



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica



¿DERECHO A INTERRUMPIR EL EMBARAZO O DEBER A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO?

A veces la excesiva abstracción de las argumentaciones jurídicas puede llevar a situaciones de incoherencia factual. La solución a la cual ha llegado la Asamblea plenaria de la Cour de Cassation al “affaire Perruche” es emblemática. Ha reconocido legítima la pretensión del nacido-no-sano a pedir una indemnización del daño por el hecho de su nacimiento. Un caso similar ha sido recientemente analizado y decidido por las Secciones Unidas de la Casación italiana.

Mariarosaria Giongati (redattore Vincenzo Cicale)

PUBBLICO - COSTITUZIONALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Publicato, Giovedì 7 Luglio 2016

1. Algunos interrogativos de matriz bioética

¿Qué rol juega “la casualidad” en la vida de las personas? ¿En base a qué el hombre organiza su existencia? ¿Es mejor vivir conociendo su muerte o morir en la ignorancia? ¿Conocer su porvenir es una ocasión, una necesidad del hombre para organizar mejor su partida, o una condena, la ejecución de una pena capital que el médico de cabecera anuncia con tal mística ciencia? ¿El hombre es más libre de determinar su existencia conociendo o ignorando su estado de salud? ¿Conociendo o ignorando su muerte? ¿Hasta que punto la medicina puede indagar sobre el hombre y comunicar al enfermo su expectativa de vida?

Estas preguntas, que encontrarían tantas respuestas cuantas serían las personas a las que se las podrían hacer. El médico de cabecera es el poseedor absoluto de un inmenso poder ideológico, el poder de diagnosticar con “certeza científica” (basándose en datos empíricos que no siempre llegan a conclusiones exactas) el estado de salud de los individuos que habitan la sociedad. Sin embargo si es muy complejo tratar de argumentos definidos en el álveo del “término de la vida”, entendible también a la medida que una situación, más o menos larga de agonía, por la cual el individuo es “condenado a morir de la previsión médica”; sin embargo más complejo es el tema que interesa el **final del empiezo de la vida**. Un juego de palabras para definir la condición del nasciturus que en realidad no quería nacer. Si en la mayor parte de las veces y en casos extremos es el individuo, en su personalidad, que elige la muerte, o que su familiares, el tutor, pueden elegir por el – si imposibilitado – en la base de las experiencias de vida desde hasta ahora vividas; muy problemático es el caso, no excepcional, de la madre que elige por el hijo antes de que éste nazca.

Podría parecer una polémica, ya quizás vencida por la normativa en vigor sobre la interrupción del embarazo, pero no es así. No se trata *sic et simpliciter* del derecho de la embarazada de interrumpir el embarazo dentro de los noventa días consentidos, pero de la extrema influencia ejercitada por la ciencia médica en el ámbito del ejercicio de ese

derecho. ¿Desde cuál momento empieza el derecho de la persona a autodeterminarse libremente? ¿Desde cuál momento la materia orgánica y viviente puede definirse persona? La orientación de la Corte constitucional italiana es excesivamente incierta. En las moras del juicio sobre el equilibrio entre los derechos de la madre y del hijo la corte constitucional se expresa en estos términos: “*no existe equivalencia entre el derecho no sólo a la vida pero también a la salud de **quien ya es persona**, como la madre, y la defensa del embrión que no es persona*”. Con esta definición parece surgir la tesis según la cual la personalidad no puede ser atribuida al feto, *rectius* al embrión, que persona tiene que hacerse. Así que resulta clara la complejidad definitoria ínsita en constatar empíricamente desde cual momento el feto no es solo *zoé*, pero empieza a calificarse en la dimensión del *bios*.

