, la situación del discapacitado no es discriminatoria porque es beneficiario de una serie importante de prestaciones.

Teniendo en cuenta que se ha constatado la violación del derecho de los actores respecto de sus bienes, la Corte juzga que no es necesario examinar la queja de los demandantes vinculada al artículo 14 de la Convención combinado con el artículo 1 del Protocolo.

— *Violación del artículo 6 de la Convención*

Los actores alegan que la aplicación inmediata de la ley afecta su derecho a un proceso equitativo. Invocan el artículo 6, primera parte, de la Convención, que dice: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada en forma equitativa, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre las alegaciones en torno a los derechos y obligaciones de carácter civil». Sostienen, fundados en la jurisprudencia de esta Corte («Raffineries Grecques Stran et Stratis», 9 de diciembre de 1994), que la ley francesa desconoce la regla según la cual el principio de preeminencia del derecho y la noción de proceso equitativo se oponen a toda injerencia del poder legislativo en la administración de justicia que tenga por fin influir en el desarrollo judicial de un litigio, salvo por motivos de interés general imperioso. Sostienen que el argumento según el cual la solidaridad nacional

compensaría el perjuicio no reparado no es procedente, dado que estos apoyos son insuficientes y las medidas futuras aleatorias; o en todo caso, tardías e ineficaces.

El gobierno estima que este caso difiere de lo resuelto por esta Corte en el caso «Raffineries».

Teniendo en cuenta las consideraciones particulares del presente caso, así como los razonamientos que condujeron a constatar una violación del artículo 1 del Protocolo 1, la Corte estima que no es necesario examinar separadamente los agravios de los actores respecto del artículo 6, párrafo 1 de la Convención.

— *Violación del artículo 13 de la Convención*

La Corte no constata ninguna violación del artículo 13, que dispone: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la Convención han sido violados tiene derecho al otorgamiento de un recurso efectivo ante la instancia nacional [...]».

— *Violación del artículo 8 de la Convención y de su combinación con el artículo 14*

Los actores invocan el artículo 8 de la Convención, en cuanto proclama el derecho a una vida familiar normal. Según ellos, la ley ataca ese derecho y constituye una injerencia en su ejercicio; contrariamente a las exigencias establecidas por la jurisprudencia de la Corte, la ley es vaga e imprecisa en el reenvío a la solidaridad nacional; la injerencia no tiene una finalidad legítima e imperiosa, desde que las consideraciones vinculadas a una mejor organización del sistema de salud, esencialmente la preocupación de evitar el encarecimiento de las primas de seguro, no justificaría la inmunidad de los médicos y los establecimientos de salud por las culpas por ellos cometidas. Se trata de la obligación positiva que pesa sobre los Estados, que debería ser satisfecha puesto que, privando al niño y a sus padres de un recurso para obtener la reparación del perjuicio relativo a las cargas particulares que deriven de su discapacidad, el legislador habría puesto obstáculos a la protección concreta y eficaz de los intereses familiares.

El gobierno recuerda la jurisprudencia del caso «Marckx» y distingue los derechos patrimoniales que por su propia naturaleza derivan de la vida familiar (sucesiones y donaciones), de los que no tienen sino un lazo indirecto con la vida familiar, como es el derecho a ser indemnizado por una culpa médica. Entienden que no se ha probado ninguna injerencia a la vida familiar, pero aunque así fuese, tendría un fin legítimo y sería necesaria una sociedad democrática, teniendo en cuenta los objetivos legítimos perseguidos por la ley.

La Corte recuerda que el artículo 8 tiene por objeto munir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos y consiste no solo en

