

# ¿El perjuicio de haber nacido? El affaire perruche de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación y una reciente sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna



**JOSÉ LUIS GABRIEL RIVERA**

Profesor de la Maestría con mención en Derecho Civil y del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP),  
Magíster en Derecho por la Universidad de Lorraine (Francia) y Derecho Comparado por la Universidad de Strasbourg (Francia).  
Miembro de la Asociación Henri Capitant (Sede París).

## SUMARIO:

- I. Los hechos.
- II. El arrêt de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación.
- III. Precisiones de índole terminológico.
- IV. Si desde un punto de vista fáctico se han dado las condiciones necesarias para este tipo de controversias en nuestra sociedad:
  - 4.1. El caso de la Clínica "Concebir";
  - 4.2. El caso de la Osteogénesis.
- V. Si desde un punto de vista jurídico se han dado las condiciones necesarias para brindar tutela a este tipo de controversias en nuestro ordenamiento jurídico:
  - 5.1. El perjuicio;
  - 5.2. La relación de causalidad.
- VI. Las consecuencias:
  - 6.1. Dentro del campo de la Salud;
  - 6.2. Dentro del campo legislativo.
- VII. Los desvarios reparatorios.



*"Una ley sin jurisprudencia pertinente es como un esqueleto sin músculos. Y los nervios son las doctrinas dominantes"*

(Rabel Ernest,

*"Tarea y necesidad del Derecho Comparado"*)

## I. LOS HECHOS

Es menester comenzar presentando el famosísimo *arrêt* Perruche de la *Assemblée Plénière de la Cour de Cassation* del año 2000 la cual fue convocada para resolver una situación de fondo por demás delicada –dada la connotación ética, filosófica, jurídica, social, entre otras– y que versó sobre la posibilidad de otorgar un resarcimiento a un niño que nació con serias afecciones físicas que lo imposibilitarían –indudablemente– de por vida, debiendo determinarse –para el caso concreto– si es que *el haber nacido* podría o no configurarse como un *daño*. De más está decir que este caso mantuvo en vilo a la sociedad francesa de la época<sup>1</sup>.

Los hechos tuvieron lugar cuando la menor hija de los esposos Perruche (Christian y Jossette Perruche) presentó los síntomas propios de la rubeola. Hasta este punto todo se desarrolló con (aparente) "normalidad", pues se tenía una pequeña hija de cuatro años de edad afectada con dicha enfermedad y que fue llevada al médico para ser atendida, el doctor Ponnoussamy. Un mes después de ocurridos estos hechos, la señora Jossette Perruche –quien quedó embarazada– comenzó a presentar los síntomas que evidenciarían que también sería portadora de la rubeola.

Cabe precisar que si bien el contagio de dicha enfermedad no sería grave para la madre (esto es, la señora Perruche), sí lo sería para el feto que estaba formándose en su vientre, pues el concebido nacería con serios problemas neurológicos, cardíacos, de visión, entre otros. Ante la posibilidad de tan aciago escenario, la señora Perruche expresó al doctor Ponnoussamy su firme deseo de abortar el niño que estaba esperando en caso ella hubiere sido contagiada con dicha enfermedad<sup>2</sup>.

Así pues, se practicaron los exámenes médicos respectivos en el Laboratorio de Biología Médica a fin de determinar si, en efecto, la señora Perruche había sido contagiada con la rubeola. Sin embargo, a raíz de una mala apreciación de los resultados por parte del personal del laboratorio se informó al médico tratante –que no realizó mayores análisis para un mejor estudio del caso– y quien, a su vez, afirmó a la señora Perruche, que ésta no presentaba la enfermedad de la rubeola por lo que, consecuentemente, no habría peligro alguno de contagio para el feto que estaba formándose en su ser.

Algunos meses después, para ser más precisos, el 14 de enero de 1983, nace Nicolas Perruche, quien presentó todas las consecuencias aciagas que la rubeola puede causar en un recién nacido.

En base a dichos acontecimientos, los esposos Perruche interpusieron una demanda (a título personal y en representación de su hijo) contra el doctor Ponnoussamy y contra el Laboratorio de Biología Médica para que de manera solidaria respondan por el perjuicio que se les había

1. Por ejemplo, *Le Parisien*, en su edición de 18 de noviembre de 2000, nos informaba de la siguiente manera: "la decisión de la *Cour de Cassation* reunida en *Assemblée Plénière* del día de ayer ha tenido un efecto bomba".

Asimismo, *Libération*, en su edición de 18 de noviembre de 2000, nos señalaba que: "seis líneas fueron suficientes luego de diez años de proceso. Seis líneas a través de las cuales *l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation* –la más alta instancia de la más alta jurisdicción– decidió, ayer viernes, la indemnización de Nicolas Perruche".

2. En Francia existe la *interruption volontaire de grossesse* (IVG) o la *interruption volontaria del embarazo*, que puede ser practicada a libre elección de la madre hasta el final de la 12ª semana de embarazo y cuyos gastos incluso son cubiertos por la Seguridad Social. La Ley N° 75-17 de 17 de enero de 1975 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo (o también conocida como "Loi Veil", llevando el apellido de la Ministra de Salud de la época que preparó dicha norma) ha sufrido una reciente modificación el 4 de agosto de 2014 eliminando el estado de angustia (*détresse*) como requisito para acceder a un IVG.

causado tanto a ellos como a su recién nacido Nicolas. Cabe precisar que la *Cour d'Appel* de París<sup>3</sup> mediante *arrêt* de 1993 reconocerá a la señora Perruche la suma de 50 000 francos por el hecho que la información errada que le fue proporcionada por el médico le impidió materializar su derecho a abortar a su hijo.

Sin embargo, respecto del "perjuicio" causado a Nicolas la *Cour d'Appel* de París afirmó que, técnicamente, las consecuencias de la enfermedad tuvieron como origen la rubeola que le fue contagiada por su madre, descartándose, por ende, (y ante la ausencia de una relación de causalidad cierta) algún tipo de resarcimiento.

Vendrán así diecinueve largos años de litigio<sup>4</sup> ante las cortes francesas en los que se discutirá –concretamente– la existencia de un

posible perjuicio causado a Nicolas por el solo hecho de haber nacido con las consecuencias de la rubeola en su cuerpo. Cabe señalar que luego de diversos valvenes en los que dos Cortes de Apelación analizaron esta pregunta concreta, finalmente, será mediante *arrêt* de l'*Assemblée Plénière de la Cour de Cassation* que se concedió un resarcimiento en favor de Nicolas Perruche.

## II. EL ARRÊT DE LA ASAMBLEA PLENARIA DE LA CORTE DE CASACIÓN

Es importante precisar que hasta antes de la emisión del famoso *arrêt* Perruche, la jurisprudencia francesa –para los casos similares– ya había establecido algunas decisiones en las que iban delineándose la perspectiva a seguir con posterioridad<sup>5</sup>.