Aunque el embrión y, más en general, el feto, encuentren autónoma tutela en el ordenamiento jurídico, la problematización ligada a la personalidad y a la autodeterminación encuentran una zona de sombra, por algunas maneras, impracticable. Conforme a la ley sobre la interrupción del embarazo, pasados los primeros noventa días, el feto tiene que nacer, excepto si hay algún riesgo físico y psíquico de la embarazada. Sin embargo no es pacífico retener que el feto tiene el derecho de nacer sano, parece que dentro de los noventa días la embarazada tiene la potestad de elegir el destino del nasciturus, en el caso de que sacara anomalías o malformaciones que podrían comprometer la libre expresión de la personalidad del feto, la norma no considera el obrar de la madre en función del interés del “futuro hijo” (eso sería peligroso y se verá), sino a tutela del estado de salud de la embarazada, la disposición citada hace referencia a aquellas “*circunstancias por la cual la prosecución del embarazo, el parto o la maternidad implicarían un serio peligro para su salud física o psíquica [...]*”.

1. Indicaciones a la jurisprudencia “consolidada” de la Corte de Cassación

En jurisprudencia la cuestión parece ser más intrincada. Se evita el análisis de aquellos casos en los cuales la mujer puede o no puede interrumpir el embarazo, antes o después de los noventa días, resulta muy interesante interrogarse sobre la cuestión de la

legitimación del nacido a pretender la indemnización del daño, c.d. daño de nacimiento indeseado, a cargo del médico que – con su incumplimiento – ha privado la embarazada de la posibilidad de acceder a la interrupción del embarazo. De hecho la Tercera Sección Civil de la Corte de Casación recientemente se ha encontrado en la dificultad de recibir los recursos de los menores, representados por los padres, a pretender la indemnización del daño de nacimiento indeseado. Es posible relevar dos diferentes corrientes interpretativas que constituyen la jurisprudencia de legitimidad sobre ese argumento.

Una primera orientación, más que consolidada, excluiría la legitimación del nacido a pedir la indemnización del daño, así como ya establecido, sobre la base de la inexistencia, al interior de nuestra orientación, de un “derecho a no nacer”, o más específicamente, de un “*derecho de no nacer, si no sanos*”. En este sentido, la sola existencia de malformaciones del feto, sin considerar la salud de la embarazada, legitimaría el **aborto eugenésico**; además el derecho de la madre de interrumpir el embarazo se traduciría en un deber, en una obligación que de otra manera expondría la embarazada a una responsabilidad (patrimonial) con respecto al hijo nacido.

Otra posición, más reciente, ve la legitimación activa del nacido-no-sano, a pretender la indemnización del daño a cargo del médico, no en la base de situaciones subjetivas relativas al hecho del nacimiento o de la discapacidad, “al nacimiento y a la *futura vida discapacitada* entendida en su amplia acepción funcional, cuya diversidad no es discriminada en un juicio metajurídico de valor negativo entre nacimiento y no nacimiento, pero sólo *tutelada, respectada y aliviada por la indemnización.*”. Se concluye que el interés jurídicamente defendido es lo que permite al menor de aliviar, con la indemnización, su condición de vida, destinada a una no libre exteriorización.

Sin embargo esta orientación no es muy convincente: si la indemnización obtenible por el nacido-no-sano tiene una función “benéfica” y es dirigido a “aliviar” la desfavorecida condición de vida en su amplia acepción funcional, se podría deducir que en un plan igualitario habría discriminación entre el “nacido-no-sano de madre no bien informada”,

que podría obtener la indemnización lenitiva, y el “nacido-no-sano de madre bien informada”, que, en las mismas condiciones, no puede pretender la indemnización, como entendido en la primera orientación, implicando una responsabilidad patrimonial de no aborto imputable a la madre. En tal orientación la pretensión de indemnización del nacido-no-sano se orienta a cargo de la madre, que no interrumpió el embarazo, la cual podrá asirse solo a la situación de la “no correcta información”, haciendo así gravitar la responsabilidad sobre el médico de cabecera.

Las argumentaciones avanzadas por la Corte no parecen proveer a estas criticidades y el “deber lingüístico de no afirmar nada que pueda (llevar el individuo) a predicar si mismo como inexistente”, invocado a fin de salvar la embarazada de la *liability trap*, parece no ser satisfactorio. *Carnelutti* – en un comentario a la sentencia del 1950 que reconoció al menor erodoluetico el derecho a la indemnización del daño con respecto a sus padres por el hecho de su concepción – afirmó que “*sin el incumplimiento* el supuesto dañado no habría más sino menos de lo que tiene porque *no sería nada*”. En esta orientación no es admisible invocar un principio de *coherencia lingüística* con el fin de evitar que la embarazada caiga en la temible *liability trap* de “nacimiento indeseado”, parece necesario no relativizar esta construcción ficticia, determinando con firmeza la no existencia de un derecho en cabo del nacido-no-sano de pretender la indemnización del daño por su nacimiento.