abstenerse de las injerencias sino que comprende las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Las fronteras entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no son siempre claras; sin embargo, los principios aplicables pueden ser comparados. En los dos casos, es necesario llegar al justo equilibrio entre los intereses concurrentes de los individuos y de la sociedad en su conjunto; en ambos casos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación. Por lo demás, aun para las obligaciones positivas, los objetivos enumerados en el párrafo segundo pueden jugar un cierto rol en la búsqueda del equilibrio querido. El respeto de la vida familiar implica para el Estado la obligación de actuar para permitir el desarrollo normal de los vínculos entre los parientes próximos. La Corte ha concluido que la existencia de este tipo de obligaciones está a cargo del Estado cuando constata la presencia de un lazo directo e inmediato entre una parte y las medidas peticionadas por el actor, y por la otra parte la vida privada o familiar de este. La noción de *respeto* carece de nitidez, y los Estados gozan de un ancho margen de apreciación para determinar, en función de las necesidades y recursos de la comunidad de los individuos, las medidas a tomar. La Corte recuerda también el rol fundamentalmente subsidiario de los mecanismos de la Convención y que las autoridades nacionales gozan de una legitimidad democrática directa. Cuando las cuestiones políticas generales están en juego y hay profundas divergencias razonables, hay que darle una importancia particular al rol de la autoridad nacional. La Corte siempre ha reconocido que el legislador dispone de una gran amplitud para llevar adelante una política económica y social. La cuestión es saber si las medidas tomadas por el Estado demandado hacia las personas discapacitadas afectan el derecho de los actores a llevar una vida familiar normal. La Corte estima que no es necesario transar esta cuestión porque, aun admitiendo que el artículo 8 pudiera ser considerado como aplicable, estima que no hay violación a esta disposición. Confrontada la jurisprudencia «Perruche» en un debate tumultuoso de envergadura nacional, que refleja las importantes divergencias de opinión existentes en el seno de la sociedad francesa, el legislador, después de consultar a diferentes grupos de interés y personas implicadas, ha decidido intervenir para definir un nuevo régimen de reparación de los perjuicios sufridos por los niños nacidos discapacitados y por sus padres, que difiere del régimen que resultaba tanto de la jurisprudencia administrativa como de la judicial. Las nuevas reglas impiden que los padres puedan obtener del autor de la culpa reparación de los perjuicios que correspondan a las cargas particulares que deriven, a lo largo de toda la vida del niño, de su discapacidad. Este régimen es el resultado de debates parlamentarios profundos, en el curso de los cuales se han tenido en cuenta consideraciones de orden jurídico, ético y social, así como razones

vinculadas a la buena organización del sistema de salud y al trato equitativo del conjunto de las personas discapacitadas. Como lo indica el Consejo de Estado, el legislador se ha pronunciado sobre la base de motivos de interés general cuya validez no puede ser discutida por esta Corte. Es cierto que la aplicación inmediata y retroactiva no es lícita; sin embargo, previendo la toma a su cargo de la discapacidad del niño por parte de la solidaridad nacional, el legislador francés ha considerado que vale más inscribir este aspecto en el cuadro legislativo que organiza las modalidades de compensación de la discapacidad y no dejar a la jurisprudencia el cuidado de estatuir en acciones de responsabilidad que deriven del derecho común. La Corte advierte que desde 1975 ha habido una reorganización global efectuada por la ley del 11 de febrero de 2005. Se trata de una materia en la que se deja a los Estados un importante margen de apreciación. Por lo tanto, no existe motivo serio para juzgar contraria al artículo 8, sea en sus aspectos positivos o negativos, la manera como la legislación francesa ha abordado el problema o el contenido de las medidas específicas previstas a este efecto. Por lo tanto, no hay violación del artículo 8.

d) Conclusiones

En definitiva, conforme la decisión transcrita, la ley del año 2002: a) no puede ser invocada contra los padres que antes de marzo del año 2002 podían prevalerse de la jurisprudencia del Consejo de Estado; y b) es aplicable a los hechos posteriores a su entrada en vigencia, desde que el sistema creado no viola la Convención Europea de Derechos Humanos.

Cabe subrayar que el Tribunal no se ha pronunciado sobre la legitimación de la persona nacida antes de marzo del año 2002.

5.5 Otra reacción de la jurisdicción. Dos precedentes que interpretan la ley restrictivamente

El Consejo de Estado (6 de diciembre de 2002) y la Corte Administrativa de Apelación (sala 3, 24 de junio de 2003)⁹⁹ han interpretado la norma transcrita gramatical y restrictivamente. Afirman que la ley hace mención al período del embarazo, por lo que se refiere al ya «concebido» y no al que *pudo no haberse*

⁹⁹ *Recueil Dalloz*, número 14, 2004, p. 983, con nota de Alain Sérriaux, «Diagnostic préconceptionnel et handicap de l'enfant: encore la responsabilité du médecin»; *La Semaine Juridique*, número 12, 17 de marzo de 2004, p. 509, con comentario de Johanne Saison, «Les disposition de l'article 1° de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ne sont pas applicables aux fautes qui ont pour effet de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé».

concebido; que, por eso, se limita a regular las consecuencias de los errores de diagnóstico o información relativos a los riesgos de discapacidad de un niño que pudo ser abortado; esos mismos errores, anteriores a la concepción, no están contemplados en la ley. En el segundo caso mencionado, el médico afirmó a una pareja que no había ningún riesgo de que un nuevo hijo estuviese afectado por la discapacidad que tenía el primero y no el segundo. Conforme a los conocimientos científicos existentes al momento en que fue dada, la información era incorrecta; el niño nació con una grave discapacidad, y el médico y el establecimiento sanitario fueron condenados conforme el *derecho común*.

Uno de los comentaristas afirma que «obnubilado por el debate acerca de la sacrosanta libertad del aborto, la ley no ha tenido en cuenta una libertad más discreta: la de no concebir».