3. Hay unas breves observaciones a este *arrêt de la Cour d'Appel* de París elaboradas por PENNEAU, Jean, "cuando el hecho culposo cometido por un médico durante un embarazo no tiene incidencia alguna sobre el estado patológico del niño cuando aquel nazca, pero, priva estrictamente a la madre de la posibilidad de interrumpir eventualmente su embarazo, el solo perjuicio reparable es aquel perjuicio sufrido por la madre a raíz de este nacimiento" en *Recueil Dalloz*, 1995, p. 98.
4. La duración del proceso se explica por motivos exclusivos de la organización judicial francesa. Así pues, el *arrêt* de la *Cour d'Appel* de París de 1993 fue llevado a Casación en 1996, en dicha oportunidad el Colegiado estableció la responsabilidad del médico y del Laboratorio y ordenó que una distinta Corte de Apelación resolviera el caso atendiendo a los criterios que en Casación se habían postulado. Sin embargo, la *Cour d'Appel* d'Orleans –esto es, la nueva Corte que fue designada para resolver la materia– rechazó mediante *arrêt* de 1999 los criterios establecidos por la Corte de Casación en 1996. Ante este hecho y dado que se planteó recurso de Casación contra la decisión de la *Cour d'Appel* d'Orleans (que operó como segunda instancia nuevamente) la Corte de Casación llamó a l'*Assemblée Plénière* (conformada por los miembros de todas las Salas) la cual dirimió de manera definitiva el caso concreto.

Ahora, me esfuerzo por explicar el funcionamiento judicial francés, no sólo para facilitar el entendimiento de las particularidades del proceso galo al lector, sino, además, para **evidenciar** como en Francia –donde se creó la Corte de Casación– **nunca nadie se ha atrevido a afirmar** que los *arrêts* dictados por la *Cour de Cassation* misma o su conformación especial (esto es, l'*Assemblée Plénière*) tienen carácter vinculante (!). Precisamente, el hecho que un órgano jurisdiccional pueda apartarse de una decisión de su superior –de manera debidamente fundamentada– le concede al Derecho la dinámica esencial que nos hace saber que el Derecho está vivo y evoluciona.

5. Por ejemplo, el *arrêt* de la 1ra Sala Civil de *Cour de Cassation* de 16 de julio de 1991, en el que la señora "X" demandó la *perdida de la chance* de su hija de poder nacer sana, toda vez que los diferentes doctores ante los cuales pasó consulta no le practicaron –en sus respectivas oportunidades– el examen serológico de rubeola que hubiere detectado la enfermedad que lastimosamente pasó a su hija estando embarazada (DORSNER-DOLIVET, Annick, "Responsabilité Civile (comentarios)" En: *La Semaine Juridique - Édition Générale*, París, N° 47, 18 de noviembre de 1992, II, 21947. O, el *arrêt* que fue visto por el *Conseil d'État* en el año 1997, en el cual se condenó al *Centre Hospitalier Régional de Nice* a pagar la suma de 5 000 francos como renta mensual en favor del menor de nombre Mathieu quien nació con una trisomía 21 (esto es, *síndrome de down*) el cual no fue detectado en la *amniocentesis* (prueba prenatal en la que se extrae líquido amniótico) practicada a la madre de 42 años quien, precisamente, recurrió a dicho nosocomio a efectos de descartar toda posible complicación con el feto que llevaba en su vientre dado que la señora ya había pasado los 40 años de edad, v. el *arrêt* de 14 de febrero de 1997 en su integridad en «[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)».

Sin embargo, vale la pena remarcar –tal y como evidencian la Profesora Viney y el Profesor Jourdain<sup>6</sup>– que los pronunciamientos respecto de este tipo de casos han sido bastante disimiles, pues para los daños que resultan del hecho de vivir (*wrongfull life*) se gestaron dos tendencias en Francia: a) una primera a favor del resarcimiento del menor como fueron, por ejemplo, los dos *arrêts* del 26 de marzo de 1996 y b) una segunda, que a su vez, se oponía a dicho tipo de resarcimiento como, por ejemplo, el *arrêt* del *Conseil d'État* de 14 de febrero de 1997.

En ese sentido, podríamos decir que la virtud del *affaire Perruche* consistió en llamar la atención (a escala macro) sobre este tipo de perjuicios y establecer, en consecuencia, una línea jurisprudencial más sólida la cual, evidentemente, no era, no es, ni será vinculante, pero sí referencial (ello lo decimos, pues la Corte puede emitir un nuevo pronunciamiento y apartarse de él sin mayores problemas, **sin la necesidad de estar obligadas** a seguir una sentencia anterior).

Así pues, luego del largo proceso judicial –y reenvío de Casación de por medio<sup>7</sup>– l'*Assemblée Plénière* de la *Cour de Cassation* señaló, en sentencia de 17 de noviembre de 2000, lo siguiente:

"(...) dado que la culpa cometida por el médico y el laboratorio en la ejecución de su contrato celebrado con la señora Perruche le impidieron ejercer su elección de interrumpir el embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño con discapacidades (*handicap*), *éste último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de esta minusvalía (...)*"<sup>8</sup> (las cursivas y el subrayado son nuestros).

Este párrafo de la sentencia es importante, pues evidencia para el caso concreto que:

- a) Se habría causado un perjuicio a la señora Perruche, pues con la mala información del laboratorio y del médico se le impidió ejercitar la posibilidad de elegir entre el aborto o la vida del niño (en este punto se reconoce que se afectó la posibilidad de elección de la madre y que, por ende, hay un perjuicio por reparar<sup>9</sup>).
- b) Se habría causado un perjuicio a *Nicolas Perruche*, pues por el hecho de haber nacido con las diversas discapacidades [*handicap*] propias de la enfermedad que lo aquejan, éste se encontraría legitimado para solicitar la respectiva reparación a los responsables. Es en este punto donde empiezan los cuestionamientos éticos, jurídicos, religiosos, sociales, entre otros, pues ¿cómo podría considerarse el hecho de nacer (ciertamente con discapacidades), pero en el fondo el hecho de nacer un perjuicio?

Ahora, dentro de una perspectiva de Derecho Comparado, el caso Perruche no sólo ha cobrado una relevancia evidente en Francia, sino también en los demás países europeos –e incluso algunos latinoamericanos–, pues ellos han mirado con atención los desarrollos jurisprudenciales de la *Cour de Cassation*. En ese sentido, cuan ciertas son las palabras del profesor Rodolfo Sacco cuando afirma que los modelos normativos se difuminan o circulan hacia otros países por imposición o prestigio<sup>10</sup>. Nosotros –adaptando esta perspectiva a los hechos– nos permitiríamos precisar que

6. VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. "Les conditions de la responsabilité". En: GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de Droit Civil*. Paris: Librairie Général de Droit et Jurisprudence, tercera edición, 2006, Vol. IV, pp. 19-29.

7. *V. supra nota* 5.

8. *Assemblée Plénière de la Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000, N° de Recurso 99-13.701, en «[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)».

9. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. "Le principe indemnitaire et l'affaire Perruche". En: *Médecine & Droit*, Paris, N° 54, 2002, pp. 2-6.

10. SACCO, Rodolfo. "Legal Formants: A dynamic approach to Comparative Law (Installment I of II)". En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, N° 1, pp. 1-34.

adicionalmente a las normas en concreto, *los modelos jurisprudenciales* (*rectius*, las sentencias) de las Cortes también son objeto de circulación. Claro está que tales sentencias extranjeras no serán insertadas o transplantadas<sup>11</sup> de manera directa en una sentencia nacional, pues cada sociedad posee sus particularidades y, ciertamente, cada Tribunal tendrá la oportunidad de delinear sus propios argumentos. Sin embargo, la línea directriz que establecen las “célebres” jurisprudencias con respecto a la resolución de un caso concreto tratarán de ser imitadas –en la medida de lo posible– dada la reputación de la Corte que las emitió o, en su defecto, servirán de punto de partida<sup>12</sup>.