1. La decisión de las Secciones Unidas

El 22 de Septiembre del año pasado, las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana decidieron sobre la cuestión de la “*responsabilidad médica de nacimiento indeseado*”, para poner un fin al conflicto jurisprudencial. ¿ El nacido-no-sano puede o no puede pretender la indemnización de daño al médico que, por el hecho de no haber bien informado la embarazada sobre el estado de salud del nasciturus, es responsable del hecho de su nacimiento?

Los magistrados del tribunal supremo han respondido negativamente. El núcleo central de la ponderación fue el de la legitimación a actuar de quien, al momento de la conducta del médico, no era sujeto de derecho, a la luz de principio consagrado del primer artículo del Código Civil. Sin embargo el argumento aparentemente impeditivo no se revela insuperable – sigue la Corte – dado que anteriormente la misma jurisprudencia de legitimidad ya ha opuesto que el derecho a la indemnización, que fue originado de hecho anteriormente al nacimiento, llega a ser actual y accionable después el nacimiento del sujeto.

Se admite a este punto la admisibilidad de la acción del menor, dirigida a la indemnización de un daño que asume injusta, provocado dentro de la gestación, se necesita escrutar el acontecimiento dañoso consistente en la conducta omisiva del médico que no ha puesto la embarazada en las condiciones de interrumpir el embarazo. Los jueces en el mérito excluyen la existencia del concepto de daño-consiguiente consagrado al **art.1223 cod.civ.** y que se puede resumir, con expresión empírica, en el *haber menos* a séquito del ilícito, porque en el caso específico el daño resultaría liado a la misma vida del niño y la ausencia del daño a su muerte. Nada cambia considerando también norma primaria el **art.2043 cod.civ.**: la Corte observa que falla desde el principio el concepto de “daño injusto” no pudiendo hablar de un “derecho a no nacer si no sanos”, en la misma medida en la cual no sería configurable un “derecho al suicidio”, accionable contra quien busque impedirlo.

En un punto de la sentencia, pasadas en análisis algunas orientaciones de la jurisprudencia extra-nacional, la Corte hace seña al *affaire Perruche* – que había reconocido el derecho a la indemnización *ex delicto* a un nacido afecto de una grave enfermedad, no diagnosticada durante el embarazo – refiriéndose a la evolución normativa seguida en Francia a la sentencia de la *Cour de Cassation*. Con la c.d. *Loi Koucheri* – siguen los jueces – se han “*perentoriamente reafirmados los cánones tradicionales [...] prescribiendo que nadie puede hacer valer un prejuicio captante del hecho del nacimiento y que la persona nacida con discapacidad debido a culpa médica*

*puede obtener la indemnización [solo] cuando el acto culposo ha provocado directamente o ha **agravado** la discapacidad, o no ha permitido prender medidas que sean capaces de atenuarlo.”*

Es clara la posición asumida por los jueces de legitimidad: el nacido-no-sano no es legitimado a pedir la indemnización del daño al médico que, con su omisión informativa, no había puesto la embarazada en las condiciones de interrumpir el embarazo. Sin embargo se deduce que se queda el derecho a la indemnización del daño al nacido-no-sano si la conducta culposa del médico provado haya procurado daños “evitables”, excluyendo entre estos, el nacimiento, porque el hecho de haber nacidos no puede ser un daño resarcible. No podría ser de otra manera. Admitir la legitimación del nacido-no-sano a pedir la indemnización del daño por su nacimiento conduciría a la peligrosa deriva del “**aborto eugenésico impuesto**”, derivante de un deber implícito al aborto en capo a la embarazada, que – si a conocimiento del ser no sano del nasciturus que lleva en el seno – podría ser sujeta en futuro a una acción resarcitoria avanzada por su hijo por el hecho de haber nacido.