5.6 Brevísimas referencias al derecho italiano

La sección I Civil de la Casación italiana sigue la línea del Consejo de Estado francés anterior a la sanción de la ley del año 2002; es decir, niega legitimación al hijo y la concede a los padres. En decisión del 29 de julio de 2004, que continúa la línea del precedente del 10 de mayo de 2002, número 6735, dijo que el concebido, aunque presente graves anomalías genéticas, no es titular del derecho a no nacer, puesto que la legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo no prevé el aborto eugenésico como derecho de la persona por nacer; consecuentemente, el médico que omitió informar a la gestante las malformaciones o patologías no es responsable frente al *nasciturus*. En cambio, desde que en presencia de anomalías o malformaciones de la persona por nacer la ley permite a la mujer evitar el perjuicio que estas condiciones del hijo derivarían para su propio estado de salud, la falta de interrupción del embarazo, determinada por el comportamiento culposo del médico, constituye un daño resarcible para la madre y el padre¹⁰⁰.

¹⁰⁰ *Il Corriere Giuridico* número 11, 2004, p. 1431, con nota de Antonio Liserre, «Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione»; *Famiglia e Diritto*, 2004-6-559, con nota de Giovanni Facci, «“Wrongful life”: a chi spetta il risarcimento del danno?»; *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2004-1349, con nota de Marilena Gorgona, «La nascita va accettata senza «beneficio d’inventario?». La decisión del 10 de mayo de 2002 número 6735 se publica en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* volumen XXXIII, número 3-4, julio-diciembre de 2004, p. 661. Con anterioridad, la Casación había sostenido que el interés protegido en estos casos era la salud de la mujer, pero a partir del año 2002 entendió que el presupuesto de esta responsabilidad es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información, y que comprende a ambos progenitores (véanse referencias en FEOLA 2004: 589). Para otras decisiones italianas véanse, entre otros, NOCCO (2005: 1015); PACIA (2006).

5.7 Un caso de la jurisprudencia argentina

El 18 de febrero de 2005, la Cámara Nacional Civil sala K rechazó la demanda interpuesta contra la Fundación Genética y las médicas genetistas intervinientes, por un diagnóstico erróneo que daba un cariotipo normal de sexo masculino y en realidad nació una niña con síndrome de Down. Cabe aclarar que el rechazo de la demanda no circuló por los canales de la causalidad y la legitimación sino por la falta de prueba de la culpa médica, desde que la profusa prueba técnico-científica (bioquímica, ginecológica, genética y obstétrica) no había podido determinar qué, en definitiva, había provocado una discordancia de tal entidad entre el informe final y la realidad¹⁰¹.

6. DAÑO POR EL NACIMIENTO DE UN NIÑO SANO POR UN EMBARAZO NO DESEADO (*UNWANTED PREGNANCY; BIRTH OF AN UNWANTED CHILD; WRONGFUL CONCEPTION O ANTICONCEPCIONES FALLIDAS*)¹⁰²

Me referiré muy brevemente a este supuesto, puesto que no ha sido objeto de regulación por la ley francesa del año 2002, ordenamiento que estas líneas tienen por principal destinatario.

Como he dicho antes, la denominación utilizada no es unívoca. Para evitar discusiones terminológicas, aclaro que, a diferencia del supuesto analizado que dio lugar a la reforma francesa, el error médico conduce a una concepción no deseada, pero el niño nace sano; por ejemplo, operaciones de esterilización, de ligaduras de trompas, o vasectomías mal realizadas, o realizadas correctamente pero con omisión de adecuada y oportuna información sobre las posibles consecuencias, luego de las cuales nace un niño cuya concepción se quería evitar con la práctica médica ejemplificada.

En estos casos, no hay duda de que los únicos legitimados son los padres.

La reparación tendría base en que la culpa médica viola el derecho constitucional a la libertad de procreación, que incluye la de no procrear; existiría, pues, un derecho a la planificación familiar fundado en el derecho a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, y a la vida íntima y familiar.

¹⁰¹ *Jurisprudencia Argentina* 2005-IV-572, con nota de Juan M. Prevot, «Responsabilidad médica por omisión diagnóstica prenatal», y en *Derecho de familia* 2005-II-9, con nota de Eduardo Sambrizzi, aprobatoria de la solución pero no de los fundamentos, «La improcedencia de un reclamo de daños efectuado con motivo de un erróneo informe genético».

¹⁰² Para un estudio de derecho comparado sobre el tema véase DEMME y LORENTZ (2005: 103). Para la situación en Italia, véanse CACACE (2003b: 1228); ORRÙ (2004, tomo II: 979); DE MATTEIS (2004, tomo IV: 4965); VIGNALI (2005: 903); LUCCHINI-GUASTALLA (2001: 1611); SIMONE (2002: 469). Para varios casos españoles, véanse EMALDI (2001: 229); MEDINA y otros (2003: 72).