En ese sentido, el *affaire Perruche* de la *Cour de Cassation* de Francia, el caso sobre los rollos de linóleo del *Reichsgericht*<sup>13</sup> de Alemania y el caso *Sindell v. Abbott Laboratories* de la *Supreme Court of California*<sup>14</sup> (DES) en los Estados Unidos de Norteamérica constituyen tan sólo *algunos* ejemplos significativos de este fenómeno de migración jurídica.

Volviendo al caso materia de estudio, es interesante reseñar la opinión de Sir Basil Markesinis<sup>15</sup> quien señala, acertadamente, que el *affaire Perruche* no constituye el primer caso que sobre este tipo de controversias ha sido resuelto por un Tribunal, pues anteriormente se encuentran muy interesantes jurisprudencias tanto en los países de la *Civil Law* (verbigracia, Alemania) y de la *Common Law* (verbigracia, Estados Unidos e Inglaterra). El comparatista anglo-griego –dentro de una perspectiva abiertamente crítica– se muestra bastante escéptico sobre el fondo y la forma de la decisión francesa, pues a su parecer no ha ido más allá de lo que comúnmente se hubiere resuelto en otros países.

Conocido el juicio del Profesor Markesinis sobre esta sentencia para el contexto europeo, nos preguntarnos si es que un análisis del caso *Perruche en clave de ordenamiento civil peruano* podría resultar productivo. Dicha inquietud es válida, pues tal vez en nuestro medio –lo veremos más adelante– ya se han ido gestando los presupuestos necesarios para el acaecimiento de este tipo de controversias. Téngase en cuenta

---

Aunque con antelación existen los estudios de los franceses RODIERE, René, “Approche d’un phénomène: les migrations de systèmes juridiques”. En: AA. VV., *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université de Sciences Sociales de Toulouse, 1978, pp. 929 y 930; GAUDEMET, Jean, “Les transferts de Droit”. En: *L’Année sociologique*, Paris, 1976, Vol. 27, pp. 29-59.

11. WATSON, Alan. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press, segunda edición, 1993, p. 30, quien precisa que “las recepciones y los trasplantes vienen en todas las formas y tamaños”. Se muestra contrario a la posición anterior y desarrolla la “glocalización” como respuesta LEGRAND, Pierre. “La hipótesis de la conquista de los continentes por el Derecho americano (o de como las circunstancias se apartan de la transferibilidad)”, traducción de José L. Gabriel Rivera. En: *Revista Jurídica Thomson & Reuters*, Lima, Año I, N° 30, pp. 17-21.
12. Por ejemplo, señala la influencia que tuvo el *affaire Perruche* en la decisión de la *Corte di Cassazione italiana*, sentencia de 29 de julio de 2004, n° 14488 CASSONE, Francesca. “Il danno da nascita indesiderata”. En: BELVEDERE, Andrea y RIONDATO, Silvio (al cuidado de). *La responsabilità in medicina*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, pp. 411-412. Para el caso argentino y sobre su eventual aplicación en dicho país: PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. “Puede el hecho de haber nacido constituir un daño resarcible? (Reflexiones desde el derecho argentino a propósito de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa)”. En: *Revista Derecho Privado*, Ediciones Infojus, Año 1, N° 1, 2012, pp. 113-128.
13. SCHMIDT, Jan Peter. “Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los «rollos de linóleo»”. En: *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, N° 24, 2013, pp. 329-334.
14. MURRAY, Richard P. “Sindell v. Abbott Laboratories: a market share approach to DES causation” En: *California Law Review*, Vol. 69, 1981, pp. 1179-1203; RUDA GONZALEZ, Albert, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, en «[www.indret.com](http://www.indret.com)»
15. MARKESINIS, Basil. “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”. En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 2001, p. 77 y ss.

que las consecuencias no serían menores, pues –si bien entendemos la complejidad del tema– estaríamos hablando de dar pie a la admisión de resarcimientos a “daños ocasionados por el nacimiento” por parte de tribunales peruanos. En ese sentido, en el punto 4 pasaremos a revisar si tanto desde un punto de vista fáctico como desde un punto de vista jurídico, nuestra sociedad y nuestro ordenamiento jurídico posibilitan decisiones como la del caso Perruche. Antes es necesario realizar una precisión terminológica.

### III. PRECISIONES DE ÍNDOLE TERMINOLÓGICO

Antes de dar paso a este análisis, es menester hacer una precisión de índole terminológica. La jurisprudencia –sobre todo la de *Common Law*<sup>16</sup>– emplea voces diversas a la hora de racionalizar las acciones que pueden tener lugar al presentarse este tipo de hechos.

En primer lugar, se tienen las demandas que *los padres presentan a título personal* para los casos en los que debido a un error médico se da a luz un niño que no es deseado, pero que se encuentra física y psicológicamente sano (en inglés, *wrongful pregnancy action* o *wrongful conception action*). Piénsese, por ejemplo, en los casos en los cuales se practica un aborto –por estar legalmente permitido– o un proceso de esterilización; sin embargo, a pesar de dicha práctica, el hijo o hija nace.

En segundo, se tiene los casos en los que *los padres demandan a título personal* al médico tratante debido a que por error (o descuido) o por una falta de información oportuna se da a luz un hijo que presenta alguna-as discapacidad-es (en inglés, *wrongful birth action*) no pudiendo

los padres abstenerse de la concepción o ejercer su “derecho” al aborto. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que no se realizan los exámenes necesarios para descartar cualquier tipo de problema en la concepción del futuro niño en la fecundación *in vitro*, o en los casos en los que no se detecta la rubeola en la madre teniendo como consecuencia que nueve meses después nace un infante con ciertas discapacidades.

En tercero, frente a estos dos tipos de acciones iniciadas por los padres, tenemos los casos en los cuales quien *incoa la acción es el propio niño* (claro está que representado por sus padres) quien a título personal demanda al médico buscando obtener una “reparación” por el hecho de haber nacido con problemas físicos o neurológicos. Nótese que en este tipo de casos el perjuicio sólo podía ser salvado evitando el nacimiento del niño, de allí que se hable de un perjuicio de nacer. En este tercer supuesto el actor es el propio niño por lo que a estas acciones se les denomina *wrongful life action*<sup>17</sup>.

Como bien habrá podido advertir el lector avisado, el caso *Perruche* versa, esencialmente, sobre la última de estas posibilidades, pues es el propio Nicolas Perruche quien solicita una “reparación”, lo cual justamente llama la atención de la Corte, pues el evitar el perjuicio (es decir, el no perjuicio) se hubiere evitado con el no-nacimiento del demandante).

Finalmente, pasando a una traducción de las expresiones inglesas evocadas líneas arriba hacia la lengua castellana, una traducción a tener en cuenta es la empleada por el Profesor León Hilario en un trabajo de necesaria consulta<sup>18</sup> quien refiriéndose a las *wrongful life* las ha denominado como de *vida “no deseada”* y

16. JACKSON, Anthony. “Action for wrongful life, wrongful pregnancy and wrongful birth in the United States and England”, En: *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Los Ángeles, Vol. 17, 1995, pp. 535-613.

17. Un interesante trabajo sobre las acciones por *wrongful life* y *wrongful life* puede consultarse en versión castellana en BUSNELLI, Francesco Donato. “Wrongful birth, wrongful life”. En: BUSNELLI, Francesco Donato, *Bioética y Derecho Privado. Fragmentos de un Diccionario*, traducción de Olenka Woolcott y Néivar Carreteros. Lima: Grilley, 2003, pp. 411-431.