¿Cuáles son los daños indemnizables? Para una tendencia doctrinal deberían indemnizarse la aportación, alimentación y crianza de hijos nacidos en circunstancias no esperadas; las limitaciones laborales y físicas durante la gestación, etcétera, pero no el daño moral.

En Italia, hace un par de años, un tribunal¹⁰³ resolvió que la operación de vasectomía no requiere la solución de problemas técnicos de particular dificultad; por lo tanto, en caso de incumplimiento de la prestación, no se requiere culpa grave y el médico responde a los daños causados por simple culpa leve. Se argumenta que el profesional carga con deberes calificados de información respecto de su cliente; esa información debe ser clara, completa, global, respecto de la operación y de la etapa posoperatoria. El nacimiento de un niño no programado, a causa del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de este deber por parte del médico, lesiona el derecho fundamental del individuo y de la pareja en su conjunto a una procreación consciente y responsable, es decir, el derecho a la autodeterminación en la elección personal. La consecuencia de este ilícito es un daño patrimonial, configurado por las mayores cargas que gravan a la pareja por el mantenimiento del hijo no querido, y un daño existencial, consistente en el cambio radical de los hábitos de vida que el nacimiento de un hijo comporta para la pareja. Dada la imposibilidad de demostrar un monto preciso, la cuantificación de tales daños debe ser el resultado de una evaluación equitativa.

En España, el Tribunal Supremo consideró aplicable la ley de protección de los consumidores a la colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino, derivado de la puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz¹⁰⁴. En el caso, el sistema hospitalario debió reparar el daño moral y el material. En la determinación del daño material se tuvo en cuenta que durante el embarazo la mujer debió guardar cama y dejó de atender el negocio que administraba, con la consiguiente disminución de la producción; en el daño moral se valoró que la situación la había afectado a punto tal de encontrarse en un estado depresivo que alteró su armonía anímica y le causó un inevitable estado de preocupación atentatorio contra su libertad.

¹⁰³ Tribunal Arsizio, 17 de julio de 2001, en *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2002-589, con nota de Angelo Demori, «Fallimento di intervento di sterillizzazione maschile e wrongful birth: profili di responsabilità medica e problemi di liquidazione del danno». Más recientemente, el 20 de octubre de 2005, la Casación italiana legitimó no solo a la madre sino también al padre (véase reseña en *Danno e Responsabilità* 2006/1-103).

¹⁰⁴ Tribunal Supremo de España, 24 de septiembre de 1999, *Responsabilidad Civil y Seguros* 2000-1-200.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISORIAS

La descodificación del derecho de daños, un derecho tradicionalmente de base jurisprudencial, ha servido para poner sobre el tapete varios conflictos tradicionales.

Por un lado, la tensión *responsabilidad-seguridad social*. Probablemente, el sistema de la seguridad social francés pueda compensar satisfactoriamente todos los daños que las leyes del año 2002 derivaron a ese ámbito; en la Argentina, una solución de este tipo sería altamente perjudicial para las víctimas. En efecto, desde hace muchos años nuestro país sufre un sistema de seguridad social colapsado, afectado por una corrupción generalizada, donde reina el desorden y la excesiva burocratización. Mientras ese cáncer no sea extirpado, la cuestión exige un buen sistema asegurador; y fundamentalmente para evitar que estos daños se produzcan, un retorno a la excelente universidad argentina, de la que egresaron grandes médicos hoy diseminados en muchas partes del mundo.

Por otro lado, la tensión *legislador-juez*. ¿Cómo se desarrolla mejor el sistema de la responsabilidad civil? ¿A través de la obra del legislador o la del juez? Obviamente, la respuesta depende de la calidad de legisladores y jueces.

Finalmente, la temática abordada por el legislador francés a comienzos del milenio permite detenernos en la debatida cuestión de si la República Argentina puede continuar penalizando el aborto, tema siempre ríspido, que muchos evitan, como si de este modo tranquilizaran las conciencias; los políticos lo evaden en las campañas electorales; cuando deben enfrentar concretamente la situación, muchos actúan de modo muy diferente al que pregonan desde la teoría religiosa, filosófica, ética, etcétera. Mientras tanto, cálculos del año 2000¹⁰⁵ indican que, en nuestro país se realizan más de 500 mil abortos por año, gran parte de los cuales son sufridos por mujeres menores de veinte años; las complicaciones derivadas de esas prácticas son la primera causa de internación en los hospitales públicos y constituyen la tercera causa de muerte de mujeres en edad de procrear. Frente a esta realidad, como decía el presidente Roosevelt, «algo hay que hacer». En mi opinión, ese «algo» pasa, en primer lugar, por campañas serias de educación sexual (tarea ya comenzada); en segundo lugar, por la ayuda responsable a la mujer gestante y al niño nacido; y, finalmente, por la despenalización del aborto recorriendo un camino análogo al transitado por países a los cuales estamos unidos por una tradición cultural común (España, entre otros).

¹⁰⁵ Informe de la Fundación Argentina contra el aborto, *Clarín*, 27 de noviembre de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

ALPA, Guido

- 2006 «*Wrongful life*: Soluzioni controverse». *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Padua, número 2.

AMODIO, Claudia

- 2003 «Il modelo francese di indennizzo dei danni no fault connessi all'attività sanitaria (brevi note a proposito della loi 2002-303)». *Rivista Critica di Diritto Privato*. Bolonia, volumen 21, número 4, pp. 745-758.
- 2004 «La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e prospettive aperte dalla loi 2002-303». *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*. Milán, pp. 459-479.

ANDORNO, Luis

- 2005 «Sistemas alternativos posibles de resolución de conflictos originados en la responsabilidad médica. Experiencia en Francia, Gran Bretaña, Suiza, Alemania y otros países de la Comunidad Europea». *Edición en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 25-42.

ANDORNO, Roberto

- 1996 «Responsabilidad de los establecimientos asistenciales por las prácticas de fecundación asistida». En UNIVERSIDAD PONTIFICIA CATÓLICA ARGENTINA. *Responsabilidad civil de la empresa*. Santa Fe: Panamericana, pp. 203-214.
- 2005 «¿Existe un derecho a no saber la propia información genética?». *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, número 1206, suplemento Bioética 19, pp. 23-33.

APOLLIS, Benoît y otros

- 2004 «L'insoutenable imprécision de la faute caractérisée dans la réparation du handicap de naissance». En LECA, Antoine (editor). *Le handicap, droit, histoire, médecine*. Marsella: Universitaire d'Aix, pp. 139-157.

BÍSCARO, Beatriz

- 1995 «Fecundación asistida». En MOSSET ITURRASPE, Jorge (editor). *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 145-153.

BLANCO, Luis G.

- 2002 «Anticoncepción de emergencia. Consideraciones biojurídicas acerca de la píldora de la mañana siguiente». En BLANCO, Luis G. (compilador). *Bioética y bioderecho*. Buenos Aires: Universidad.

CACACE, Simona

2003a «Loi Kouchner: problemi di underterrence e undercompensation». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 8, número 4, pp. 435-443.

2003b «Ancora a proposito di nascite indesiderate». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 8, número 12, pp. 1228-1233.

CACHON VILLAR, Pablo

2002 «Anulación de la condena impuesta a los padres». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Madrid, números 5-9.

CALVO COSTA, Carlos A.

2005 «Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital». *La Ley*. Buenos Aires, tomo 2005-E, pp. 860-867.

CARBONE, Vincenzo

2000 «Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 5, número 12, pp. 1173-1185.

CARVAL, Suzanne

2001 *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*. París: Presses Universitaire de France.

CASTELNUOVO, Andrea y Silvia PINTUS

2001 «La politica dei piccoli passi: nuovi interventi della Corte costituzionale sugli indennizzi da contagio». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 6, número 5, pp. 490-497.

CAYLA, Olivier y Yan THOMAS

2004 *Il diritto di non nascere*. Milán: Giuffrè.

CENDON, Paolo (editor)

2004 *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*. Padua: CEDAM.

CHOUX, Alain

2002 «La Loi anti-Perruche». *Le Dalloz*. París, número 15, pp. 1212-1213.

COMPIANI, María F.

s/a «La cobertura asegurativa contra la responsabilidad civil del médico. La ilicitud de la cláusula *claims made*». *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro*. Buenos Aires, número 14.

D'ANDRIA, Simona

- 2005 «Responsabilità del medico per errata diagnosi prenatale e risarcimento del danno da nascita indesiderata». *Rassegna di diritto civile*, número 4, pp. 1090-1111.

D'ANGELO, Antonino

- 1999 *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?* Milán: Giuffrè.

DE MATTEIS, Raffaella

- 2004 «Nascite indesiderate e interessi protetti». En CENDON, Paolo (editor). *Persona e danno*. Milán: Giuffrè, tomo IV, pp. 4965 y ss.
- 2005 «Il danno esistenziale e la tutela della vita prenatale: dai torts *wrongful life* ai torts *wrongful birth*». En DAL LAGO, Ugo y Raniero BORDON (editores). *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*. Milán: Giuffrè, pp. 299-326.

DEMME, Géraldine y Romail LORENTZ

- 2005 «Responsabilité civile et naissance d'un enfant. Aperçu comparatif». *Revue Internationale de Droit Comparé*. París, volumen 57, número 1, pp. 103-139.

DENDOCKER, Denis

- 2003 «Application dans le temps de la loi sur la réparation des accidents médicaux». *Le Dalloz*. París, número 18, pp. 1196 y ss.

DINIZ, Maria Helena y Roberto SENISE LISBOA (coordinadores)

- 2003 *O direito civil no século XXI*. Sao Paulo: Saraiva.