18. LEON HILARIO, Leysser. “Responsabilidad civil, libertad de procreación y derecho de nacer sano”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Lima, T. 3, 2013, p. 177.

en el caso de las *wrongful birth* las ha denominado como de nacimiento "no deseada". Otra opinión, empero, ceñida a la literalidad de las expresiones, es empleada por el Fiscal García Huayama<sup>19</sup> quien respecto de las *wrongful life* emplea la expresión de vida "injusta" y respecto de las *wrongful birth* las denomina como de nacimiento injusto.

Nótese como una sola palabra puede tener interpretaciones diversas. Ciertamente, como bien ha señalado el Profesor belga François Ost: "difícilmente encontraremos el equivalente exacto de un concepto jurídico en un sistema extranjero"<sup>20</sup> por lo que, personalmente, preferiríamos conservar las expresiones en su lengua original, y no porque una traducción al castellano sea *a priori* mala o pretendamos hacer alarde del conocimiento de idiomas, sino porque en este caso conservando la literalidad de la expresión conservamos el contenido de la misma. Sin embargo, dado que en nuestro medio pudiere devenir irreal que nuestros jueces empleen tales expresiones evidenciando que están al tanto del desarrollo de estos tópicos en otros sistemas, tomamos partido por la terminología nacimiento "no deseado" y vida "no deseada" propuesta por el Profesor León.

#### IV. SI DESDE UN PUNTO DE VISTA FÁCTICO SE HAN DADO LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA ESTE TIPO DE CONTROVERSIAS EN NUESTRA SOCIEDAD

Si consultásemos al ciudadano de a pie si tiene o ha tenido conocimiento de alguno de estos tipos de casos dentro de nuestra sociedad, pensamos que, muy probablemente, la respuesta será negativa, pues más allá de que en nuestro país ya se llevan a cabo procedimientos específicos de fertilidad y que el desarrollo de la medicina ha mejorado muchísimo, el caso concreto es que son prácticamente inexistentes las acciones judiciales sobre este tipo de pretensiones. Ello encuentra explicación, tal vez, en el hecho que hacer pública una pretensión en la cual se presenta –de alguna manera– al hijo como un problema o en el que éste mismo reclame un resarcimiento por haber nacido con minusvalías en su cuerpo (dando a entender que hubiere sido mejor el no-nacer) no sería, necesariamente, bien recibido por la sociedad o la judicatura en su conjunto.

Ahora, más allá de esta primera impresión, lo cierto es que en el Perú, al menos hasta donde hemos podido tener conocimiento, se han presentado tan sólo dos casos relacionados con este tipo de controversias los cuales podrían ser un signo de que en nuestra sociedad se presentan condiciones "fácticas" para este tipo de casos. Uno –relativamente mediatizado– y que constituye un claro ejemplo de *wrongful birth* que será analizado en un primer momento (4.1.), y, otro, en el que nuestros tribunales se han pronunciado (llegando a segunda instancia)

19. GARCIA HUAYAMA, Juan Carlos. "Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Las acciones de *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta)", En: *Revista Jurídica del Perú*, Lima, T. 146, 2013, pp. 199-212.

20. OST, François. *Le droit comme traduction*, Presses de l'Université de Laval Quebec, 2010, p. 18 Y al final de cuentas existe una paradoja, pues como señala el propio Profesor Ost: "Hemos podido evidenciar que si bien algunos términos de la *Common Law* han venido actualmente a 'contaminar' el francés jurídico, el origen de buena parte de estas expresiones ha tenido una derivación del (...) francés, pues prevaleció hasta el Siglo XVIII en Inglaterra una suerte de jerga jurídica de origen franco-normando que llegó con Guillermo el Conquistador".

En nuestro medio, con eminente claridad para su época, al referirse a la *Common Law* Rey de Castro señala: "Tort (de *tortius*, torcido) es un vocablo francés introducido en la lengua inglesa que conceptualmente se enclava en el significado de acto ilícito" REY DE CASTRO, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual. Estudio teórico y práctico del Derecho nacional y comparado*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972, p. 56.

21. Ver: «<https://www.youtube.com/watch?v=jwrAczQEjgM>», «<https://www.youtube.com/watch?v=-lprnsiRWJU>», «<http://www.youtube.com/watch?v=ziFoHYAFHU>».

sobre una pretensión de *wrongful life* que será analizado posteriormente (4.2.)

#### 4.1. El caso de la clínica "concebir"

De los informes televisivos encontrados en la Internet<sup>21</sup> y de las noticias publicadas por algunos diarios en sus respectivas *website*<sup>22</sup> hemos podido reconstruir el presente caso que, en concreto, trata de una menor que nace con Síndrome de Down luego de que sus padres siguieron un proceso de fecundación *in vitro* en la Clínica Concebir (en adelante, la Clínica). Así pues, el Sr. Rodríguez y su esposa, la Sra. Gonzales, quienes no habían podido ser padres desde que contrajeron matrimonio en el 2006, recurren en el año 2009 a la Clínica a efectos de poder ser padres mediante una fecundación *in vitro*. Cabe precisar que como primer paso se realiza una operación a efectos de eliminar un quiste en el ovario de la señora para poder tener una mejor posibilidad de éxito en la fecundación.

Ya en un segundo momento se procede a recoger los gametos de ambos padres para realizar la fecundación *in vitro*. De los hechos en su conjunto, se desprende que de los 5 (cinco) embriones que llegaron a fecundarse son finalmente 2 (dos) los que sobreviven y, justamente, son estos dos los que fueron implantados en el útero de la Sra. Gonzales. Nueve meses después de dicho

procedimiento nacen dos mellizas de la cuales una nace sin presentar mayores complicaciones, empero, la otra, nace con Síndrome de Down y con todas las consecuencias que dicha enfermedad acarrea<sup>23</sup>.

Lo que hemos podido advertir de las publicaciones mencionadas es que los padres afirman que hubo negligencia de parte de la Clínica (y en especial del doctor Vlásica quien tuvo como paciente a la Sra. Gonzales), pues se omitió realizar el diagnóstico genético preimplantacional necesario para saber si su futuro bebe estaba sano o no<sup>24</sup>. Por su parte, el médico sostiene haber aconsejado sobre la realización de dicho examen a los padres y que, en todo caso, escapaba a su esfera el que la madre se realice efectivamente este examen, pues luego de la novena semana de seguir el caso ya no atendió más a la señora Rodríguez, pues ella volvió a su lugar de residencia.

El padre de la menor señala que no se les informó de la posibilidad de realizar este examen y que de haber sabido los resultados, se habría podido evitar todos los males ocasionados a su hija<sup>25</sup> 26.

En concreto, y ya interpretando lo sostenido por los padres, lo que ellos quieren sostener en el fondo es que la Clínica no les ha informado correctamente (incumpliendo un deber de

22. Diario El Comercio, "Padre de bebe in vitro: ¿Cómo se sentiría si le dieran un producto fallado?" en «<http://elcomercio.pe/lima/sucesos/padre-bebe-in-vitro-como-se-sentiria-si-le-dieran-producto-fallado-noticia-667840>»; Diario El Comercio, "Caso de la bebe in vitro; madre reiteró que no le sugirieron prueba genética aunque médico ratifica que sí lo hizo", en «<http://elcomercio.pe/lima/sucesos/caso-bebe-in-vitro-madre-reitero-que-no-le-sugirieron-prueba-genetica-aunque-medico-ratifica-que-si-lo-hizo-noticia-669186>»; Diario La República, "Concebir' afirma no tener responsabilidad", en «<http://www.larepublica.pe/13-11-2010/concebir-afirma-no-tener-responsabilidad-0>».