DUBOUIS, Louis

- 2004 «Démocratie sanitaire et droits de la personne malade. À propos de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de Santé». En MODERNE, Frank y otros. *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne*. París: Dalloz, pp. 127-143.

DUPRAT, Jean-Pierre

- 2004 «Démocratie sanitaire et droits de malade». En MODERNE, Frank y otros. *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*. París: Dalloz, pp. 145-163.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber

- 2001 *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Granada: Comares.

- ESTEVE PARDO, José
1999 *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Ariel.
- FABRE-MAGNAN, Muriel
2001 «Avortement et responsabilité médicale». *Revue Trimestrelle de Droit Civil*. París, número 2, pp. 285-318.
- FACCI, Giovanni
2004a *I nuovi danni nella famiglia che cambia*. Milán: Ipsoa.
2004b «Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?». *Famiglia e diritto*. Milán, número 6, pp. 562-568.
- FAMÁ, María V. y Marisa HERRERA
2004 «Hay leyes que acompañan los cambios en la sociedad. Un comentario sobre la ley 25.929». *Anales de la Legislación Argentina*. Buenos Aires, LXIV, E-6577.
- FAMÁ, María V. y Moira REVSIN
2002 «El caso Perruche. Análisis de los daños». *Derecho de Familia*. Buenos Aires, número 22.
- FEOLA, Maria
2004 «Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale». *Rivista Critica del Diritto Privato*. Bolonia, volumen 22, número 4, pp. 589-629.
- FERRER, Francisco M.
2001 «Responsabilidad por daños en la procreación médicamente asistida». *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, número 2, pp. 189-216.
- FRENI, Fortunato
2000 *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*. Milán: Giuffrè.
- GALÁN CORTÉS, Julio C.
2001 *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas.
- GHERSI, Carlos
2005 «La extralimitación en la función judicial. La interferencia en políticas de Estado y en la vida privada de las personas». Córdoba: *La Ley*.
- GRACIA, Diego
1989 *Fundamentos de bioética*. Madrid: Eudena.

GROSIEUX, Patrick

2003 *Principe de précaution et sécurité sanitaire*. Marsella: Presses Universitaires d'Aix.

GUARNERI, Attilio

2004 «Nascita di figlio malformato. Errori dei medico e regola di responsabilità civile». En *Studi in onore di Piero Schlesinger*. Milán: Giuffrè, tomo III, pp. 2177 y ss.

HERRERA, Marisa y Moira REVSIN

2002 «El caso Perruche de la Corte de Casación francesa. Una decisión revolucionaria sin precedentes en el mundo». *Derecho de Familia*. Buenos Aires, número 21, pp. 219 y ss.

HIGHTON, Elena

1992 «La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires, número 1, pp. 165-214.

JESTAZ, Philippe

2001 «Une question d'épistémologie. À propos de l'affaire Perruche». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, número 3, pp. 547-557.

JIMÉNEZ, Jorge O.

2001 «La cláusula *claims made* en el seguro de responsabilidad civil». En GHERSI, Carlos (director). *Cláusulas abusivas. Nulidad e ineficacia*. Rosario: Juris.

JOURDAIN, Patrice

2002 «Loi anti-Perruche: une loi démagogique». *Le Dalloz*. París, número 11, pp. 891-892.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída

1994 «Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas». *Jurisprudencia Argentina*, volumen IV, pp. 735 y ss.

2001a «El derecho del menor sobre su propio cuerpo». En BORDA, Guillermo (director). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, pp. 249 y ss.

2001b «Los disminuidos mentales, la esterilización terapéutica y el derecho sobre el propio cuerpo». En AMEAL, Oscar (director) y Dora GESUALDI (coordinadora). *Derecho privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 247 y ss.

2003 «El derecho del niño a su propio cuerpo». En BERGEL, Salvador y Nelly MINYERSKY (coordinadores). *Bioética y derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 105-164.

- 2004 «Genoma humano y derechos fundamentales». En BERGEL, Salvador y Nelly MINYERSKY (coordinadores). *Bioética y derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 15-68.
- KEULENEER, Fernand
 1999 «'Wrongful birth', liability and indemnification: an uneasy fit». *European Review of Private Law*, pp. 241-247.
- LACOEUILHE, Georges
 2003 «À propos de la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale». *Le Dalloz*. París, número 8, pp. 499-500.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne
 2002a «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (II). Les droits des malades, usagers du système de santé». *Le Dalloz*. París, número 16, pp. 1291-1296.
 2002b «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (III). L'indemnisation des accidents médicaux». *Le Dalloz*. París, número 17, pp. 1367-1374.
- LARROUMET, Christian
 2001 «L'indemnisation de l'aléa thérapeutique». En CARVAL, Suzanne. *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*. París: Presses Universitaire de France, pp. 399 y ss.
- LAZZINI, Simona
 2005 *Principi di accountability nei sistema sanitari italiano e statunitense*. Milán: Giuffrè.
- LÓPEZ DE LA OSA, Escribano
 2004 «El seguro médico obligatorio en la responsabilidad sanitaria. Referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos». *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, número 121, pp. 67-80.
- LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo
 2005 «Seguros de responsabilidad civil *claims made*: su validez en Francia, de acuerdo a la ley 2003-706». *Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, año VII, número V.
- LUCCHINI-GUASTALLA, Emanuele
 2001 «El daño por procreación indeseada». *Derecho privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 1611 y ss.

MACKINSON, Gladys (directora)

2001 *Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética, alimentos y desarrollo.* Buenos Aires: Ad Hoc.

MALAUURIE, Philippe

1965 *La jurisprudence combattue par la loi. Études a R. Savatier.* París: Dalloz.

MARCHAND, Céline

2002 «Le privilège de la douleur. La procédure d'indemnisation amiable de la loi du 4 mars 2002». *Le Dalloz.* París, número 36, pp. 2739-2740.

MARGUENAUD, Jean-Pierre y Jacques RAYNARD

2004a «Les tergiversations de la Cour européenne des Droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître». *Revue Trimestrielle de Droit Civil.* París, número 2, pp. 799-801.

2004b «Premiers prolongement européens de l'affaire Perruche». *Revue Trimestrielle de Droit Civil.* París, número 4, pp. 797-799.

MARIENHOFF, Miguel

1994 *Tratado de derecho administrativo.* Cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MARIONA, Fernando G.

2005 «Responsabilidad profesional médica. Seguridad del paciente y reformas legislativas». *Responsabilidad Civil y Seguros.* Buenos Aires, año VII, número 1, pp. 25 y ss.

MASTROLITTO, Alessandra

2005 «Consenso informato del paziente e responsabilità professionale del medico». En VARIOS AUTORES. *Annali.* Tomo I. Milán: Università degli Studi di Foggia, Giuffrè, pp. 407-432.

MAZEAUD, Denis

2004 «Le droit français contemporain de l'indemnisation des dommages médicaux». En VARIOS AUTORES. *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa.* Tomo II. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

MEDINA, Graciela e Irene HOOFT

2002 «Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida», *Derecho de Familia.* Buenos Aires, número 20, pp. 73 y ss.

MEDINA, Graciela, María Victoria FAMÁ y Moira REVSIN

2003 «Responsabilidad de los profesionales médicos ante el incumplimiento del deber de informar. Análisis de las leyes de salud reproductiva y procreación

responsable». *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires, número 3, pp. 39-84.

MEDINA, Graciela y otros

2002 «Testigos de Jehová». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires, número 2, pp. 651.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa

2004 «Responsabilidad civil en la procreación asistida». En FERRER, Francisco, Graciela MEDINA y María Josefa MÉNDEZ COSTA (directores). *Código Civil comentado. Derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

MISTRETTA, Patrick

2001 «Le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de Santé». *La Semaine Juridique*. París, número 43-44, pp. 1973 y ss.

2002 «La loi 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation». *La Semaine Juridique*. París, número 24, pp. 1075-1083.

2003a «La loi n° 2002-1577 du 30/12/2002 relative à la responsabilité civile médicale. Premiers correctifs de la loi 2002-313 du 4/3/2002». *La Semaine Juridique*. París, número 5, pp. 57 y ss.

2003b «L'indemnisation des victimes du vaccin contre l'hépatite B: conditions de la responsabilité du fabricant». *La Semaine Juridique*. París, número 43-44, pp. 1873 y ss.

2003c «Que reste-t-il de l'indemnisation des parents d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique?». *La Semaine Juridique*. París, número 26, pp. 1214 y ss.

MOSCARINI, Lucio

2005 «Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere». En VARIOS AUTORES. *Procreazione assistita: problemi e prospettive*. Roma: Schena, pp. 395-408.

NOCCO, Luca

2005 «Il nesso di causalità materiale, la probabilità logica e la ritrovata (?) centralità della colpa in responsabilità sanitaria». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 10, número 10, pp. 1015-1026.

ORRÙ, Silvia

2004 «La responsabilità del medico e/o dei terzi per la nascita indesiderata». En CENDON, Paolo (editor). *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*. Tomo II. Cedam: Padua.

ORTEGA Y GASSET, José

1996 «Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía». Madrid.
Revista de Occidente.

PACIA, Romana

2006 «Procreación y responsabilidad». *La Ley Gran Cuyo*. 295.

PAILLET, Michel

1999 «L'enfant préjudice devant le juge administratif et la dignité de la personne».
En PEDROT, Philippe (coordinador). *Étique, droit et dignité de la personne*.
Mélanges Christian Bolze. París: Economica, pp. 161-279.