23. Los padres remarcan que su hija sufre especialmente de males cardiacos y de hipertensión pulmonar.

24. En concreto, puede oírse la denuncia telefónica hecha por la madre a través de *El Comercio*, en donde la madre pide que la Clínica se haga responsable por el padecimiento que su hija sufre, pues ella sola no piensa en seguir con los gastos. Además, afirma que se le prometió un bebe sano y robusto., v. «[http://www.rpp.com.pe/2010-11-13-padres-de-bebe-in-vitro-denuncian-a-clinica-de-fertilizacion-noticia\\_310022.html](http://www.rpp.com.pe/2010-11-13-padres-de-bebe-in-vitro-denuncian-a-clinica-de-fertilizacion-noticia_310022.html)».

25. Ver reportaje del Programa Punto Final «<http://www.youtube.com/watch?v=WYkIksaz6A>».

26. Cabe precisar que tal y como la prensa ha presentado el caso, se estaría dando a entender que con este tipo de pretensiones los embriones podrían ser unos "productos defectuosos" (¿?). Puede verse una breve pero interesante opinión en CARDENAS RODRIGUEZ, Luis. "Embriones humanos: ¿productos defectuosos? (Editorial de la Revista). En: *Revista Jurídica del Perú*, Lima, N° 118, 2010, así como los artículos que siguen después y forman parte del Especial del mes.

información) lo que ha traído como resultado que se les prive de la posibilidad de decidir el destino de su futura niña (aquella que presenta el Síndrome de Down, ciertamente). Por lo que los padres estarían dirigiéndose hacia una acción por *wrongful birth* (o un nacimiento no deseado, en castellano).

Al respecto, cabe señalar brevemente que los expertos sostienen<sup>27</sup> que este tipo de exámenes preimplantacionales se realizan en *madres* con riesgo de tener hijos con enfermedades, es decir a las madres de más de 40 años y no, precisamente, a una futura mamá de 25 años en donde el riesgo es bastante menor como es el caso de marras. Precítese, además, que en Perú no existe una disposición legal que establezca la obligatoriedad de estos exámenes como en otros países<sup>28</sup>.

En todo caso, y viendo el caso concreto, será la autoridad jurisdiccional competente la que decidirá si se produjo dicha información por parte del doctor. Ahora, lo que a nosotros nos genera duda –y no responden ni el médico dueño de la Clínica, ni el padre de la niña<sup>29</sup>– es que hubiese pasado si al practicarse el examen preimplantacional se detectaba que el cigoto (es decir, la futura niña) presentaba el Síndrome de Down: ¿se le dejaba morir? o ¿se le descartaba (discriminaba) dando prioridad tan solo a una de las mellizas? Tengamos en cuenta que ya existe un ser en formación de por medio y que nuestra sociedad no necesariamente estaría a favor de descartar a un hijo tal y como se descarta un objeto sin valor.

#### 4.2. El caso de la osteogénesis

El segundo caso que traemos a colación, además, de tener una acción por *wrongful birth* (de los padres) presenta de manera casi “asolapada”, pero no menos importante, una acción por *wrongful life*: la del menor que *también* es parte del proceso de responsabilidad civil. A diferencia del caso “Concebir”, esta controversia ha sido llevada ante el Poder Judicial teniéndose, incluso, un pronunciamiento en segunda instancia<sup>30</sup>. Es más, hasta donde tenemos entendido, el caso ya ha sido derivado a la Corte de Casación a efectos de que este Tribunal el cual se pronuncie al respecto<sup>31</sup>.

Los hechos del presente caso consisten en que el señor Hermosilla –trabajador de la empresa Southern Perú Copper Corporation (en adelante, la Southern)– y su esposa, la señora Francisca Cusihuamán, recibían tratamiento de salud en el Hospital de Toquepala del Asiento Minero de Toquepala. La señora Cusihuamán quedó embarazada y fue atendida por el médico Juan Cerna Figueroa de dicho Hospital, siendo que en el año de 1985 dio a la luz a un niño que desde su nacimiento presentó encogimiento de extremidades inferiores así como deformidad en los arcos de muslos, fracturas en las costillas y miembros inferiores, lo que lleva a establecer que el niño ha nacido con la enfermedad conocida como Osteogénesis Imperfecta.

A razón de ello, los padres demandaron a la Southern y al médico Cerna Figueroa por los daños y perjuicios provocados y, además, actuando

27. SEPULVEDA, Soledad y PORTELLA, Jimmy. “Diagnostico genético preimplantacional: alcances y límites”. En: *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Lima, Vol. 58, N° 3, 2012, pp. 207-211.
28. Por ejemplo, en Francia el régimen jurídico ha regulado por los artículos L. 2131-4 y 2131-4-1 del *Code de la Santé Publique* y que fueron introducidos mediante la Ley 94-654 de 29 de julio de 1994. v. SERVICES DES ETUDES JURIDIQUES DU SENAT. “Le diagnostic préimplantaire” en «<http://www.senat.fr/lc/lc188/lc1880.html>». En Alemania, desde el 2011 se ha permitido el diagnóstico preimplantacional empero para determinados casos, la reforma ha sido a través de la “Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik” (Ley de reglamenta la preimplantación, en castellano).
29. Ver link del video del Programa punto final *supra* nota 19.
30. Se trata del Expediente N° 00001-2013 seguido ante la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna, el cual puede consultarse en la *website* del Poder Judicial «[www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)»
31. Para un análisis crítico de la sentencia de segunda instancia, ver LEON HILARIO. “Responsabilidad civil, libertad de procreación y derecho de nacer sano”. *Op. cit.*, pp. 175-180.

en representación de su hijo –repárese la sinonimia con el caso Perruche desde la perspectiva de los hechos– hicieron que *el menor intervenga en la demanda a título personal*, siendo parte del proceso de responsabilidad civil, pues no se detectó a tiempo una enfermedad grave, la cual hizo que naciera con minusvalías que lo acompañarán de por vida. Lo lamentable del caso es que con los pronunciamientos judiciales –tal y como han sido emitidos– se pierde una oportunidad de analizar lo que constituiría un caso peruano de *wrongful life*; es decir, si el menor, eventualmente, tendría un derecho al resarcimiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Volviendo al tema, según los demandantes, los daños se habrían producido pues no se recomendaron las pruebas de laboratorio necesarias para detectar la enfermedad y porque el hospital debió haber contado con los equipos necesarios para dar una debida atención. En ese sentido, en opinión de los demandantes, por una supuesta mala praxis médica se les debe reparar con 25 millones de euros y por daño moral, daño a la persona y a la libertad de elección se les debe reparar con otros 25 millones de euros.

Por su parte, la Southern a efectos de absolver el traslado señala que en la época en que se dieron los hechos, el hospital no contaba con los instrumentos necesarios para detectar dicho tipo de enfermedad. Entendiéndose de ello que lo competería ninguna responsabilidad.

Pero, ¿qué señalaron las diversas instancias judiciales sobre este caso? Al respecto, la Primera Instancia decidió declarar infundada la demanda, estableciendo entre otros que:

“(…) la gestante **no podría tampoco haber decidido** interrumpir dicho embarazo, pues **a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal,**

a través del artículo 120 en el año 1991.”<sup>32</sup> (las negritas y cursivas son nuestras).