PALMERINI, Erica

2005 «La vita come danno? Non... si... dipende». *La Nuova Giurisprudenza*
Civile Commentata, año XXI, número 3.

PARENTE, Ferdinando

2005 «Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione». *Rassegna di*
Diritto Civile, volumen VI, número 4, pp. 1003-1025.

PARICARD-PIOUX, Sophie

2003 «Loi de validation: L'Assemblée plénière se prononce et ne convainc pas».
Le Dalloz. París, número 25, pp. 1648-1654.

PASQUINELLI, Chiara

2005 «La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso
causale per i danni da nascita indesiderata». *La Nuova Giurisprudenza*
Civile Commentata. Padua, año XXI, número 3, pp. 559-569.

PERON, Sabrina

2005 «La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata».
Responsabilità Civile e Previdenza. Milán, volumen LXX, número 2.

PICONTO NOVALES, Teresa

2000 *En las fronteras del derecho. Estudio de casos*. Madrid: Dykinson.

PINNA, Alice

2005 «Naceré sani o non naceré: la Cassazione nega l'essistenza di un tale diritto».
Contratto e impresa. Padua, volumen 21, número 1, pp. 1-49.

PRADEL, Xavier

2004 *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*. París: LGDJ.

PREVOT, Juan Manuel

2005 «Responsabilidad por infecciones hospitalarias». *Responsabilidad Civil y*
Seguros. Buenos Aires, año VII, número 10.

- PREVOT, Juan Manuel y Rubén Chaia
2005 *La obligación de seguridad*. Buenos Aires: Hammurabi.
- QUADRI, Enrico
2004 «Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze resenti e prospettive». *Responsabilità Civile e Previdenza*. Milán, volumen LXIX, número 2, pp. 319-339.
- RADE, Christophe y Olivier Dubos
2000 «La pilule du lendemain exclue des établissements scolaires. A propos de CE, 30/6/2000, Association Choisir la Vie». *Le Dalloz*. París, número 26, pp. 545-549.
- RIBOT IGUALADA, Jordi
2004 «Nota crítica. The Impact of Social Security on Tort Law». *Anuario de Derecho Civil*, volumen LVII, número IV, pp. 1584-1598.
- ROSSETTI, Marco
2001 «Errore, complicità e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia». *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 6, número 1, pp. 12-22.
- SAMBRIZZI, Eduardo
2001 *La procreación asistida y la manipulación del embrión*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SEBASTIO, Giovanna
2004 «Le malformazioni del feto». En CENDON, Paolo (editor). *Persona e danno*. Milán: Giuffrè, tomo II, pp. 1147 y ss.
- SERIAUX, Alain
2002a «“Perruche” et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification». *Le Dalloz*. París, número 25, pp. 1996-2000.
2002b «Jurisprudence Perruche: une proposition de loi ambiguë». *Le Dalloz*. París, número 7, pp. 579-580.
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis
2001 «Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida: especial referencia a los menores». *Revista General del Derecho*. Valencia, número 676-677, pp. 71-86.
- SIMONE, Roberto
2002 «Danno alla persona per nascita indesiderata». En *Danno e Responsabilità*. Milán, volumen 7, número 5, pp. 469-404.

- 2003 «Dalla nascita indesiderata al diritto alla scelta». *Il Diritto di Famiglia e delle Personne*. Milán, volumen 32, número 4, pp. 1148-1160.
- TAPIA, Mauricio
- 2005 «Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico. Perjuicio de nacer. Otros problemas actuales en el derecho francés y chileno». *Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, año VII, número V, pp. 95-129.
- TAYLOR, Simon
- 2005 «L'indemnisation du risque thérapeutique en droit anglais et la possibilité d'un rapprochement des systèmes européens». *Revue Internationale de Droit Comparé*. París, volumen 57, número 3, pp. 717-732.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto
- 2002 «Responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias». En *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Segunda edición. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 145 y ss.
- VIGNALI, Carla
- 2005 «Inesatta esecuzione di attività di diagnosi e di intervento prenatale: profili di responsabilità». *Responsabilità Civile e Previdenza*. Milán, volumen LXX, número 3, pp. 903 y ss.
- VINEY, Geneviève
- 1997 *L'indemnisation des accidents médicaux*. París: LGDJ.
- VINEY, Geneviève y Patrice Jourdain
- 1997 «L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?». *La Semaine Juridique*. París, número 17, pp. 4016 y ss.
- 2001 «L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation». En CARVAL, Suzanne (editora). *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*. París: Universitaire de France, pp. 395 y ss.
- WAGMAISTER, Adriana
- 2001 «Responsabilidad y fecundación asistida». En AMEAL, Oscar (director) y Silvia TANZI (coordinadora). *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje a Roberto López Cabana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 457 y ss.
- ZANNONI, Eduardo
- 1998 «El daño genético y por transmisión de enfermedades». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires, número 1, pp. 143-164.