A lo señalado por esta instancia nos viene una pregunta con relación al tenor de lo expresado por el juez del caso ¿es que acaso el *ad quo* está sugiriendo que los padres –en caso de haber podido conocer en dicha época de la enfermedad del niño– podrían haber decidido tomar partido por el aborto eugenésico de su hijo? Téngase en cuenta que *tanto ayer como hoy estamos hablando de un delito*. Sin palabras.

Por su parte, la Segunda Instancia se ha centrado más en el aspecto de que la enfermedad constituye en sí una herencia genética de los padres al niño, descartando de esta manera una posible relación de causalidad y, por ende, la identificación de un-os responsable-s. Al respecto, señala dicha sentencia:

“(…) si bien la enfermedad [del menor] persiste a la fecha, ello no significa que se deba al tratamiento médico dado, o porque no se haya realizado la ecografía o una amniocentesis, sino que se trata de una enfermedad congénita heredada por los genes de sus padres”<sup>33</sup>.

Ciertamente, las instancias que ventilaron el caso podrían haber aportado más para con esta causa. En todo caso, que la pretensión de los padres (*wrongful birth*) no podría ser declarada fundada, pues en ningún momento el aborto ha sido una opción para ellos (ni siquiera en la actualidad), descartándose en consecuencia que este “mal accionar” del hospital *les haya impedido ejercer su decisión de elegir entre “tener a su hijo” o “no tener a su hijo”*. Ciertamente, este argumento no puede siquiera postularse en el Perú, pues el aborto por “defectos” en los hijos no está permitido<sup>34</sup>. Ello sí funcionaría en países como Francia en donde el aborto (Interrupción voluntaria de embarazo -

32. Considerando Sexto de la Sentencia de Vista de fecha 12 de julio de 2013 de la Sala Civil de la Corte de Justicia de Tacna, p. 4.

33. *Ibid.*, p. 5.

34. En nuestro medio lo máximo que se ha permitido es el artículo 119 del Código Penal de 1991 el cual permite el

IVG<sup>35</sup>) está permitido desde 1975 y en donde una mala información obstaculiza esa libre decisión de los padres, tal y como se argumentó en el caso Perruche en Francia.

Ahora, sobre la acción del menor (*wrongful life*) consideramos que tampoco podría ampararse la pretensión, pues el nacer no consiste, técnicamente, un perjuicio. Y, entiéndase que no pensemos que el futuro niño no tiene derechos porque como podrían señalar algunos se trata de un mero embrión, sino que nosotros consideramos que amparar una pretensión por un "perjuicio de haber nacido con minusvalías" no es una peor opción frente a otra mejor opción que consiste en "el no-nacer del niño" (un "no-nacer" que podría ampararse como posibilidad en países donde está vigente el aborto).

Y, claramente, vuelve a repetirse dentro del contexto de este tipo de pretensiones la existencia de un presupuesto necesario: que el aborto *estuviere legalmente permitido*. En ese sentido, dado que la vida es lo que se consagra en nuestro ordenamiento jurídico, el "no-nacer" no es una opción, por lo que no se habría vulnerado el derecho del niño por un "perjuicio de haber nacido". Ahora, estas opiniones no tienen por finalidad de constituirse un imperativo, sino ofrecer una opinión conforme a la materialización de los hechos dentro de la sociedad peruana.

Finalmente, cabe señalar que si bien desde la perspectiva de los hechos se han presentado

en los últimos años dos casos relacionados con este tipo de pretensiones (en especial el segundo caso); lo cierto es que debemos analizar también si desde un punto de vista jurídico nuestras Instituciones presentarían problemas o darían libre cabida a la admisión de este tipo de pretensiones.

#### V. SI DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO SE HAN DADO LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA BRINDAR TUTELA A ESTE TIPO DE CONTROVERSIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Desde hace algunos años en el medio francés, el Profesor Loïc Cadiet<sup>36</sup> ha observado que dentro de los tribunales se ha ido gestando una "ideología reparatoria", esto es, que si bien la reparación ocupa un lugar importante dentro de la responsabilidad civil, el problema ha sido que este aspecto no ha cesado de aumentar hasta el punto de "apartarse" (o "independizarse") del Derecho de la responsabilidad civil evidenciando una multiplicación de los regímenes de responsabilidad civil sin atender a la efectiva responsabilidad que podría existir en el fondo. En ese sentido, también ha precisado el Profesor Denis Mazeaud que una excesiva tendencia reparatoria dirigida a *reparar todos los perjuicios* nos lleva, al final de cuentas, a un divorcio entre *indemnización y responsabilidad*<sup>37</sup>.

En efecto, la actualidad jurisprudencial francesa se caracteriza por ser bastante generosa con

aborto destinado a salvar la vida de la madre cuando sea el único medio o solución última. Y, atención, que cosa distinta es permitir un aborto porque el embrión presenta malformaciones: esto último aún no tiene asidero legal en el Perú.

Asimismo, cabe precisar que mediante Resolución Ministerial se aprobó la "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal", publicada en *El Peruano* el 28 de junio de 2014 que lo único que ha hecho es dar real y efectiva aplicación al mencionado artículo del Código Penal.

35. V. *supra* nota 2.

36. CADIET, Loïc. "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation". En: AA. VV., *Le Juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, París, 2000, pp. 495-510. En el mismo sentido, MEKKI, Mustapha, "La place du préjudice en Droit de la responsabilité civile". En: *Hokkaido Journal of New Global Law and Policy* (en inglés), Tokio, Vol. 5, 2010, pp. 151-200.

37. MAZEAUD, Denis, "Réflexions sur un malentendu". En: *Recueil Dalloz*, París, 2000, pp. 332 y ss.

relación a la reparación de los daños que son llevados a los tribunales; justamente, ello ha dado pie a poner atención a las consecuencias de dicha ideología reparatoria<sup>38</sup>. En nuestra opinión, ello encuentra fundamento en el hecho que el sistema francés posee una *cláusula normativa general* contenida en el artículo 1382 del *Code*<sup>39</sup> respecto de la cual no se han establecido (o precisado) límites o filtros para decantar los daños a ser efectivamente reparados.

Y, en este punto, enfatizamos ello, pues *nuestro artículo 1969 del Código Civil peruano es, evidentemente, de corte francés por lo que sería interesante apreciar si las mismas consecuencias se han producido en nuestro ordenamiento. Remárquese que esta idea no ha sido ajena, por ejemplo, a comparatistas como Zweigert y Kötz quienes al respecto han señalado que: "Es evidente que un legislador que se limita a formular normas programáticas del tipo del artículo 1382 del Code, le otorga a la jurisprudencia la verdadera y propia tarea de configurar principios y reglas que establezcan formas y límites precisos a la acción que se funda en el acto ilícito"*<sup>40</sup> (las cursivas son nuestras).

Empero, volviendo a la acción por *wrongful life* quisiéramos permitirnos analizar dos de los elementos constituyentes de la responsabilidad civil<sup>41</sup> a efectos de apreciar si dicho tipo de acciones podrían ser admisibles. En ese sentido, analizaremos tanto el *affaire Perruche* como el *caso de la osteogénesis* a la luz de la noción de *perjuicio* (5.1.) y la *relación de causalidad* (5.2.) a efectos de verificar si técnicamente dichos procesos son viables o ponen en cuestionamiento nociones actuales de responsabilidad civil que damos por sentadas<sup>42</sup>.

### 5.1 El perjuicio<sup>43</sup>

Con relación al tópico del perjuicio, el "problema" que presentan tanto el *arrêt Perruche* como la sentencia del "caso osteogénesis" de la Corte Superior de Tacna radica esencialmente en determinar *in concreto* el perjuicio a resarcir al menor afectado: esto es, si el perjuicio sería: i) el vivir, ii) la minusvalía o iii) el vivir con la minusvalía. Sin embargo, más allá de ingresar a un debate al tomar partido por una u otra opción, preferimos hacer una precisión de índole con-

38. Y, al respecto, podríamos evocar un *arrêt* y una opinión doctrinaria usualmente citados por los Tribunales franceses no solo cuando se pone de manifiesto esta ideología reparatoria, sino también cuando se busca realizar el denominado (y en nuestra opinión el irrealizable Principio de reparación integral en materia de responsabilidad civil). El *arrêt* referido fue emitido por la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación de 28 de octubre de 1954 y cuenta con comentarios de René Savatier.

39. Code Civil:

"Artículo 1382.-

Cualquier hecho de una persona que cause un daño a otro, obliga aquella persona por cuya culpa se produjo dicho daño, a resarcirlo."

40. ZWIEGERT, Konrad y KÖTZ, *Introduzione al Diritto comparato*, traducción de Estella Gigna, Edición italiana bajo la supervisión de Adolfo di Majo y Antonio Gambaro. Milán: Giuffrè Editore, 1995, Vol. II (Instituciones), p. 310.

41. No es esta la sede para discutir los elementos constituyentes de la Responsabilidad Civil, empero podríamos evocar señalar conforme a una corriente de opinión autorizada que ellos son: a) el daño, b) la relación de causalidad, y c) el hecho generador de responsabilidad civil, en VINEY y JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*. Op. cit., pp. 1 y ss.

42. AUBERT, Jean-Luc. "Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être". En: *Répertoire du Notariat Defrenois*, Paris, 2001, pp. 262 y ss. En donde se realiza un análisis similar tomando como punto de partida estos dos elementos de la responsabilidad civil.

43. Con relación a si debemos diferenciar el perjuicio del daño, nos limitaremos en esta oportunidad a emplearlos de manera indistinta como sinónimos tal y como sugiere JOURDAIN, Philippe. *Les principes de la responsabilité civile*. En: JESTAZ, Philippe (director). Colección "Connaissance du Droit". Paris: Dalloz, sexta edición, 2003, pp. 119 y ss. En contra, LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. En: Colección "Que sais-je?". Paris: Dalloz, 2001, pp. 29 y ss.

ceptual. En ese sentido, es menester poner de manifiesto que la noción tradicional de perjuicio (o daño) tal y como la conocemos, esto es, **la alteración de una situación pre-existente** que la responsabilidad civil debe buscar restaurar, no se puede verificar en este tipo de casos. Y es que tanto Nicolas Perruche como el menor del "caso osteogénesis" ya presentaban el mal congénito al momento de nacer, por ende, no habría la alteración de una situación anterior.

Ahora, ello es importante, pues en el propio texto de la sentencia del caso peruano se afirma que: "[el] daño son las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado"<sup>44</sup>. En ese sentido, si nuestra intención es otorgar un resarcimiento a los menores recién nacidos con minusvalías en este tipo de casos, deberíamos poner atención al propio concepto de daño que manejamos dado que podría no adecuarse al caso en concreto. Póngase atención que en estos casos "el perjuicio" –al haber existido desde un inicio (por ser un mal congénito) – no viene a perjudicar o alterar algo pre-existente.

En este punto cabe señalar que en Francia hay quienes sostienen que existiría un interés tutelable consistente en el interés de *no vivir gravemente minusválido [handicapé]* y en cuyo caso el nacimiento con esta minusvalía materializaría el perjuicio a ser resarcido; de esta manera, la Corte de Casación podría desprenderse de la noción clásica de perjuicio limitada

a una simple pérdida con relación a un estado anterior<sup>45</sup>. Frente a estos casos –seguimos en Francia– remárguese opiniones como las del Profesor Jean-Sebastien Borghetti<sup>46</sup> quien afirma que debe tomarse partido por una noción de perjuicio entendida como la lesión de un interés jurídicamente tutelable.

Finalmente, permitaseme señalar que con relación al caso Perruche, la *Cour de Cassation* podría evocar un "perjuicio de haber nacido" toda vez que, eventualmente, se pudo haber optado por el aborto y así Nicolas Perruche no padecería los males que tiene a raíz de la rubeola. Con relación al caso peruano, consideramos que no se podría hablar de "un perjuicio de haber nacido", puesto que el aborto –al menos en el Perú y en la actualidad– nunca se ha presentado como una posibilidad de elección.

Los cuestionamientos que traen tanto el *affaire Perruche* como el "caso osteogénesis" también pueden apreciarse, si dirigimos bien nuestra atención, sobre la relación de causalidad.

## 5.2. La relación de causalidad

Con relación a este punto los cuestionamientos no son menos importantes. Por ejemplo, respecto al caso Perruche el *Avocat-Général*<sup>47</sup> Sainte-Rose ha señalado que: "la culpas médicas no han originado la minusvalía en Nicolas, pues ésta al ser congénita, no tiene un autor"<sup>48</sup>. En

44. Considerando Sexto de la Sentencia de Vista de fecha 12 de julio de 2013 de la Sala Civil de la Corte de Justicia de Tacna, p. 4.

45. JOURDAIN, Patrice. "L'indemnisation du préjudice de l'enfant né handicapé consacrée par l'Assemblée plénière". En: *Recueil Dalloz*, Paris, 2000, pp. 332 y ss.

46. BORGHETTI, Jean-Sébastien. "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle". En: BORGHETTI, Jean-Sébastien; DESHAYES, Olivier; PERES, Cecile. *Études offertes à Geneviève Viney*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2010, pp. 145 y ss. En el sistema italiano, puede evocarse el pensamiento de Bianca quien –aunque partiendo de la noción de daño injusto que corresponde al sistema italiano– señala que se trata de la lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación: BIANCA, Cesare Massimo. *La responsabilità*. En: BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. Milán: Giuffrè Editore, 1994, Tomo V, p. 582.

47. Un *Avocat Général* es un magistrado que bajo las órdenes del *Procureur General* (podríamos decir un Fiscal de la Nación para el caso peruano) representa al Ministerio Público dentro de la Corte de Casación.

48. SAINTE-ROSE, Jerry y CHABAS, François. "L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap". En: *La Semaine Juridique*. Édition Général, Paris, N° 40, 2001, II, n° 10601.

todo caso, consideramos a título personal que debería hablarse propiamente de un contagio accidental de la rubeola que puede entenderse como un evento independiente y exterior a las culpas arriba imputadas<sup>49</sup>.

En ese sentido, lo que en todo caso probarían las culpas médicas son la imposibilidad de decisión de la señora Perruche (sobre la interrupción de su embarazo), pero no fundamentan, en nuestra opinión, una responsabilidad respecto de Nicolas Perruche quien ya presentaba la enfermedad al momento de su nacimiento. Para decirlo en una palabra no habría propiamente una relación de causalidad que vincule a los médicos. Por ende, no habría propiamente una responsabilidad civil.

Ahora, con relación al "caso osteogénesis", es necesario subrayar que esta enfermedad constituye: "un desorden genético que se caracteriza por la fragilidad de los huesos, los cuales se pueden romper fácilmente"<sup>50</sup>. Es más, siguiendo la opinión de los expertos se trata de un trastorno genético que provoca una mala formación o una cantidad deficiente de colágeno óseo y se presenta en uno de cada 20 000 a uno de cada 60 000 nacimientos de bebés vivos<sup>51</sup>. Entonces, no se podría imputar responsabilidad a los médicos que atendieron el caso, pues frente a la eventualidad de haber detectado la enfermedad con un "examen de osteogénesis" como plantean los padres-demandantes, dichos médicos no habrían podido hacer nada para revertir o curar la enfermedad, salvo que hubieren decidido optar por el aborto y así incurrir en un ilícito penal. Y lo curioso de ello –permitanme la expresión– es que de haberse practicado dicho "procedimiento" abortivo es que uno de los demandantes no estaría vivo.

Asimismo, si a lo anteriormente expuesto adicionamos que el aborto eugenésico no está

legalmente admitido en el Perú (y *menos aún estuvo admitido en la época en la que se dieron los hechos*), el "perjudicado" –esto es, el niño– no podría alegar que sufre un "perjuicio" que se materializó con el nacer y que hubiese sido evitado de haberse aplicado la otra opción que era el no-nacer (o que hubiese sido el ser abortado "eugenésicamente").

En suma, en atención a los argumentos esbozados no consideramos que –al menos al día de hoy– se pueda amparar dicho tipo de pretensiones por *wrongful life*.

## VI. LAS CONSECUENCIAS

Ciertamente, en el ordenamiento civil peruano no se han declarado fundada la pretensión por *wrongful life* hasta lo resuelto por la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna; sin embargo, nos gustaría reseñar brevemente las consecuencias que se dieron en Francia en donde, justamente, el *arrêt* Perruche decidió conceder una reparación a Nicolas.

En dicho sentido, las consecuencias que el *arrêt* originó no se limitaron al campo de la salud como Institución (4.1.) sino que también se extendieron al campo legislativo (4.2.) en donde se tuvo que promulgar una Ley a fin de poner orden dentro de un caos resarcitorio.

### 6.1. Dentro del campo de la salud

Inmediatamente a la publicación del *arrêt* Perruche, el personal médico –en especial los ecografistas quienes deben detectar este tipo de enfermedades– entendieron el mensaje, pues el Presidente de la Asociación de Ecografistas en Francia señaló que: "ello significa que nos harán responsables de los equívocos de la naturaleza. Ello nos llevará a no tomar partido por riesgo alguno, por lo que a la menor duda

49. MAZEAUD. "Réflexions sur un malentendu". *Op. cit.*, p. 334. En contra: JOURDAIN, Patrice. "L'indemnisation du préjudice de l'enfant né handicapé consacrée par l'Assemblée plénière". *Op. cit.*, p. 332. 50.

50. La definición la hemos tomado de la Fundación por la Osteogénesis Imperfecta «[www.oif.org](http://www.oif.org)»

51. Puede consultarse en: «[www.uchicagokidshospital.org](http://www.uchicagokidshospital.org)»

deberemos aconsejar a los padres escoger el aborto médico<sup>52</sup>.

Esta agravación de la profesión médica sería el inicio no solo de una gran huelga a nivel nacional en la cual participaron diferentes agentes de la salud, pues a la larga todo la "cadena de salud" se vería involucrada sino que, además, originó la deserción de varios profesionales quienes "desincentivados" por las grandes sumas de dinero a pagar como resarcimiento prefirieron simplemente no ejercer la profesión.

Y es que ante el pronunciamiento de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation la consecuencia era evidente: una avalancha de demandas millonarias frente a las cuales los médicos no podían hacer frente sino contratando un seguro a precios elevados.

## 6.2. Dentro del campo legislativo

Dentro de este variopinto contexto, es decir, "entre la urgencia y el caos"<sup>53</sup> fue promulgada la Ley "anti-Perruche" o también conocida "Loi Kouchner" de 4 de marzo de 2002, la cual estableció que "nadie puede valerse del perjuicio de su solo nacimiento"<sup>54</sup>, señalando además que los gastos que se generen por el cuidado de los *handicapés* deben ser asumidos por la Solidaridad Nacional. Esta Ley tuvo aplicación e implicación inmediata. Así pues, se buscó "arreglar" los desvaríos a los que nos puede llevar a una lógica puramente reparatoria.

## VII. LOS DESVARÍOS REPARATORIOS

Lo que denominamos *desvaríos reparatorios*, debe ser entendido como la creciente tendencia a reparar (o resarcir) determinados perjuicios sin atender a las bases de la Responsabilidad, olvidando que debe haber un límite o marco al momento de establecer: i) qué intereses merecen ser tutelados por el Ordenamiento Jurídico<sup>55</sup>, ii) a cuanto equivaldrá el *quantum* resarcitorio. Un claro ejemplo de lo que no debemos hacer –y eh allí el valor de conocer la experiencia extranjera– se encuentra en el *affaire Perruche*: resarcir sin más ni más.

¡Ojo! No crea el lector que sostenemos "la injusticia de la irreparabilidad de los intereses". Esa no es nuestra intención, pues nuestro propósito es poner en evidencia que una ideología reparatoria nos llevará a la larga a mermar nuestro propio sistema. En dicha línea de análisis, nos permitimos discrepar con voces como el daño al proyecto de vida<sup>56</sup>, el cual, desde nuestra perspectiva, falta a un elemento básico: la certitud de que el proyecto, efectivamente, **vaya a realizarse en su totalidad en el futuro**. Asimismo, la reparación del daño al proyecto de vida permite la apertura de la caja de pandora a las generosas sumas que se otorgan por dicho concepto.

Debe precisarse que los desvaríos reparatorios nos hacen perder de vista el sentido de que **no todo puede repararse (o resarcirse) en el Derecho**<sup>57</sup>. Como bien señala la profesora de la Universidad

52. MOYSE, Danielle y DIEDERICH, Nicole. "Échographie prénatale après l'arrêt Perruche. Une modification des pratiques?". En: *Études*, París, N° 4, 2005, pp. 483-493.

53. LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*. En: *Colección Dalloz-Action*, París: Dalloz, 2012-2013, p. 570, n° 1441.

54. CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. En : *Colección "Cours Dalloz"*, 11 va edición, París, 2014, pp. 258.

55. BORGHETTI. "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle". p. 145, quien, en Francia, ha denunciado los excesos reparatorios.

56. LEON HILARIO, Leysser. "Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana". En: *Foro Jurídico*, Lima, Año IV, N° 8, 2008, pp. 61-74.

57. Por ejemplo, en la que constituye su tesis doctoral, el Profesor colombiano Edgar Cortés se pregunta válidamente ¿qué daño debe ser resarcido? Frente a lo cual considera que en Europa existen "tres modelos codificados que responden de forma diferente (todo el daño, el sistema francés; los casos típicos enumerados, el alemán; y el daño injusto, el sistema italiano) y que ante dicha situación es la jurisprudencia la que responde al unísono diciendo

de Paris Muriel Fabre-Magnan: "el Derecho de la responsabilidad civil no puede hacer desaparecer la tristeza y la miseria del mundo, y muchos

menos hacer a las personas felices (en ese sentido, termina añadiendo que) Vemos como va apareciendo la moda del *Law & Happiness*"<sup>58</sup>.

---

que el daño que debe ser reparado es aquel que sea digno de protección" V. CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daño a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externad de Colombia, 2009, pp. 60-61.

58. FABRE-MAGNAN, Muriel, "Le dommage existentiel". En: *Recueil Dalloz*, Paris, 2010, pp. 2376 y ss.